

Approfondimenti

## Frammenti di privatistica sullo *Jus Sepulchri* tra dottrina e giurisprudenza Proprietà superficaria cimiteriale o solo diritto d'uso?

di Carlo Ballotta

*Lo Jus Sepulchri, si fonda essenzialmente su un sostrato materiale (l'opera muraria con il corredo delle suppellettili funebri) senza il quale verrebbe meno la sua stessa ragion d'essere e la possibilità di un pieno ed effettivo esercizio, si potrebbe, pertanto, asserire che Jus Sepulchri e diritto reale, nonché patrimoniale, sul manufatto funerario non possano non essere valutati se non in stretto collegamento fra loro, così l'ammissibilità di una circolazione separata dell'uno dall'altro deve senz'altro escludersi, siccome, fra l'altro, non trova giustificazione economica il diritto reale sul mero sepolcro se e quando spogliato del diritto di sepolcro primario e personalissimo.*

### Premessa

Le norme vigenti statuiscono: la DEMANIALITÀ dei cimiteri (art. 824, comma 2 Cod. Civile), la proprietà per i concessionari non dell'edificio, ma del mero materiale del monumento (artt. 63 e 99, commi 1 e 2 D.P.R. 285/1990); il divieto per il Comune di concedere aree per sepolture private a soggetti che mirino a farne oggetto di lucro o speculazione (art. 92, comma 4 D.P.R. citato e paragr. 14.3 Circ. Min. Sanità n. 24/1993). In astratto, se giudicato come diritto di superficie (non così se si accede alla teoria del solo uso) il diritto sul sepolcro (*rectius*: sui materiali) pur sempre intrinsecamente orientato a far valere lo *Jus Sepulchri* primario apparirebbe, agli occhi di certa dottrina, pure alienabile, ma la destinazione generale – che deve essere conservata – produce evidentemente l'effetto di limitare l'esercizio del pieno diritto sul bene, con una curiosa e – quasi – paradossale inversione del comune significato giuridico del concetto di cessione. Si occupa dei sepolcri privati (ossia *uti singuli*) all'interno dei cimiteri COMUNALI (residualmente potrebbero, infatti, sussistere pure i cimiteri “particolari” considerati dall'art. 104, comma 4 D.P.R. 285/1990, comunque sottoposti alla vigilanza comunale, e purché preesistenti rispetto all'entrata in vigore del T.U.LL.SS. – artt. 337, 343 e 394 R.D. 1265/1934 – con cui si sancisce, con norma positiva, ben prima

dell'emanazione dell'art. 824, comma 2 Cod. Civile, avvenuta il 21 ottobre 1941, la titolarità comunale della ciclica attività cimiteriale), con finalità prevalentemente igienico-sanitarie, il Regolamento Nazionale di Polizia Mortuaria, quando, ad esempio, detta i requisiti tecnico-costruttivi per le nicchie funerarie ed i loculi, subordinando la concessione di terreno cimiteriale all'adozione di un apposito piano regolatore, intesa quale necessaria preconditione *ex* art. 91 D.P.R. 285/1990. La sua formulazione più recente, affetta, *ab origine*, da una certa post-maturità lessicale e di critico raccordo con le fonti legislative sovraordinate, per altro già previgenti, non ha generalmente apportato significative novelle nella disciplina dei sepolcri privati. Le disposizioni che riguardano tale istituto così affascinante si sono, infatti, sostanzialmente mantenute nel passaggio dal R.D. 1880/1942 al D.P.R. 803/1975 – le cui norme in materia (artt. 63, 91 e 92, 95, 96, 99, 100, 103, 104, 106) riprendono, in modo paritetico, quelle, quasi speculari, del R.D. 1880/1942 (rispettivamente gli artt. 93, 68, 72, 73, 76, 77, 80, 81, 83) –, e da quest'ultimo si trascorre all'attuale Capo XVIII D.P.R. 285/1990. Da tale quadro di assoluta continuità, che attraversa varie fasi, istituzionali e culturali, nella storia del diritto funerario italiano, spiccano, però, in questo lungo *excursus* normativo: l'art. 92, D.P.R. 285/1990 (e l'art. 93 D.P.R. 803/1975),

che, rispetto al corrispondente art. 70 R.D. 1880/1942 prevede la concessione di lotti cimiteriali per sepolture private solo per una durata massima di novantanove anni (= abolito il regime della perpetuità), salvo rinnovo e l'implicita abrogazione, per incompatibilità sopravvenuta, dell'art. 71, commi 2 e ss. R.D. 1880/1942 con cui, contraddittoriamente, il Legislatore, in evo prerepubblicano, contemplava ancora la liceità degli atti di disposizione sui sepolcri, pur già in vigore del Libro III Cod. Civile con cui si era attuata la piena demanializzazione delle moderne necropoli.

### Ancora sullo Jus Sepulchri

Il diritto di sepolcro è stato classificato come un "*Jus sui generis*", che trae la propria essenza IBRIDA sia dal diritto pubblico sia dal diritto privato, con la commistione di elementi etici e religiosi, tant'è che la funzione del sepolcro è informata, da sempre, all'ordine pubblico, il quale, in questo caso, non costituisce altro se non il carattere di religiosità, trasfusi nel campo pubblicistico. L'elemento etico-religioso viene sottolineato anche dalla giurisprudenza: già Cass. Torino 22 novembre 1883, in F. it., 1884, I, c. 90, afferma che "*non sarebbe concepibile, se non come un'offesa a tutti i sentimenti di umanità, che un creditore facesse assegno per la sua soddisfazione pecuniaria sul diritto speciale di proprietà del sepolcro del proprio debitore, proprietà di carattere sacro e religioso, che differisce di molto dalla proprietà civile, e che è efficace ad attribuire soltanto l'uso conformemente alla sua destinazione, e si può anche dire consacrazione, diritto d'uso avente piuttosto un solo valore morale*"; fino alla più recente Cass. 21 febbraio 1981, n. 1052 (per chiarimenti ulteriori, anche se in una diversa declinazione, si veda anche Sereno Scolaro, Cessione giudiziale di sepolcro a ristoro di debito: condizioni di ammissibilità ed effetti, su I Servizi Demografici, dell'1 gennaio 2009, Maggioli Editore).

### Una figura giuridica vista ... al caleidoscopio

Il diritto di sepolcro (un diritto ... al plurale, secondo una felice ed icastica definizione di G. Musolino) si articola in un plesso di poliedriche situazioni giuridiche, corrispondenti a distinti ed autonomi diritti, tant'è che si ripartisce tradizionalmente in:

- a) il diritto primario al sepolcro, che consiste nel diritto ancipite di essere seppelliti (*Jus Sepeliri*) o di seppellire altri in un dato sepolcro (*Jus Inferendi Mortuum in Sepulchrum*);
- b) il diritto secondario di sepolcro (*iter ad sepulchrum*, nel diritto romano), il quale si estrinseca nella libertà, spettante a chiunque sia congiunto di persone le cui spoglie si trovino in un determinato sepolcro, di accedere alla prefata tomba per il compimento degli atti votivi di *pietas* e di opporsi ad ogni azione che concreti profanazione e comunque forme di oltraggio a quella sepoltura; trattasi, secondo la dottrina e la giuri-

sprudenza più moderne, di un diritto personale e, anzi, personalissimo di godimento, *in re aliena*;

c) il diritto sul sepolcro in senso stretto, o diritto sul manufatto in sé e sui materiali che lo compongono, avente ad oggetto l'edificio sepolcrale e gli eventuali accessori commemorativi (e su questo tema verterà la nostra analisi d'approfondimento);

d) il diritto alla intestazione del sepolcro (c.d. *Jus Nominis Sepulchri*), esso consta nel diritto di apporre il proprio nome sul sepolcro da parte del fondatore e di tutti gli aventi diritto tumulati nel sepolcro stesso; senza discriminazione di genere tra rami famigliari di agnazione o di cognazione;

e) il diritto di scelta del luogo di sepoltura (*Jus Elegendi Sepulchrum*): è di un diritto della personalità spettante – in vita – all'interessato, che può formare oggetto di un mandato *post mortem exequendum* ovvero può essere inserito nella scheda testamentaria (art. 582, comma 2 Cod. Civile); in mancanza di tale manifestazione di volontà la decisione su modalità ed ubicazione del *sepulchrum* spetta ai congiunti più stretti, giusta il criterio di pozziorità enunciato in tema di cremazione, ma estensibile, *a fortiori* a tutte le forme di sepoltura, anche alle più convenzionali, ex art. 79, comma 1, II Periodo D.P.R. 285/1990, quali titolari dell'interesse alla tutela del sentimento di pietà e memoria del defunto. In realtà, si tratta di un principio prima pretorio (= uniforme elaborazione giurisprudenziale per dirimere conflitti endo-famigliari, poi cristallizzato – finalmente – nel diritto scritto. Il rimando nello *Jus Positum*, a volte anche di rango costituzionale, al diritto naturale evoca alla mente lo *Jus Sepulchri*, diritto atavico ed ancestrale che nasce in epoca immemorabile, disciplinato dalla consuetudine *praeter legem*. Quest'ultimo si distingue dal diritto successorio, ossia dalle normali, stabilissime regole che governano il trapasso del patrimonio *mortis causa*: ai fini della segnalata differenziazione semantica e funzionale, è la volontà, manifestata dal concessionario primo, all'atto della fondazione, ragion per cui, una volta accertato che in tale momento istitutivo della *Lex Sepulchri* (art. 1372 Cod. Civile?), fu impressa al sepolcro natura familiare e non ereditaria, le successive vicende della mera proprietà dell'edificio sepolcrale nella sua materialità diventano ininfluenti, nel senso che la identificazione dei soggetti titolari del diritto primario di sepolcro, inteso nella sua duplice accezione di diritto ad essere sepolti o a dar sepoltura in quel determinato sacello, va comunque operata in base al volere, espresso o presunto, del fondatore in stretto riferimento alla rosa dei familiari annoverati tra i destinatari (è la cosiddetta "RISERVA" formalizzata in norma scritta e generale ex art. 93, comma 1, I Periodo D.P.R. 285/1990), sicché il diritto del singolo deve ritenersi sorto *ex capite e jure proprio* sin dal momento della nascita (e per i *nondum nati*, ossia i nascituri?) e non può essere trasmesso né per atto tra vivi né per suc-

cessione *mortis causa*, non si perde per prescrizione (*in facultativis non datur praescriptio*, nonché *actio nondum nata non praescribitur*) o rinuncia (???) La retrocessione dismissiva, con dichiarazione abdicativa sullo *Jus Sepulchri* è comunque sempre lecita, come atto personalissimo, unilaterale, scritto ed irrevocabile) e, inoltre, integra una particolare forma di comunione tra i contitolari (da non confondersi con la comunione di proprietà o di altro diritto reale sul bene) proiettata a persistere nel tempo sino al venir meno della pluralità degli aventi diritto; solo dopo il sepolcro si trasforma da familiare in ereditario (v., in tal senso, Cass. Civile n. 5015/1990 e Cass. 29.9.2000, n. 12957.). Lo *Jus Sepulchri* è, perciò, diritto della persona, perché appartiene ad una famiglia (per ragioni, quindi, di coniugio ex art. 29 Cost., o di D.N.A.!) ed in quanto discendente del primo titolare, in altre parole “[...] come portatore di un interesse morale e spirituale alla conservazione del bene stesso, a motivo della tumulazione nel sepolcro delle mortales exuviae dei più stretti congiunti, il singolo è titolare di una posizione giuridica soggettiva di carattere sostanziale che abilita ad agire per la difesa, la conservazione e il ripristino dell’interesse stesso, ove se ne prospetti l’illegittima lesione da parte di chiunque” (Musolino 2001, 472). Abbiamo visto, dunque, che il diritto di proprietà (ma non quello d’uso!) sulla costruzione è soggetto alle norme generali del Cod. Civile, ed è trasferibile per via ereditaria tramite successione legittima o testamentaria, almeno per quanto riguarda gli oneri mantenitivi e di conservazione in solido e decoroso stato ex art. 63, comma 1 D.P.R. 285/1990. Si rammenta come, in merito l’istituto dell’eventuale subentro nella titolarità dello *Jus Sepulchri*, e dei diritti di gestione afferenti alla tomba, l’Ente Locale abbia ampio potere di regolamentazione, in sede locale, attraverso lo strumento principe del regolamento municipale di polizia mortuaria.

### In difesa dello *Jus Sepulchri*: tra proprietà e possesso

Siffatto diritto di natura reale e patrimoniale, come spesso ci ricorda il supremo giudice della nomofilia, assimilabile, per alcuni giuristi (ma non per altri!) al diritto di superficie, è opponibile, su iniziativa del concessionario, agli altri privati ed è tutelabile con esperimento dinanzi all’autorità giudiziaria ordinaria di tutte le azioni petitorie solitamente spettanti al proprietario per la difesa del diritto dominicale, ivi compresa l’azione di rivendica. Tale competenza trova supporto nel costante indirizzo della Cassazione, secondo la quale il giudice ordinario conosce di ogni controversia tra i privati concernente i rapporti di natura privatistica che accedono alla concessione relativa a beni demaniali. Infatti, i caratteri di inalienabilità e di imprescrittibilità dei beni demaniali non impediscono al concessionario di esercitare nei confronti de-

gli altri privati, *jure privatorum*, appunto, sia l’azione di spoglio (art. 1168 Cod. Civile) che l’azione di manutenzione (art. 1170 Cod. Civile) per la tutela delle facoltà che compongono l’oggetto dell’atto di concessione. Pertanto, qualora la tomba fabbricata dal concessionario subisca turbativa o molestia per effetto della trasgressione alla distanza minima tra costruzioni funerarie limitrofe prevista dal comune concedente nel piano regolatore cimiteriale, lo stesso potrà agire con *actio negatoria servitutis* per assicurarsi il ripristino dello stato dei luoghi, compreso l’arretramento del nuovo manufatto di quella misura sufficiente per far cessare la situazione lesiva. È valida, dunque, per il titolare del diritto sul sepolcro, vista la sostanziale coincidenza della posizione giuridica soggettiva, la stessa possibilità che l’art. 949 Cod. Civile riconosce al proprietario di un fondo di difendersi dal pregiudizio derivante dalle pretese o molestie altrui. Ciò legittima il concessionario ad agire anche contro i concessionari delle aree confinanti per ottenere la cessazione delle situazioni, che arrechino pregiudizio al contenuto del proprio diritto, poste in essere dagli stessi ed il conseguente ripristino dello stato dei luoghi, qualora tali comportamenti (indebiti?) non siano conformi al titolo rilasciato a siffatti concessionari e non richiedano, quindi, il preventivo annullamento (in autotutela, con atto di riesame ex L. 241/1990?) del relativo provvedimento amministrativo di concessione. Diverso sarebbe, invece, il problema se l’attività posta in essere dai concessionari vicini rientrasse, eventualmente, nell’ambito dei poteri loro concessi; in questo caso il titolare danneggiato non potrà rivolgersi al giudice ordinario, ma dovrà far ricorso al giudice amministrativo territoriale per far dichiarare l’illegittimità di suddetti provvedimenti.

### La *Lex Sepulchri*

L’atto solenne con il quale il concessionario primo fonda il sepolcro *sibi familiaeque suae* genera “[...] un particolare tipo di comunione fra i contitolari, caratterizzata dalla mancanza della quota come titolo per partecipare alla comunione, e dell’assoluta indisponibilità, con atti inter vivos o mortis causa, imprescrittibilità e irrinunciabilità del diritto del singolo titolare e dei suoi aventi causa” (Musolino 2001, 475). Lo *Jus Sepulchri* determina, perciò, una particolare forma di comunione solidale ed indivisibile, regolata da norme non ordinarie, in cui tutti i portatori, in vita, dello stesso, per la fruizione, nel loro *post mortem*, del vano sepolcrale, sono posti su un livello di pari ordinazione, sarà, così, la cronologia degli eventi luttuosi (premorienza) a scandire l’accesso delle rispettive salme nella tomba, salvo, forse un equilibrato e razionale frazionamento pattizio dei posti salma ancora disponibili tra gli aventi diritto, con atto interprivatistico, da notificarsi al Comune (cui, l’Ente Locale resta, per altro, estraneo in caso di lite). Il riferi-

mento al diritto al sepolcro ci permette, allora, di leggere nelle maglie del nostro Ordinamento la concreta possibilità di individuare un bene, con peculiari finalità ontologiche e caratteristiche, che richiede una regolamentazione non comune diretta a tutelarne l'effettivo scopo, nel caso concreto il culto del ricordo e la devozione verso i propri morti. È apparso utile, in ultima istanza, distinguere, in questa eclettica stratificazione tra più piani normativi, quasi meta-giuridica, uno *Jus Sepulchri* come diritto sul bene (suolo e manufatto) da avviare al ricevimento dei feretri. L'edificazione del sepolcro ha, infatti, un triplice obiettivo di sistema. Il primo è definibile come generale e generico, relativo all'uopo di accogliere salme, comune alle costruzioni cimiteriali dedicate al culto dei defunti e non, quindi, con fini ... abitativi, anche se pare pleonastico o quasi ultroneo ricordare come l'insana promiscuità tra vivi e morti (e, provocatoriamente ... per le ceneri in affido ex L. 130/2001?) sia tassativamente inibita ex art. 340 T.U.LL.SS. Esso non va mai mutato, se non nei casi concessi dalla legge (soppressione del cimitero?) Il secondo poi, tipico o attuale, è quello familiare o ereditario in base alla *Lex Sepulchri*. Infine, si può riconoscere una postrema destinazione specifica, quasi nominativa, specie se i loculi sono in qualche modo già "prenotati" riguardante le singole nicchie ove saranno tumulate le spoglie mortali degli aventi diritto. Il sepolcro familiare è predisposto a questi usi, essi sono funzionali al principio di unità assoluta che lo caratterizza, salvaguardando l'indivisibilità della tomba gentilizia (ammessa affinché si mantenga l'obbligo di destinazione, trattandosi di cosa che, se divisa, cesserebbe di servire all'uso a cui è preordinata e preposta, ex art. 1112 Cod. Civile) e l'unità architettonica, che pure fa parte, e non certo secondariamente, della comunione.

### Un vero e proprio diritto di proprietà?

Secondo un'autorevole letteratura giuridica (Carresi, sepolcro – diritto vigente), poi, quello sul sepolcro è un diritto reale innominato, forse quale rarefatta eccezione al dogma del *numerus clausus* dei diritti sulla res, poiché la proprietà dei singoli elementi mobili formanti il sepolcro stesso non comporta necessariamente la proprietà del *corpus compositum*: essa non spetta al titolare, perché gli farebbe difetto, sia pur limitatamente all'ipotesi di conflitto con il comune, la piena protezione che caratterizza questo diritto. Fra il diritto sul manufatto e il diritto di essere seppellito e/o seppellire altri vi è una strettissima correlazione, soprattutto se ponderiamo attentamente su questo aspetto: il fine (ad un tempo voluto dal privato e necessario dal punto di vista pubblicistico) della richiesta di concessione amministrativa da parte del privato è l'acquisizione di un luogo certo ove i feretri, quello proprio e degli altri soggetti individuati dalla *Lex Sepulchri* troveranno fisicamente dimora sino alla naturale saturazione

degli avelli (da intendersi in senso ampio e dilatato a tutte le trasformazioni di stato post-mortali, anche intermedie, in cui un corpo umano degradi dopo la morte) oltre la quale lo *Jus Sepulchri* spira *ex se*, visto anche il logicissimo (... insomma se non c'è più posto!) l'art. 93, comma 1, II Periodo D.P.R. 285/1990, per tutta la durata della concessione stessa.

### Un'ipotesi innovativa, e molto convincente

La dottrina meno recente discetta anche in termini di enfiteusi e di servitù prediale, che per alcuni si prospetterebbe solo quando il sepolcro sia appoggiato a un muro di cinta o a un muro comune a proprietari di altri sepolcri o in fattispecie consimili. Per l'art. 1021 Cod. Civile chi ha diritto di uso su una cosa può servirsi della stessa per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia, così come per l'art. 93, D.P.R. 285/1990, il diritto di uso delle sepolture private è riservato alla persona del concessionario e dei suoi familiari. Oltre all'impiego linguistico nelle norme speciali (perché tale, nel nostro "strano" e vituperato ordinamento funerario è ancora il Regolamento Nazionale di Polizia Mortuaria, in quanto corpus normativo a rilevanza igienico-sanitaria) del termine "USO" (che compare pure nell'art. 90 D.P.R. 285/1990), emerge nel Cod. Civile e nelle sullodate disposizioni regolamentari l'intento di soddisfare esigenze prettamente di carattere personale e familiare, dunque *extra commercium*. Mentre l'espressione "USO" potrebbe riferirsi alla separazione fra il così detto uso causale, che compete al proprietario sulla cosa di sua proprietà, in contrapposizione all'uso formale, spettante al titolare dello *Jus in re aliena*, il diritto scaturente dalla concessione amministrativa appare, comunque, potersi catalogare come un diritto reale, analogo, per molti tratti, all'uso, da cui si riverbera quale fattispecie speciale (*Usus Sepulchri*), come quella che ha portato a individuare l'*Usus Domus* e, quindi, il diritto di abitazione. Si tratta di un diritto sulla "RES" che comprende esclusivamente i poteri di uso (*uti*) formati dall'impiego relativo alla destinazione sepolcrale (da cui il bene non può essere distratto dal concessionario a pena di decadenza-sanzionatoria), attraverso l'esercizio delle facoltà dette diritto primario e secondario, mentre non si ha "frui", trattandosi di un bene naturalmente infruttifero. Quanto ai frutti civili, questi non sono consentiti (ex art. 92, comma 4 D.P.R. 285/1990).

Così come accade per il diritto di uso ex art. 1021 Cod. Civile anche lo *Jus Sepulchri*, infatti, si configura quale posizione giuridica personale: la concessione è normalmente (*presumptio juris tantum*) a favore del fondatore che sottoscrive l'atto concessorio (con relative obbligazioni MANUTENTIVE e di RISULTATO) e dei suoi familiari (anche *nondum nati*, art. 1023 Cod. Civile), individuati dalla *Lex Sepulchri*. Per questo motivo, ragioniamo di un diritto di cui non si diventa titolari, se non sulla base della *Lex medesima* e della con-

cessione comunale (art. 1024 Cod. Civile circa l'impe-  
dimento di cessione e di locazione, corroborato, poi,  
anche dall'art. 92, comma 4 D.P.R. 285/1990 e dalla  
stessa natura demaniale del bene (art. 823, comma 1  
Cod. Civile). Sempre sul modello del diritto di uso, il  
privato, nel momento in cui consegue – a titolo onero-  
so ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 95 e  
[deduttivamente] 103 D.P.R. 285/1990 – il perfezio-  
namento della concessione da parte del comune, otter-  
rebbe sulla cappella cimiteriale, solo una servitù per-  
sonale, il diritto cioè, per il concessionario di servirsi  
di essa limitatamente alle necessità funebri sue e della  
sua famiglia (art. 1021 Cod. Civile), bisogni, dunque,  
individuati esclusivamente nella sepoltura e nel culto  
dei familiari defunti. Il concetto di famiglia, ai fini  
dell'originale diritto in esame, è – come per altre fatti-  
specie giuridiche – a sua volta speciale, dovendo essa  
esser definita in base alla volontà del fondatore (e-  
spressa o tacita) sulla scorta della *Lex Sepulchri*, se-  
condo la disciplina legale consuetudinaria contenuta  
nel Regolamento Comunale di Polizia Mortuaria. Par-  
rimenti, la durata del diritto è quella della vita dell'u-  
suario speciale (cioè del fondatore e dei familiari da  
lui individuati, pure per *i nondum nati* al momento  
della fondazione) (art. 979, comma 1 Cod. Civile sulla  
scia del richiamo effettuato ex art. 1026 Cod. Civile),  
con il limite dei novantanove anni, pur sempre rinnova-  
bili, a discrezione del Comune. L'eventuale costru-  
zione del *monumentum* (di cui il concessionario ha la  
proprietà limitatamente ai materiali e, comunque, nel  
caso di trasferimento del cimitero, il privato perde  
anch'essa se non provvede da sé al trasferimento dei  
materiali stessi con lo *Jus Retinendi* riconosciutogli  
dall'art. 98 D.P.R. 285/1990 in contrapposizione allo  
*Jus Tollendi* dell'Amministrazione Comunale) po-  
trebbe rientrare nella disciplina delle addizioni, enu-  
merate dalle norme ordinarie sull'uso (in questo caso  
si vedano le norme sull'usufrutto, in quanto coerenti:  
art. 1026 Cod. Civile). Peculiare elemento di specialità  
della posizione attiva in esame (peraltro, comune ad  
altre situazioni giuridiche nascenti da concessione  
amministrativa) è il suo duplice atteggiarsi: diritto rea-  
le non *erga omnes*, ma solo verso gli altri privati, e  
interesse legittimo nei riguardi dell'ente pubblico.

**La teoria più classica dello *Jus Sepulchri* come di-  
ritto di superficie, ai sensi dell'art. 952 Cod. Civile**

*“In questi ultimi anni la Magistratura ha più volte as-  
serito che nella concessione di un'area cimiteriale  
non si verifica alcuna diminuzione del patrimonio  
pubblico ed il diritto del concessionario risulta, oltre  
che subordinato, anche strumentale all'interesse pub-  
blico di affidare a soggetti estranei al comune la cura  
di una parte dei luoghi destinati alla sepoltura degli  
estinti.*

*Il diritto di realizzare il sepolcro familiare viene,  
quindi, qualificato dalla giurisprudenza come un drit-*

*to soggettivo perfetto di natura reale, paragonabile al  
diritto di superficie, che il concessionario può vantare  
nei confronti degli altri privati, esso, però, si affievolisce  
nei confronti della pubblica amministrazione, de-  
gradando ad interesse legittimo, nei casi in cui esi-  
genze di pubblico interesse impongano o consiglino al  
comune di attivare il potere discrezionale di revoca  
della concessione”* (così D. Buson ne: I Servizi De-  
mografici, n. 9/2003).

A favore del diritto sul sepolcro come diritto di super-  
ficie si schierano apertamente diversi illustri autori,  
ecco una rapida carrellata sui loro studi: Pasetti Bom-  
bardella, voce Superficie (diritto privato), in Enc. dir.,  
XLIII, Milano 1990, p. 1475 e pur con riserve, Pugliese,  
Della superficie, nel Comm. Scialoja-Branca, Bo-  
logna-Roma 1976, p. 584, questi, dopo aver osservato  
come la dottrina sulla superficie, vigendo il codice del  
1865, in cui però non era ancora presente la demania-  
lizzazione dei sepolcreti, avesse mostrato particolare  
interesse per i sepolcri privati nei cimiteri comunali,  
riscontra che il diritto, acquistato dal concessionario  
sul suolo comunale, pare in questo caso meno subor-  
dinato all'interesse pubblico e, dunque, più facilmente  
identificabile con il diritto di superficie, separando  
comunque la proprietà superficaria se l'oggetto del  
diritto sul sepolcro è una costruzione già ultimata, dal  
diritto di superficie (in senso stretto). Per Balbi, Il di-  
ritto di superficie, Torino 1947, p. 102, invece il con-  
cessionario di una sepoltura privata in un cimitero  
comunale è titolare di un diritto di proprietà superfi-  
ciaria su suolo demaniale permesso da una legge spe-  
ciale, mentre è opinione di Scarano (Il c.d. “diritto al  
sepolcro”, in Notariato, 1996, p. 352), che il diritto sul  
sepolcro familiare non possa reputarsi un diritto per-  
sonale il quale trae origine *Jure proprio* e per *vincu-  
lum sanguinis*, bensì un diritto reale con una particola-  
re destinazione in deroga al postulato del *numerus  
clausus*. Reina, poi, evidenzia come il Comune, che ha  
la proprietà demaniale del cimitero, rispetto ad una  
parte determinata di esso, possa porre in essere una  
*servitus futuri edificii* a favore del sepolcro gentilizio.  
Con tale atto di concessione si darebbe vita ad un di-  
ritto complesso, detto di superficie – risultante da un  
diritto di servitù intercorrente fra il sepolcro e l'area, e  
da un diritto *in re aliena ad aedificandum*,  
soggetto a prescrizione per effetto del non uso venten-  
nale (art. 954, comma 4 Cod. Civile, ma si mediti at-  
tentamente anche sull'art. 92, comma 3 D.P.R. 285/  
1990 in merito al “non uso” come causa di decaden-  
za.). Contra Salis (La superficie), secondo cui per i  
sepolcri deve eccettuarci che ci si trovi in presenza di  
concessioni superficiali, poiché le finalità del rego-  
lamento di polizia mortuaria fanno intendere che  
“[...] Siamo nel campo del diritto pubblico, nel quale  
necessariamente non valgono principi identici o ana-  
loghi a quelli che valgono nel campo del diritto priva-  
to”. Si tratterebbe, invece, di USO se l'oggetto della

concessione è il suolo demaniale; Peretti Griva, In tema di disponibilità del sepolcro familiare e Mazzacane assegnano, infine, al sepolcro carattere speciale, risultante dalla sovrapposizione di un diritto privato e di un diritto pubblicistico, da catalogarsi, anche, per criterio di esclusione, quale diritto reale immobiliare. Seguendo la linea ermeneutica, forse ancora maggioritaria, almeno nell'orientamento della Cassazione, per cui il D.P.R. 285/1990 conferirebbe al concessionario un completo diritto di proprietà superficaria, potrebbe sorgere il dubbio che il Regolamento Nazionale di Polizia Mortuaria sia palesemente illegittimo nelle parti in cui, seppur indirettamente, proibisce gli atti di disposizione sui sepolcri, per violazione dell'art. 42, comma 2 Cost., poiché, pur non avendo forza, né valore di legge, è infatti indubbiamente fonte secondaria, poiché emanato dopo la L. 400/1988, impone pesanti limiti sulla proprietà privata, (è tuttavia pacifico come, *abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata*, per cui l'art. 71, commi 2 e ss. R.D. 1880/1942 sia stato definitivamente, ed in maniera irreversibile, caducato con l'avvento del D.P.R. 803/1975 e sarebbe in qualche misura anacronistico parlare ancora di compravendita dei sepolcri, stante la demanialità acclarata dell'impianto cimiteriale). La *ratio* del Regolamento Nazionale di Polizia Mortuaria (veicolata nell'Ordinamento, almeno dal 10 febbraio 1976 con l'entrata in vigore del D.P.R. 803/1975 e confermata dal D.P.R. 285/1990), come scelta politica di fondo e strategica, moralmente pure condivisibile, sarebbe quella di evitare la circolazione dei titoli di sepoltura o dei sepolcri stessi, (sempre vista con diffidenza almeno negli ultimi 40 anni!) introducendo implicitamente un'interdizione di eventuale alienazione a carico dei concessionari: art. 92, comma 4 D.P.R. 285/1990, in forza di una destinazione d'uso personale e familiare ai termini dell'art. 93 D.P.R. citato). Invero, questa plausibile eccezione non è mai stata sollevata avanti il T.A.R. in sede giudizio (ma poi con quali esiti impre-

vedibili? ... dopo tutto *Jura novit curia!*), per espungere la norma "incriminata" dall'Ordinamento (e il risultato disastroso sarebbe lo scardinamento dell'odierno assetto dei cimiteri italiani sino ad oggi, almeno, sottratto ai capricci del mercato), siccome, però, appare assai improbabile che il Legislatore, nel non ancora remoto anno 1990, in sede di redazione del D.P.R. 285/1990, abbia trascurato un'implicazione di tale importanza, si ritiene che il diritto del concessionario non sia di superficie, ma di uso, poiché tale diritto, a differenza della superficie, non comporterebbe l'acquisto della proprietà sulla costruzione. Quest'ultima sarebbe di proprietà del comune sia se la cappella sia già costruita (e, scaduta la durata a tempo determinato di max 99 anni rientra in possesso dell'Ente Locale per essere riconcessa in godimento ad un nuovo titolare), sia quando sia eretta *ex novo* dal primo concessionario, interpretando estensivamente l'art. 824, comma 2 Cod. Civile e a questo punto supponendo che il vocabolo cimitero concettualmente racchiuda non solo l'area cimiteriale, con le quadre ad inumazione, opportunamente recintata (art. 61 D.P.R. 285/1990) e circondata da congrua fascia di rispetto (di cui all'art. 388 T.U.LL.SS., così come novellato dall'art. 28 L. 166/2002), ma anche per attrazione (o ... accessione?), i sepolcri privati su di essa insistenti: dopo tutto come recita il celebre brocardo latino "*Quidquid inaedificatur solo cedit*" (principio poi recepito dagli artt. 934-937 Cod. Civile che si applica, tra l'altro quando per smantellamento del cimitero, decadenza, retrocessione, revoca o abbandono amministrativo della concessione il Comune rientri in possesso del elemento fabbricato nel sopra o sotto suolo, con libertà o di abbattimento o di nuova concessione a chiunque abbia presentato richiesta, secondo modalità, tempi e procedure dettati dal regolamento comunale di polizia mortuaria di cui ogni Ente Locale deve necessariamente dotarsi, ex art. 344 e 345 T.U.LL.SS., per il buon governo del proprio patrimonio cimiteriale.