

Approfondimenti

Cavillando sul diritto secondario di sepolcro ... e ingiustizia è fatta!

di Carlo Ballotta

Caro Carlo, e, implicitamente gentile Redazione tutta de: "I Servizi Funerari",

Vi scrivo, confidando nella Vostra eterna pazienza, verso le mie querule e garrule richieste (già in passato ho fruito di una consulenza scritta sul sito funerali.org), per un rapidissimo consiglio operativo. Mi permetto, infatti, di importunarVi in quanto mi trovo nei guai seri con un caso che non saprei come affrontare e, dunque, risolvere.

Una cara amica di famiglia mi informa di questo fatto increscioso, accaduto in un sacello gentilizio presso un cimitero del Modenese ... Tuo storico feudo funerario (ogni tanto Ti si vede vagare all'ombra dei cipressi di qualche camposanto, specie del forese, magari in caccia di qualche scoop funerario!).

Il suo defunto marito è tumulato nella cappella di famiglia paterna: ora pur godendo la mia "assistita" (e siamo in regime di ... gratuito patrocinio!) del diritto secondario di sepolcro (e su quest'aspetto nulla quæstio, in quanto è pienamente in possesso delle chiavi della cappella, per i lavori di consueta pulizia e visita ai propri morti), i concessionari, durante una serie di lavori cimiteriali, conseguenti ad una nuova tumulazione, avrebbero arbitrariamente rimosso la foto del de cuius, così da sostituirla con altra immagine a loro più gradita e soprattutto modificato pesantemente una dedica nell'epigrafe fatta incidere personalmente dalla moglie a proprie spese ... ("e l'modo ancor m'offende", come direbbe Dante nel celebre canto infernale di Paolo e Francesca).

Le relazioni tra la mia "assistita" e la famiglia di origine del de cuius, per ragioni squisitamente ereditarie e quindi, pure extra cimiteriali, non sono da annoverare tra le più idilliache e cordiali.

Tentare un accordo bonario sarebbe, pertanto, una "mission impossible".

Ora a Tuo illustre avviso, tra gli atti di disposizione su cui il coniuge superstite vanta diritto pressoché esclusivo, secondo quel benedetto e famigerato principio di poeriorità, tante volte enunciato e sviscerato, pure sulle pagine del blog funerali.org, sono da considerarsi anche l'apposizione di dediche, scritte commemorative ed arredi votivi, purché non lesivi della sacralità del luogo e dell'unità architettonica dell'edificio.

Come circoscrivere, ri-disegnare e delimitare, per estensione o compressione, i diritti di gestione sul sepolcro spettanti agli intestatari della concessione, con i diritti personalissimi del coniuge superstite, tra cui campeggia, se non erro, anche il diritto secondario di sepolcro?

Dove si colloca il confine labile tra gli atti di pietas jure coniugii con lo jus sepulchri primario, o con il diritto sul sepolcro in sé (inteso come la mera proprietà sullo stabile adibito ad uso sepolcrale), soprattutto quando queste due situazioni giuridiche di vantaggio siano così profondamente divaricate e contrapposte, tanto da impingere violentemente tra loro? Il marmista che ha eseguito l'intervento, dopo esser stato contattato informalmente, si è così giustificato: "il Comune ha, ad ogni modo, rilasciato formale autorizzazione su precisa istanza di un soggetto comunque titolato, in quanto co-concessionario della cappella": certo, ho appurato come, agli effetti concreti, il Comune de quo adotti la politica per cui s'intende che anche uno solo degli aventi diritto possa firmare ed agire in nome e per conto di tutti gli altri, ma questo consenso unanime non si è mai formato e l'atto è stato del tutto unilaterale, quand'anche non surrettizio e proditorio, poiché la mia assistita non è mai stata interpellata a tal proposito, pur – secondo me almeno – avendo qualche diritto a pronunciarsi in meri-

to, fosse anche per pura cortesia inter-privatistica ed endo-famigliare.

Ora una diffida (lettera dell'avvocato) a ripristinare l'originario assetto della lapide avrebbe l'effetto distruttivo di aprire un contenzioso legale, dagli esiti aleatori ed incerti, (e poi visto il "timing" della giustizia civile, piuttosto dilatato all'infinito ci sarebbe poco da rallegrarsi) senza considerare l'alto costo che adire il giudice di merito, comunque implicherebbe.

Tale extrema ratio sarebbe, proprio per questi motivi massimamente da scongiurare. A questo punto, invece di perdersi nelle gore e nelle forre della giustizia civile italiana, sarebbe meglio spogliarsi e privarsi spontaneamente del diritto secondario di sepolcro, abbandonando l'edicola al suo destino.

Io, modestamente, prediligerei la via amministrativa (più rapida ed economica) sfruttando tutti gli strumenti ed i mezzi della L. 241/1990 come, ad esempio, notificare ex post al Comune la contrarietà della mia assistita ai sensi dell'art. 18-bis L. 241/1990, al mutamento già attuato, chiedendo contestualmente l'annullamento o la revoca dell'autorizzazione a suo tempo concessa al marmista, perché viziata, ed una nuova autorizzazione tale da permettere il ristabilimento dello status quo ante, ma – chiedo a Voi tutti – sulla base di quali meccanismi giuridici e procedurali?

A questo punto il Comune sarebbe vincolato dalla Legge a rispondere, in tempi certi, con sufficiente motivazione, ex art. 2, comma 1 L. 241/1990, prendendo, dunque, posizione nel senso dell'accoglimento dell'istanza o del suo rigetto, ed indicando il rimedio giurisdizionale (T.A.R. ai sensi della L. 1034/1971 così come modificata dalla L. 205/2000) o giustiziale (D.P.R. 1199/1971?) cui eventualmente ricorrere.

So benissimo come il ricorso gerarchico sia ammesso contro gli atti amministrativi non definitivi (art. 1 D.P.R. 24/11/1971, n. 1199).

Il ricorso in opposizione è, invece, esperibile se ed in quanto previsto (espressamente) dalla legge (art. 7 D.P.R. citato).

In quale modo si potrebbe impostare questa comunicazione da inoltrare all'ufficio di polizia mortuaria, così da interloquire proficuamente con l'Amministrazione cittadina?

Dico bene o sono caduto in un errore marchiano da necroforo principiante?

Mi potreste aiutare con qualche indicazione o suggestione, sul come muovermi per districarmi in questa ragnatela, così ossessiva e parossistica?

Certo dell'attenzione che – sicuramente – saprete dedicarmi

Vi formulo i più sinceri saluti.

Grazie in anticipo.

Rimango in attesa di Vostro cordiale riscontro.

Lettera firmata.

Carissimo "XYZ", (stranissimi i miei amici sul web, 'nevvero? Sono tutti fans sfegatati del blog funerari.org ... vera *fons sapientiae*, e ... non certo per merito mio!).

Sono stato incaricato dal comitato di redazione, che indegnamente presiedo, quale direttore terribilmente (ir)-responsabile di codesto magazine, di risponderTi direttamente, naturalmente dopo essermi consultato con tutta l'équipe ed i miei storici superiori gerarchici i quali sono, in materia, ben più ferrati di me, praticante (... o vile mestierante?) abusivo e *sine titulo*, per giunta, del diritto funerario.

Come ha rettamente rilevato il Bonilini nel suo "Trattato delle Successioni e delle Donazioni", volume I (edizioni Giuffrè) il nostro Ordinamento Giuridico non contempla una disciplina organica affidata ad un unico luogo normativo, seppur figurato e simbolico del c.d. *jus sepulchri*, il quale rinviene la sua regola o da consolidati principi pretori, raramente cristallizzati, poi, nello *jus positum* (esempio: lo stesso criterio di pozziorità nasce dapprima come omogenea e costante, nel tempo, elaborazione giurisprudenziale) oppure, anzitutto, nella consuetudine *PRETER LEGEM*, portato, non di rado, di una lunghissima tradizione plurisecolare, ed in norme frammentate nel sistema giuridico in disposizioni sia di carattere pubblicistico (e l'allusione è, innanzi tutto, alle norme amministrative e penali che sorreggono la polizia mortuaria propriamente intesa, più modernamente, come funzione di autorizzazione, vigilanza, supervisione e coordinamento delle attività funerarie, nonché di repressione degli eventuali illeciti), sia di natura privatistica; vi concorrono ora, per complicare – se possibile, maggiormente il quadro dogmatico di riferimento anche normative regionali o, soprattutto locali, come i regolamenti municipali di polizia mortuaria, i quali addirittura assurgono ad atti con valore normativo di rango costituzionale ex art. 117, comma 6, III periodo Cost.. Si può riscontrare, per altro, come le norme giuridiche recepiscano soprattutto, in codesto ambito così delicato e nebuloso, i valori etici e religiosi vissuti e condivisi nella convivenza sociale, risentendo, quindi, dei mutamenti culturali che i costumi funerari conoscono nel tempo e nel rivolgere delle diverse epoche storiche, ognuna delle quali è contraddistinta da una sua particolare sensibilità verso i temi proiettati nell'oscuro del *post mortem* che, spesso sfiorano se non nella metafisica pura, almeno in uno spazio meta-giuridico, rispetto all'algida e fredda asetticità della codicistica, laddove applicabile e – magari – presente.

Una "reductio ad unum" di questo *mare magnum* di pronunciamenti o rilievi dei Tribunali Italiani, spesso di segno opposto, cavilli, chiose e codicilli, regolamenti comunali, determinazioni ed atti dirigenziali o capillari strumenti d'attuazione dei piani regolatori cimiteriali è opera pressoché infattibile e forse, persino inutile, perché irrigidirebbe ulteriormente la già

precaria tassonomia delle – purtroppo disordinate – fonti cui attingere, per fornire anche solo una timida risoluzione alla fattispecie in esame, invero assai rarefatta e del tutto sui generis, per la sua intrinseca complessità. Mi spericolerò così in un attento tuziorismo espositivo, conscio di aggredire un dilemma su cui vi è scarsissima, scarna e lacunosa letteratura.

È, pertanto, consentaneo tentare di focalizzarci su alcuni principi sviluppati ed enucleati, innanzi tutto, da una copiosa dottrina, poiché gli studiosi del diritto funerario (... quelli veri!) hanno lungamente dissertato, disquisito e discettato, anche aspramente (ma su queste dissonanze si veda infra!) nel loro monumentali *calepini* sulla natura del c.d. diritto secondario di sepolcro che qui pare proprio esser stato leso, inibito ed ingiustamente compresso, senza però reperire, ancor oggi, una sua classificazione ufficiale nei dizionari giuridici.

Premetto come per tumulo PRIVATO nei cimiteri (Capo XVIII D.P.R. 285/1990) s'intenda un manufatto di varia foggia e tipologia ("monumentum", nella versione latina) se epigeo o ipogeo, poco importa, avviato ad accogliere nel silenzio eterno la spoglia mortale umana inanimata. Esso ha quindi funzione strumentale rispetto al cadavere, essendo ontologicamente finalizzato alla sua conservazione: nella cruda materialità il sepolcro, allora, altro non è se non un contenitore per feretri.

Lo *jus sepulchri* appartiene a persone fra loro unite da legami di parentela e di affetti (sepolcro familiare), e dunque è inseparabile da esse, indisponibile e intrasmisibile, quest'ultimo, comunque, non può non venire concepito se non in stretto rapporto con un immobile sepolcrale che rappresenti il *substratum* materiale, il *corpus mechanicum* e la condizione fisica per il suo effettivo e pieno esercizio (sia con riguardo al diritto primario, sia rispetto al diritto secondario).

Va comunque posto in evidenza come la proprietà dei singoli elementi mobili formanti il sepolcro (arredi, apparati decorativi e suppellettili) non implichi la proprietà del *corpus compositum*, ed, in qualche modo, essa possa esser pure scissa da quella, ad esempio, del costruito murario. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: 1. CARRESI, Sepolcro (Diritto vigente), in Nss. D.I., XVII, 1970, 33 ss. 2. CARRESI, Aspetti privatistici del sepolcro, in Riv.dir.civ., 1970, II, 270 ss. (così Ing. Daniele Fogli su "I Servizi Funerari" n. 3/1999, a proposito del rapporto tra *jus tollendi* e *jus retinendi* appena delineato nell'art. 99 D.P.R. 285/1990).

Su questa (bella!) rivista di settore, già in diverse occasioni, ho svolto ricerche approfondite sugli *jura sepulchri*, glossando su ogni loro possibile declinazione o forma; tralascio, ora, per mere ragioni di *brevitas* espositiva le diverse articolazioni e sfaccettature dello *jus sepulchri* primario, siccome vorrei concentrarmi su alcuni passi di erudita ed autorevole dottrina, a propo-

sito del diritto secondario di sepolcro. Esso, infatti, è più limitato, rispetto a quello primario, collocandosi quasi in angolazione e prospettiva ancillare, complementare ed accessoria, ha essenza di diritto personalissimo ed è, di conseguenza, intrasmisibile (contra, però, Trib. Lucera 28 giugno 1975) si atteggia a diritto reale e può anche esser oggetto di donazione, purché l'atto relativo presenti tutti i requisiti formali dettati dal Cod. Civile e dura sino a quando permanga la sepoltura (Cassazione, 6 novembre 1956 n. 4157). La legge, tuttavia, non individua espressamente il catalogo delle persone titolari dello stesso, si pone allora questo interrogativo: "*sussiste davvero la possibilità di eccitare un ordinario giudizio con rito contenzioso ed in via possessoria, diretto alla condanna dei convenuti all'astensione da qualsivoglia azione ostativa al suo esercizio pieno?*".

Il diritto secondario di sepolcro, ad esempio, compare esplicitamente nella sentenza emessa dal Trib. Catania 28 giugno 1997, che motiva -in diritto- la propria decisione a protezione di quest'ultimo, qualificandolo oltre che come facoltà di accesso alla tomba, per provvedere al suo ornamento, quale potere di opporsi ad ogni trasformazione tale da poter arrecare pregiudizio oppure oltraggio ad un sepolcro.

Il diritto secondario di sepolcro, che anche nel sacello familiare spetta a chiunque – pure non titolare del diritto primario – sia congiunto di una persona che ivi riposa, consiste nell'iter *ad sepulchrum*: passaggio al sepolcro, ed in diritto romano classico, almeno, sarebbe l'unico caso che si potrebbe assimilare ad una servitù legale, ove fosse, in effetti, accertato che una *lex publica*, generalmente ricordata in talune iscrizioni, garantisse l'*aditus* a favore del titolare dello *jus sepulchri*, nell'evenienza d'interclusione della sepoltura stessa, ad esempio in occasione delle ricorrenze, per il compimento di atti di culto e di pietà (far celebrare Sante Messe nella cappella in onore dei defunti, pregare sulle tombe, accendere lampade votive, portare fiori).

Anche la conservazione delle iscrizioni funerarie con le indicazioni delle persone sepolte rientra, poi, nel diritto alla tutela del sentimento di pietà verso i defunti. Sulla distinzione fra diritto primario e diritto secondario, v.: Bonilini, Diritto delle successioni, cit., p. 13; Ansaldo, voce Sepolcro, in Dig. disc. priv. – Sez. civ., XVIII, Torino 1998, p. 456; Carresi, Aspetti privatistici del sepolcro, cit., p. 270; Leo, op. cit., p. 494; Jemolo, Fondamenti del diritto di sepolcro, in G. it., 1956, I, 1, c. 53; Pallottino, voce Sepolcro e sepoltura (diritto amministrativo), in Enc. dir., XLII, Milano 1990, p. 45. Già nel diritto romano, la titolarità dello *Jus Sepulchri* assicurava non solo il diritto *di sepeliri e mortuum inferre*, ma anche di entrare nel sepolcro per compiere i riti funerari prescritti e le offerte agli dei Mani (Luzzatto, op. cit., p. 32).

Obiter dictum: In virtù della comunione solidale ed indivisibile, instaurata in capo ai singoli portatori dello jus sepulchri, si ha, di regola, solo il potere di concorrere insieme agli altri titolari del sepolcro, alla formazione di delibere collettive, prese a maggioranza. Più in particolare, ai comunisti si riconosce il potere di: formare un regolamento per l'uso e la gestione del sepolcro ex art. 1106 Cod. Civile, compiere atti per l'amministrazione ordinaria, nominare un amministratore attraverso una deliberazione a maggioranza semplice, mentre per le innovazioni e, in genere, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione è necessaria la maggioranza qualificata dei due terzi dei partecipanti alla comunione (art. 1108 Cod. Civile). Nella particolare forma di comunione sorta dalla destinazione di un fondo a sepolcro familiare, così, la deliberazione assembleare, avente ad oggetto lavori di ristrutturazione della cappella cimiteriale, che comportano la traslazione delle salme (e, quindi, possibile pregiudizio al rispetto dovuto alle spoglie), non può essere presa senza il consenso dei congiunti più strettamente legati da vincoli di parentela al defunto e titolari del diritto secondario di sepolcro. Si segnala una giurisprudenza meno recente, secondo cui, proprio perché non è consentito ai comunisti, nel diritto di sepolcro familiare, di causarne lo scioglimento, ciascuno di essi, al fine di servirsi della cosa comune, secondo il diritto, può apportarvi anche delle modificazioni, purché non contrarie agli interessi della comunione e non pregiudicanti l'esercizio del diritto degli altri partecipanti (Cass. 1° giugno 1936, n. 1891, in F. it., 1936, I, 1, c. 749). (così G. Musolino ne: "L'usus sepulchri tra autonomia negoziale ed istituzione famigliare").

Circa il configurarsi del diritto secondario di sepolcro, un'opinione abbastanza strutturata, nel dibattito giuridico ed accademico, lo considera jus in re aliena, gravante sulla tomba, seguendone gli eventuali trasferimenti (art. 98 D.P.R. 285/1990?), se ipotizziamo una (improbabile?) soppressione del cimitero; sicché gli acquirenti della cappella (non familiare, ma ereditaria) sarebbero tenuti *ope legis* a rispettarlo. Si tratterebbe di un diritto reale, poiché, pur essendo il culto dei defunti una pratica pia, esso si estrinseca nel passaggio al sepolcro e nel potere di fatto sulla tomba e su tutte le opere che servono ad ornamento della stessa, come le statue, le lapidi, nonché nel potere di controllare il rispetto delle tumulazioni già date alle salme seppellite nella cappella e, conseguentemente, di avversare, anche giudizialmente, atti che comportino turbativa delle sistemazioni stesse. In realtà, sembra doversi escludere la natura reale, mancando anche il potere di uso (art. 1021 Cod. Civile) che caratterizza, invece, il diritto primario e rappresenta il fondamento di ogni diritto reale. Può, perciò, concludersi come esso sia un diritto personale, o sin anche personalissimo, di godimento, il cui potenziale esercizio dura fino a quando permanga la sepoltura. Non manca, comunque, l'idea

che vi vede una figura di natura ibrida, personale e reale.

Ad esempio: il Tar Puglia, Sez. III, 4 giugno 2014, n. 672, scrutinando un caso, per certi versi analogo, vertere sull'ingiustificata rimozione di una lastra tombale (anche qui dovuta alla litigiosità endemica tra parenti) ha così sentenziato:

" [...omissis] È noto infatti che lo Jus Sepulchri sia un istituto complesso che importa la facoltà reale di inferre mortuum sepulchrum. Pertanto è opinione del Collegio che lo Jus Sepulchri prefato possa essere oggetto del potere di fatto, cui l'Ordinamento riconosce di protezione ex art. 1140 e seguenti Cod. Civile (Cass. 20 settembre 1991 n. 9837), e come tale abbia rilievo anche nell'ambito del procedimento amministrativo, ove le situazioni di fatto ben possono essere annoverate fra quelle che impongono la comunicazione di avvio del procedimento.

La formulazione, infatti, dell'art. 7 L. 241/1990 ai fini della comunicazione di avvio del procedimento, considera dirimente la possibilità che il potere incida su un bene o un'utilitas con cui un soggetto abbia una relazione giuridicamente rilevante, nota o conoscibile dalla pubblica amministrazione e idonea a consentirgli di trarne i benefici connessi alla sua destinazione.

Da un lato – prosegue ancora il T.A.R. stigmatizzando, così, l'operato di un Comune – invece l'amministrazione non ha chiesto di provare, né, peraltro, ha allegato, elementi a riprova del fatto che, seppure avvisato, il ricorrente in giudizio non avrebbe conferito un apporto al procedimento in grado di mutarne l'esito nella comparazione degli opposti interessi.

Dall'altro non risultano dal provvedimento, come eccepito dal ricorrente, le ragioni che avrebbero dovuto giustificare il ricorso alla procedura d'urgenza (T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 28/06/2012, n. 900), ragioni che parimenti consentono di prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento e che avrebbero permesso di ritenere l'amministrazione affrancata dall'onere di provare, ai sensi dell'art. 21 octies L. n.241/1990, l'inutilità della partecipazione del ricorrente, in quanto il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

A sostegno di tali censure il ricorrente ha dedotto che se avesse avuto comunicazione dell'avvio del procedimento avrebbe potuto addurre le sue ragioni a sostegno di un intervento alternativo alla rimozione della lapide, posto che la mancata comunicazione non risulta giustificata nemmeno dalle predette particolari ragioni di celerità che consentono di prescindere da detta comunicazione. Sotto il primo profilo la censura postula che il provvedimento di asportazione della lapide abbia contenuto non vincolato".

... Così, almeno si è espresso quel Giudice, ma:

a) per avere detto pronunciamento si è, comunque, dovuto instaurare un giudizio avverso un provvedimento comunale;

b) una sentenza, pur costituendo sempre un'importante precedente ed autorevole punto di vista, fa stato unicamente tra le parti in causa ex art. 2909 Cod. Civile, anche nel processo amministrativo, attenzione, perciò ai facili automatismi di riflesso.

Giunti a questo livello di raffinatezze giuridiche, per me almeno inusitato, come sempre tutte in contraddizione tra loro, confesso di esser piuttosto cogitabondo e perplesso, anche nel solo delibare o adombrare sommariamente il problema de quo, troppe inutili congetture s'affastellano nei miei pensieri; il fulcro del contendere è concentrato nei disposti della L. 241/1990, divenuta dopo plurime rivisitazioni e novelle, sempre più una congerie di norme anche eterogenee e poco compatibili nel loro addentellato d'insieme.

Mutatis mutandis, nell'affaire su cui incentriamo questo breve studio, ricorrerebbe così, non nascondo, però, con qualche indubbia forzatura e – peggio – fantasia dimostrativa, la figura sintomatica di patologia dell'atto amministrativo (rubricata, in via generale, quale eccesso di potere) del DIFETTO D'ISTRUTTORIA, ossia di quando la pubblica amministrazione non permette di risalire al procedimento che ha portato all'adozione di un determinato provvedimento.

L'istruttoria non si limita, dunque, alla mera raccolta ed all'individuazione dei fatti necessari per una sollecita e pronta emanazione dell'atto ma tesse una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisarne l'uno attraverso l'altro. In particolare l'istruttoria – a norma dell'art. 6, lett. a della L. 7 agosto 1990, n. 241 – è volta a reperire le condizioni di ammissibilità, I REQUISITI DI LEGITTIMITÀ e le premesse di fatto del provvedimento amministrativo.

Così, pur sempre indomito ed indefesso nel mio sempiterno peregrinare desultorio tra i sacri testi normativi e giurisprudenziali – Oracolo del Signore – a chi potrei rivolgermi per un consulto al fine di dipanare questo groviglio ingarbugliatissimo? Ovviamente al Dr. Sereno Scolaro, al quale ripropongo, in una e-mail, in maniera stringatissima, il quesito, e la Sua risposta è illuminante, anche se ha il tragico effetto di cagionare il crollo del mio sogno (vana)-glorioso di istruire da solo un piccolo ricorso, interno ai plessi dell'amministrazione comunale. Ne riporto, allora, integralmente alcuni tra i più significativi stralci:

“Caro Carlo, Non ho, purtroppo, notizie molto buone, per le tue pugnaci intenzioni di guerriero degli jura sepulchri. La situazione attiene tipicamente a rapporti tra privati, il quali, nel caso, sembrano non affrontabili in via bonaria.

Suppongo, difatti, che il Comune abbia autorizzato sulla base di una dichiarazione/domanda di parte, in cui chi ha chiesto l'autorizzazione ha dichiarato di agire in nome e per conto di tutti gli aventi diritto e, magari, anche con il loro consenso (n.d.r. vabbè, l'art. 76 D.P.R. 445/2000 punisce le asseverazioni

forzate o mendaci ma su quest'aspetto anche etico omissis, data l'innata propensione della gens italica ad asserire il falso quando sono in giuoco i propri personalissimi interessi!), oppure il Regolamento comunale di Polizia Mortuaria preveda altrettanto in via presuntiva questa modalità, ovvero anche che il competente ufficio abbia operato semplicemente per consolidata prassi, dando come implicita una presunzione di tal fatta, e ciò sarebbe anche comprensibile per un ragionevole snellimento dell'istruttoria, almeno nelle sue fasi preliminari. Per l'ovvia separazione tra i poteri dello stato democratico la semplice attività amministrativa basata sui titoli formali prodotti agli atti su (art. 97 Cost.) non può mai sconfinare nel sindacato giurisdizionale (art. 24 e 113 Cost.).

Un avviso di “dissenso” al Comune, potrebbe anche immaginarsi quale legittimo e di qualche [effimera?] efficacia, ma il Comune, nella sua azione, pur sempre discrezionale, potrebbe:

a) riscontrare l'improcedibilità ex art. 2, comma 1 L. 241/1990, rendendo edotta la parte ricorrente sulla sussistenza di tale presunzione,

b) avviare, in ogni caso, un procedimento amministrativo

preconizzante un'eventuale REVOCA, in termini di autotutela, dell'autorizzazione già accordata, contro cui le agguerrite controparti potrebbero agire, impugnando la condotta del Comune in questo senso. Ciò riaprirebbe la temuta questione, che si voleva evitare, del contenzioso giudiziario, avanti il Tribunale Civile. Oltretutto, in questa sede (sia se essa sia avviata dalla “assistita”, sia dalle controparti, o da una sola di esse, ai sensi dell'art. 100 Cod. Proc. Civile), potrebbe essere sollevata l'eccezione dell'assenza di lesione della posizione della “assistita”, argomentando che la fotografia non è stata rimossa, ma solo sostituita da altra, ritenuta (dal soggetto controparte agente) maggiormente adatta ed idonea al ricordo decoroso del de cuius ... in fondo de gustibus non est disputandum.

Ciò conduce a dover constatare che l'“assistita” potrebbe contro-dedurre come il precedente fototratto, e l'iscrizione, attenessero all'esercizio della propria qualifica di coniuge del defunto e frutto, quindi, prima, dell'esercizio del suo diritto secondario, questa tesi, però, potrebbe essere giudicata abbastanza debole e pericolante.

Alla luce di questo quadro, la segnalazione di “dissenso”, con richiesta (espressa) al Comune di avvalersi dell'istituto di autotutela per procedere a soppesare attentamente le condizioni di revoca della precedente autorizzazione ad eseguire le “nuove” iscrizioni ed aggiungere arredi (fotografia), può anche essere trasmessa, anche se, invero, senza molte aspettative di un esito positivo.

In ogni caso, vanno tenuti presenti i termini (artt. 20, 21-quinquies e 21-novies, comma 1 L. 7/8/1990, n. 241 e s.m.i.) anche se mi pare difficile individuare,

nella fattispecie, la sussistenza di un qualche “interesse pubblico”, necessario per intraprendere la “strada” tortuosa della revoca, almeno in questo frangente [... omissis]”.

Propongo, non ancora pago, qui, di seguito un interessante specchietto sull’istituto della “revoca” di cui al capo IV-bis L. 241/1990, che s’inserisce nel *milieu* **potestà propria di ogni pubblica amministrazione di risolvere da sé questioni inerenti ai suoi provvedimenti o le sue pretese, garantendo l’osservanza della Legge (il principio di legalità anche qui regna sovrano!)**. La revoca è stata finalmente codificata, assieme all’annullamento d’ufficio dalle Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 di riforma della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo (vero “Vangelo”, anche se laico, di tutti gli uffici comunali).

La revoca rientra nella sfera del riesame degli atti amministrativi (art. 21-quinques L. 241/1990) può essere posta in essere da parte dello stesso organo o da altro contemplato dalla Legge, per il già richiamato principio della distinzione dei poteri. È un atto di ritiro con **EFFETTO NON RETROATTIVO**, che sottintende non un vizio di legittimità, bensì una **NUOVA VALUTAZIONE DELLA OPPORTUNITÀ** del provvedimento oggetto di questo riesame.

I “prolegomeni” di questo innovativo istituto sono:

- **sopravvenuti motivi di pubblico interesse;**
- **nuovo apprezzamento del pubblico interesse originario;**
- **mutamento della situazione di fatto (ABROGAZIONE o c.d. revoca per sopravvenienze);**
- **obbligo di indennizzo, se comporta pregiudizi in DANNO dei soggetti direttamente interessati.**

E tentare perveramente di resistere ad oltranza, ma in *limine litis*? Sarebbe una disfatta, meglio, infatti capitolar dignitosamente: chiudo queste amare osservazioni (so benissimo di esser un causidico e leguleio fallito!) con alcune note emblematiche sempre del Dr. Sereno Scolaro pubblicate sul portale: “LeggiOggi.it” dal quale estrapolo pochi, ma significativi appunti. Il c.d. “*potere di autotutela*” di cui sono dotati i pubblici poteri, cioè quella titolarità per la quale l’Amministrazione precedente può considerare qualora riconosca fondati presupposti, di riformare oppure direttamente intervenire più incisivamente su un provvedimento amministrativo già assunto, sin anche così da caducarlo, rientra nell’alveo delle prerogative proprie dell’amministrazione stessa. Si è avuto il caso in cui un soggetto privato (nello specifico un’associazione) abbia ingiunto ad una Pubblica Amministrazione di attivare il proprio potere di auto-tutela, pretesa rispetto

alla quale la stessa non ha dato proprio seguito. Contro tale inerzia (tecnicamente: silenzio-rifiuto) della Pubblica Amministrazione l’associazione ha pertanto presentato ricorso al T.A.R. territorialmente competente, Il giudice amministrativo lo ha tuttavia ritenuto inammissibile: la Pubblica Amministrazione non sarebbe, infatti, obbligata a pronunciarsi su un’istanza volta ad ottenere un procedimento di auto-tutela. L’associazione, caparbiamente convinta della necessità in capo alla Pubblica Amministrazione di pronunciarsi sull’intimazione, ha così proposto appello al Consiglio di Stato, che con sentenza della Sez. V n. 6995 del 30 dicembre 2011, ha riconfermato come eventuali istanze di privati aventi ad oggetto la sollecitazione ad esercitare il potere di auto-tutela non facciano sorgere un dovere a provvedere in tal senso, avendo unicamente un carattere di invito (seppur pressante!) e di segnalazione. Inoltre, sottolinea il giudice amministrativo, ulteriore conseguenza di simili istanze è quella di non determinare neppure l’obbligo di esprimersi su di esse. Pertanto, non sussiste alcun onere per l’amministrazione comunale di esporsi o rispondere in merito ad un’istanza diretta a conseguire un provvedimento di annullamento di una determinazione, non essendo coercibile *ab extra* l’attivazione del procedimento di riesame della decisione presa, peraltro neanche configurabile come provvedimento amministrativo vero e proprio, mediante l’istituto del silenzio-rifiuto (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 919 del 11 febbraio 2011, n. 919, Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 4308 del 6 luglio 2010). Fin qui la pronuncia (o, meglio, le due decisioni considerando sia quella del T.A.R. sia quella, successiva e conseguente, del Consiglio di Stato). Proviamo, per assurdo, ad immaginare infatti lo scenario differente ed opposto, e cioè quello per cui una “diffida” di un privato provochi academicamente un obbligo in capo alla Pubblica Amministrazione a provvedere: ciò costringerebbe l’attività della degli uffici pubblici ad essere vittima delle più varie pulsioni protestatarie e doglianze pretestuose da parte della cittadinanza più riottosa. “Summa lex, summa iniuria”, recita un antico brocardo latino pertanto consiglio fraterno o sororale (per par condicio tra i generi, come oggi giorno va di moda!), meglio desistere da ogni bellicoso intendimento ed affidarsi alla Divina Provvidenza, perché illumini i cuori dei familiari del defunto marito sul grave torto perpetrato; come dire: diritto secondario di sepolcro dalle alte vette liriche dell’astrazione giuridica agli abissi del burocrate più cervelotico ed astruso ... ed ingiustizia è fatta!