

Approfondimenti

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

Parte I

di Carlo Ballotta

Il vocabolo “concessione” è di derivazione settecentesca, ante rivoluzione francese, siamo, dunque, in piena epoca di assolutismo monarchico, e indicava gli atti di benevolenza sovrana – fons honorum – con i quali si attribuiva un privilegio nel senso che si riconosceva “al beneficiario una condizione particolare [di vantaggio], di cui altri non godeva”; si pensi, in proposito, alle materie di prerogativa della Corona, quale quella dei titoli nobiliari e degli ordini cavallereschi. La moderna legislazione democratica degli Stati, succedutasi nel tempo, ha conservato il termine solo come struttura logica, cambiandone tuttavia il significato semantico, il quale oggi si estende a materie che un tempo erano rette dal diritto privato. Il primo assetto teorico dei procedimenti concessori (e autorizzatori) si deve agli studi di O. Ranalletti (in Rivista italiana per le scienze giuridiche anni 1894, 1895, 1896), secondo cui l’effetto principale di tali procedimenti consiste nel conferire nuovi diritti in capo a soggetti estranei alla P.A. (M.S. Giannini, Diritto Amministrativo, vol. II, Giuffrè, 1993, 652 ss.).

Riferisce l’ufficio cimiteriale (Comune XYZ) di un contratto di concessione del diritto d’uso in perpetuità di quattro avelli, due dei quali mai utilizzati, concluso negli, ormai lontani, anni ‘50, sotto l’impero, dunque, del R.D. 1880/1942, con soggetto privato (persona fisica). Chiede, allora, l’amministrazione locale, se sia possibile intervenire, con misura specifica, al fine di rientrare in possesso dei due loculi non occupati, tenuto conto che il contratto sancisce l’operatività della concessione a tempo indeterminato, ai sensi della normativa, di fonte primaria e secondaria, cioè statale e comunale, allora in vigore. Dalla documentazione fornita “*brevi manu*”, pare proprio trattarsi di “forni” costruiti, a suo tempo, da impresa edile, per conto del Comune e concessi in uso dall’amministrazione municipale ai privati. Al riguardo, il regolamento del Comune, nell’ambito della disciplina delle “Tumulazioni (Sepolture private)”, comprende la concessione dell’uso ai privati, tra l’altro, di aree per tombe di famiglia e di loculi individuali. In via primaria il diritto d’uso di una sepoltura privata, quali sono le tumulazioni tutte, è governato dal regolamento di polizia mortuaria nazionale (norme quadro) e da quello comunale (norme di dettaglio), indi da eventuali deliberazioni generali o di dettaglio dell’Ente Locale. A val-

le della concessione decisa dal Comune, in passato, vi era spesso un atto complementare, sottoscritto fra le parti, con i relativi doveri e diritti. In molti casi analoghi si sarebbe potuta trovare una formula contrattuale che rinviava al regolamento di polizia mortuaria via via vigente nel tempo. Sono d’uopo, poi, alcuni rilievi preliminari alla disamina del quesito proposto: l’atto di fondazione del sepolcro potrebbe, infatti, contenere una clausola la quale, delineando un rapporto dinamico ed “in divenire”, contempra l’aggiornamento della concessione in base alle nuove norme introdotte, in futuro; con i diversi regolamenti comunali di polizia mortuaria che, eventualmente dovessero susseguirsi nel tempo. Sarebbe, allora, il caso dello *Jus Superveniens*. L’atto di concessione (per la fattispecie concreta e particolare ex art. 1372 Cod. Civile) ed il regolamento comunale di polizia mortuaria (come parametro generale ai sensi degli artt. 1, 3 e 4 – Disposizioni sulla Legge in Generale di cui al R.D. 262/1942) hanno entrambi valore normativo, ovviamente il regolamento comunale è funzionalmente sovraordinato, in quanto si colloca a monte, come premessa necessaria, in tutti i procedimenti di polizia mortuaria che interessino il Comune. Sarebbe, allora, assai opportuno definire la relazione gerarchica tra atto di concessione e regola-

mento comunale, in base ad un criterio cronologico. Eventuali riforme o cambiamenti del regolamento municipale di polizia mortuaria si applicano *ex nunc* (cioè da adesso in poi) solo ai nuovi rapporti di concessione, al momento del loro perfezionarsi (*tempus regit actum*) oppure hanno valore *ex tunc* (già da allora) con riflessi, al passato, sulle concessioni già poste in essere (*Jus Superveniens*) quando vigeva una diversa legislazione? “*Lex posterior derogat priori*”, dicevano i giuristi romani, tale brocardo è stato, poi, codificato nel nostro ordinamento moderno dall’art. 15 delle “Disposizioni sulla legge in generale” del Cod. Civile, siccome “*la Legge non dispone se non per l’avvenire*”, anche se l’assoluta irretroattività della norma è tassativamente affermata solo per la Legge Penale (art. 25, comma 2 Cost.).

Per le concessioni cimiteriali del passato vale lo *Jus Superveniens* solo qualora questa opzione strategica sia considerata esplicitamente dall’atto di concessione *in primis*, ed, in seconda istanza, dal regolamento comunale. In difetto di disposizioni a tal proposito, continueranno a valere le norme, ancorché abrogate, in vigore, però, all’atto della stipula della concessione, con una sorta di “ultrattività” (o ... reviviscenza?), seppur limitata, di quest’ultime. Secondo alcuni “tecnici” del diritto funerario se l’atto di concessione non precisa la retroattività sui suoi effetti giuridici dello *Jus Superveniens*, ossia delle successive novelle del regolamento comunale di polizia mortuaria, di cui si ribadisce la centralità per dirimere potenziali antinomie di questo tipo, dovrebbero valere ancora le vecchie norme, salvo una diversa, esplicita statuizione del nuovo regolamento municipale, ecco perché sia così importante inserire, in sede di sua eventuale revisione, una disposizione *ad hoc* di tal fatta! Solo ed unicamente quando si forma il titolo istitutivo dello *Jus Sepulchri*, ossia alla firma della regolare concessione, dietro il versamento dei canoni concessori vigenti, (oggi art. 4, comma 2 D.M. luglio 2002), siccome le sepolture private erano e sono sempre a titolo oneroso ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 95 e [induttivamente] 103 D.P.R. 285/90, si può dedicare un posto feretro alla sepoltura di un particolare defunto, legando la ragion d’essere della stessa concessione alla tumulazione proprio di quel morto. Esempio: io muoio durante un’operazione militare e le mie *mortales exuviae* risultano disperse; mio padre non si rassegna all’idea di non potermi più piangere in un luogo preciso del cimitero e dal Comune acquisisce, in concessione, un avello espressamente dedicato a me (= nessun altro potrà mai esser ivi tumulato se il mio cadavere non sarà mai rinvenuto). Se la mia salma non è recuperabile, né ora né mai, il loculo rimarrà vuoto *sine die*, proprio perché la concessione è sorta come atto di *pietas* verso la mia (e di nessun altro), spoglia mortale. Al massimo, il non uso, protratto nel tempo, potrà generare decadenza (o esaurimento dello sco-

po?) per estinzione della funzione del rapporto concessorio. È l’esempio della c.d. “tomba chiusa”, in quanto destinata ad accogliere unicamente il defunto menzionato nell’atto di concessione. Il Regolamento comunale è norma secondaria (secondo alcuni, anche ... “terziaria” se immaginiamo l’Ordinamento Italiano in un fantasiosa struttura geometrica “esplosa” in almeno tre dimensioni), per cui cede e soccombe di fronte alla norma primaria. Il Regolamento municipale di polizia mortuaria è, però, una strana “entità giuridica” (*monstrum vel prodigium?*... Una bestia rara?) soprattutto dopo la Legge di Revisione Costituzionale n. 3/2001, perché esso trae fondamento non tanto da legge ordinaria (art. 7 D.Lgs. 267/2000) quanto da norma superiore, di rango costituzionale, ex art. 117, comma 6, III Periodo Cost. (la polizia cimiteriale, infatti, è espressamente comunale ex artt. 337, 343 e 394 R.D. 1265/1934 ed art. 824, comma 2 Cod. Civile), ma, ad esempio, rientrando nel novero di cui all’art. 344 T.U.LL.SS., è ancora sottoposto ad omologazione ministeriale ex art. 345 R.D. 1265/1934. e D.M. 18 novembre 1998, n. 514 emanato ai sensi dell’art. 3, comma 3 L. 241/1990. Abbiamo, quindi un atto di carattere normativo, quindi generale ed astratto, molto complesso e trasversale, quasi poliedrico ed eclettico nelle sue molteplici articolazioni, che gode di ampi margini di autonomia ed ambiti di spettanza quasi esclusiva, quando agisca su un livello di pari ordinazione rispetto al D.P.R. 285/90 ⁽¹⁾, in campi, quindi non sovrapponibili, come, proprio la gestione cimiteriale, pur rimanendo formalmente una fonte di grado amministrativo subordinato rispetto alla Legge (i comuni non godono di potestà legislativa, ma solo regolamentare, ai termini dell’art. 117 Cost., ma il problema si complica ulteriormente se consideriamo come la polizia mortuaria, attratta, seppur con qualche indubbia forzatura, nella sfera del diritto sanitario, sia materia di legislazione concorrente da parte delle regioni (si veda la L. 131/2003 attuativa del nuovo Titolo V Cost.). Le concessioni cimiteriali, per quanto riguarda la durata (e non solo, anche per altri aspetti come la definizione del novero delle persone titolari dello *Jus Sepulchri*) sono rette dalle norme vigenti al momento del loro sorgere, queste regolazioni *ab origine* non possono, di norma, subire alterazioni nel tempo, se non altro per il fatto che una tale eventualità (insostenibile!) comporterebbe una lesione del principio dell’affidamento dei terzi, di buona fede e della stessa certezza del diritto. Attenzione, però: sia l’atto di concessione, sia il regolamento comunale potrebbero, in sé, comprendere una sorta di “codicillo” sullo *Jus Superveniens*, con cui si affida alle norme future anche la soluzione di casi progressi, con ciò conferendo alle

⁽¹⁾ Sull’idoneità di norme contenute nel regolamento comunale ad integrare automaticamente il contenuto delle concessioni cimiteriali ai sensi dell’art. 1339 cod. civile Si veda T.A.R. Piemonte, Sez. I, Sentenza 12 luglio 2013, n. 871.

fonti regolamentari che si succederanno nel tempo l'arduo compito di definire, alla luce, appunto dello *Jus Superveniens*, situazioni preesistenti (diritti perfetti ed acquisiti?) fatte salve le condizioni di maggior favore, come accade proprio per la perpetuità delle concessioni, le quali sono e restano intangibili per giurisprudenza costante in materia (in senso contrario, tuttavia, si segnala: T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 31 gennaio 2014, n. 289). Mi sia consentito, poi, di agitare una piccola provocazione, per nulla pretestuosa, che spero sia utile e proficua: nei regolamenti nazionali di polizia mortuaria di cui al R.D. 44/1891, R.D. 448/1892, R.D. 1880/1942, D.P.R. 803/1975, ed, infine (chissà mai per quanto tempo ancora!) D.P.R. 285/90, oltre – ovviamente – a considerare la normale sepoltura ad inumazione in campo comune, quale metodologia “istituzionale” di smaltimento per cadaveri umani, la quale determina la necessità per ogni Comune di almeno un cimitero a sistema di inumazione ex art. 337 R.D. 1265/1934 ed art. 49 D.P.R. 285/90 e il fabbisogno di campi di terra di idoneo dimensionamento (artt. 58 e 59 D.P.R. 285/90 e paragrafo 10 Circ. Min. n. 24/1993), si parla sempre e solo di ammissibilità, se prevista dal Piano regolatore cimiteriale, a partire dal D.P.R. 803/1975, oggi art. 91 D.P.R. 285/90 (prima era richiesto che la deliberazione consiliare di concessione dell'area fosse trasmessa al Prefetto, per il preventivo suo nulla osta, con l'ulteriore precetto per il consiglio comunale, di provare documentalmente il numero dei decessi negli ultimi 10 anni, della superficie cimiteriale già adibita ad inumazione dei feretri e di quella ancora libera) di concessione, tra l'altro, di semplici spazi di terra, e non di edifici sepolcrali o porzioni degli stessi (occorrenza, quest'ultima, invero, considerata, molto più recentemente, solo dall'art. 4, comma 2, lettere a) e b) D.M. 1° luglio 2002, adottato ai sensi dell'art. 5, comma 2 L. 130/2001 con cui si specificano i criteri contabili per calcolare congrui canoni di concessione almeno per i cinerari, ma essi sono estensibili, per affinità, a tutte le forme di concessione cimiteriale quale ne sia la tipologia costruttiva, la capienza o la durata). In nessun atto normativo ufficiale (più o meno a partire dalla prima legislazione post-unitaria in materia di polizia mortuaria di cui al R.D. 2322/1865) non si parla mai della possibilità che sia il Comune, quale titolare ultimo dell'impianto cimiteriale, oggi ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 337, 343 e 394 R.D. 1265/1934 e soprattutto art. 824, comma 2 Cod. Civile a provvedere alla costruzione di loculi: l'istituto è del tutto assente (nelle norme sopra citate, ma non nella prassi). Come si spiega, allora, questa divaricazione tra lo *Jus Positum* e la realtà?

Chiusa la *boutade* funeraria (che meriterebbe un pensiero!), avanzo un'ulteriore indicazione di precisazione: poiché i comuni sono solo tenuti a dotarsi di un'area cimiteriale a sistema di inumazione ex art. 337

T.U.L.L.SS., di misura sufficiente (art. 58 D.P.R. 285/90 e paragr. 10 Circ. Min. Sanità n. 24/1993, ma si veda anche l'art. 59 per gli spazi da non considerare nel computo), per le inumazioni le quali – almeno in teoria ed IN DIRITTO – costituiscono il modello “normale”, e la tecnica standard di sepoltura, non dovrebbe agevolmente dedursi che ogni diverso modo di uso e dell'area e dei manufatti del demanio cimiteriale, differente dall'inumazione in campo comune, comporti uno sfruttamento particolare, “*uti singuli*” dei beni demaniali (art. 823 comma 1 Cod. Civile) e come tale risenta dell'avvenuta demanializzazione delle moderne necropoli, con le conseguenze proprie e tipiche in tema di diritti di terzi sui beni demaniali stessi? Tale evenienza molto diffusa, se non addirittura maggioritaria, nell'esperienza italiana, è, comunque, normata, per analogia, dal Capo XVIII del D.P.R. 285/90 in quanto compatibile. Stante il Codice Civile del 1865, le zone cimiteriali non parevano, però, ancora riconducibili al demanio pubblico.

Nel frangente in cui vi sia stata concessione di area per l'erezione di un sepolcro a sistema di tumulazione individuale, il rapporto tra Comune e concessionario ha quale obiettivo da perseguire la costituzione del diritto superficie, ossia lo *Jus Aedificandi* ex art. 952 comma 1 Cod. Civile (o secondo parte minoritaria della dottrina il solo diritto d'uso, ex art. 1021 Cod. Civile, e soprattutto art. 90, comma 1 D.P.R. 285/90 sul terreno cimiteriale), sul lotto di terreno allo scopo di fabbricare il manufatto che, una volta ultimato, diviene di proprietà del concessionario, per tutta la durata della concessione, stante la formulazione dell'art. 63, comma 1 D.P.R. 285/90 ed è a sua volta ontologicamente finalizzato al solo uso di sepoltura (art. 93 D.P.R. 285/90), tant'è che la più erudita letteratura giuridica di settore ragiona di “vincolo di destinazione”, mentre qualora si ragionasse di manufatti sepolcrali a sistema di tumulazione elevati (ovviamente ... se epigei, altrimenti bisognerebbe ragionare in termini di scavo!) direttamente dal Comune, il provvedimento concessorio avrebbe per oggetto unicamente il diritto d'uso dei posti a tumulazione.