

## **IURA SEPULCHRI.**

*Deorum manium iura sancta sunt.*

I diritti degli dèi Mani siano sacri.

(espressione latina riportata da Cicerone nel *De legibus* ed attribuita alle XII Tavole, scelta da Ugo Foscolo come epigrafe dei *Sepolcri*)

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere obbligatorio e vincolante nell'ambito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha compiuto una pregevole ricostruzione dello *ius sepulchri* e delle situazioni giuridiche soggettive sprigionate dalla vicenda sepolcrale (cfr. parere Cons. St., Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 194).

### **1. Premessa. Il sepolcro nel diritto romano.**

Nell'ambito della generale categoria delle *res*, il diritto romano distingueva le cose di diritto divino (*res divini iuris*) e le cose di diritto umano (*res humani iuris*). La prima specie era ulteriormente ripartita in *res sacrae*, *res religiosae* e *res sanctae*.

Si qualificava come *res religiosa* "il luogo destinato al sepolcro, in quanto vi si fosse seppellito un cadavere – anche di uno schiavo – da parte di chi aveva il diritto di farlo: il *ius mortuum inferendi spettava, in linea di massima, al proprietario del fondo o del ius sepulchri*", ovvero, "il diritto di procedere all'inumazione in un sepolcreto già esistente"<sup>1</sup>.

In epoca classica si distinguevano due categorie di sepolcri, i *sepulchra familiaria* e i *sepulchra hereditaria*. I primi erano destinati a sé ed ai propri discendenti in quanto tali, indipendentemente dalla posizione assunta rispetto alla successione ereditaria; i secondi si trasferivano agli eredi, anche se estranei<sup>2</sup>.

### **2. Lo *ius sepulchri* nell'ordinamento vigente.**

Attualmente il diritto al sepolcro rappresenta un complesso di situazioni giuridiche corrispondenti a distinti ed autonomi diritti.

Il cd. **diritto primario di sepolcro** sorge in capo al privato per effetto della concessione da parte dell'Amministrazione di un'area di terreno o di porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale (art. 824, co. 2 c.c.).

Tale concessione di natura traslativa crea nel privato-concessionario un diritto soggettivo perfetto di natura reale, suscettibile di trasmissione *inter vivos* o successione *mortis causa*, che consiste nel diritto di essere seppellito (*ius sepulchri* propriamente detto) o di seppellire altri in un dato sepolcro (*ius inferendi mortuum in sepulchro*). Questo diritto è opponibile *iure privatorum* ai terzi ed è assimilabile al diritto di superficie.

Rispetto all'emanazione di atti autoritativi dell'Amministrazione, tuttavia, il diritto in parola degrada ad interesse legittimo, quando esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e

---

<sup>1</sup> M. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè editore, 2001, Milano, p. 202, citato in R. Giovanelli, *I modi di trasmissione del diritto al sepolcro*, in [www.ildirittoamministrativo.it/modi-di-trasmissione-del-diritto-al-sepolcro-Remo-Giovanelli/gamm776#\\_ftn5](http://www.ildirittoamministrativo.it/modi-di-trasmissione-del-diritto-al-sepolcro-Remo-Giovanelli/gamm776#_ftn5).

<sup>2</sup> M. Talamanca, *Elementi cit.*, p. 361, citato in R. Giovanelli, *I modi cit.*

del buon governo del cimitero impongono o consigliano all'Amministrazione stessa di revocare la concessione (cfr. sent. Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5296).

L'Amministrazione concedente, con provvedimento autoritativo, può riacquistare la disponibilità del bene pubblico dato in concessione se, in ipotesi, oggetto di abusi o di illeciti da parte del concessionario o se necessario per un miglior assetto degli interessi pubblici. Detto potere discende dai principi generali di diritto pubblico, oltre che dalle disposizioni del codice civile che li richiamano. Per i beni del demanio e del patrimonio indisponibile, l'Amministrazione è sempre titolare del potere di imporre una gestione conforme alle regole del diritto amministrativo e all'interesse pubblico.

La distinzione tra sepolcro ereditario e familiare deve ritenersi tuttora vigente e foriera di conseguenze giuridiche.

Infatti, nei confronti del **sepolcro ereditario** lo *ius sepulchri* si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia. Quanto al **sepolcro gentilizio o familiare**, lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del fondatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari del sepolcro stesso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imperscrittibilità e irrinunciabilità. Il diritto al sepolcro si trasforma da familiare in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa* (cfr. Cass., Sez. II, 20 agosto 2019, n. 21489).

### **3. Le ulteriori facoltà attribuite in forza dello *ius sepulchri*.**

Accanto al diritto primario al sepolcro, da qualificarsi in primo luogo come diritto alla tumulazione, vi è poi un **diritto secondario al sepolcro** che consiste nella facoltà di accedere al luogo di sepoltura in occasione delle ricorrenze e di opporsi agli atti di violazione del sepolcro o alla lesione della memoria delle persone ivi seppellite. La dottrina ritiene che in questo caso sia applicabile la normativa codicistica a tutela del nome o dell'immagine altrui (artt. 6-10 c.c.).

La dottrina ha anche individuato il diritto alla intestazione del sepolcro (*ius nomini sepulchri*), ovvero il diritto di apporre il proprio nome sul sepolcro da parte del fondatore e di tutti gli aventi diritto tumulati nel sepolcro stesso.

Infine, sussiste il diritto di scelta del luogo di sepoltura (*ius eligendi sepulchrum*), cioè la facoltà spettante ad ogni persona fisica di determinare le modalità ed il luogo della propria sepoltura. Tale diritto potrà essere esercitato mediante disposizioni testamentarie a carattere non patrimoniale, ammesse dall'art. 587, co. 2 c.c. Lo *ius eligendi sepulchrum* rientra nella categoria dei diritti della personalità e, come tale, non può essere oggetto di trasferimento *mortis causa*, ma può essere dedotto in un mandato *post mortem exequendum*.

Nel caso in cui la scelta del sepolcro non sia stata esercitata dal defunto durante la sua vita, essa può essere fatta dai prossimi congiunti, senza alcun rigore di forme, con prevalenza dello *ius coniugi* sullo *ius sanguinis* e di questo sullo *ius successionis*.

#### **4. Approfondimento sullo *ius eligendi sepulchrum*.**

Secondo la Suprema Corte, le spoglie mortali possono costituire oggetto di disposizione da parte del *de cuius* in ordine al luogo e al modo della sepoltura. Tale diritto è preminente su quello di analogo contenuto spettante *iure proprio* ai congiunti più prossimi e va annoverato tra gli atti di disposizione del proprio corpo ex art. 5 c.c. Esso costituisce un diritto della personalità, per sua natura assoluto e intrasmissibile (cfr. Cass., n. 1527/1978; 1584/1969).

Chi agisce in giudizio per dare esecuzione al mandato ricevuto dal *de cuius* in relazione all'*electio sepulchri* è legittimato all'azione ex art. 100 c.p.c., in quanto fa valere l'interesse morale che egli ha ad adempiere detto mandato. Essendo questo un caso in cui l'*electio sepulchri* si assume esercitata direttamente dal *de cuius*, l'interesse del mandatario non è quello di far seppellire il defunto nella tomba di proprietà propria o della famiglia; né quello di far scegliere ai soggetti più interessati il luogo da essi ritenuto più adatto a manifestare i loro sentimenti di devozione verso il defunto (cfr. Cass., n. 1834/1975); bensì esclusivamente quello di soddisfare la propria coscienza con la consapevolezza d'aver onorato l'incarico ricevuto in fiducia dallo scomparso.

Il mandato in parola è valido anche se soltanto verbale, non trattandosi di disposizione testamentaria, purché manifestato con la dovuta precisione e risolutezza. Quanto all'individuazione del mandatario, la consuetudine e la coscienza collettiva attuale sembrano richiedere che, in mancanza della designazione da parte dello stesso *de cuius*, il mandato debba intendersi conferito presuntivamente al congiunto più prossimo ovvero, cumulativamente, alle persone alle quali l'*electio* sia stata confidata e legata al *de cuius* da particolari vincoli di affetto, di amicizia e di stima. In merito, sussiste la presunzione relativa che, in casi del genere, la scelta della persona cui si voglia far conoscere la propria volontà ultima relativa al destino delle proprie spoglie mortali coincida con la scelta della persona cui si voglia raccomandarne, magari insieme ad altri, l'esecuzione (cfr. Cass., Sez. I, 13 marzo 1990, n. 2034).

#### **5. Le controversie sul trasferimento del luogo di sepoltura.**

Nel giudicare dell'opposizione dei parenti del defunto alla traslazione della salma di questo, ad iniziativa degli attuali aventi diritto alla scelta del sepolcro (a seguito della verificatasi necessità di modificare l'originario luogo di sepoltura), il giudice, una volta accertato che il luogo di sepoltura era stato originariamente determinato dal titolare del relativo diritto, deve valutare con oculata prudenza le giustificazioni addotte per pretendere di operare un trasferimento che comporta esumazione e ritumulazione del cadavere, posto che è avvertita dalla sensibilità degli uomini l'esigenza che le salme dei defunti non vengano, senza adeguate e gravi ragioni, trasferite da un luogo ad un altro (cfr. Cass., Sez. VI, 14 novembre 2019, n. 29548).

Si deve operare un bilanciamento tra la salvaguardia della scelta iniziale e le ragioni della traslazione della salma, addotte da chi è divenuto parente più prossimo del defunto.

Ad esempio, il diritto del coniuge superstite di scegliere e di trasferire il luogo di sepoltura del coniuge, che trova limite soltanto nella diversa volontà già espressa dal *de cuius*, non si pone in contrasto con la pietà verso i defunti perché la coscienza collettiva cui tale sentimento si riferisce non disapprova né percepisce negativamente la *translatio* dei resti mortali per una tumulazione ritenuta ragionevolmente più conveniente (e, quindi, non dovuta a impulsi futili in contrasto con

l'etica familiare) dal coniuge superstite e da altri aventi diritto (cfr. Cass., Sez. I, 11 dicembre 1987, n. 9168).

## **6. La disciplina amministrativa.**

Le norme fondamentali si rinviengono nel d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (*Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*).

Così, il Sindaco può autorizzare, dopo qualsiasi periodo di tempo ed in qualunque mese dell'anno, l'estumulazione di feretri destinati ad essere trasportati in altra sede a condizione che, aperto il tumulo, il coordinatore sanitario constati la perfetta tenuta del feretro e dichiari che il suo trasferimento in altra sede può farsi senza alcun pregiudizio per la salute pubblica (art. 88, co. 1 d.P.R. cit.).

Il Comune può concedere a privati e ad enti l'uso di aree per la costruzione di sepolture a sistema di tumulazione individuale, per famiglie e collettività (art. 90, co. 1 d.P.R. cit.) e che, nelle aree avute in concessione, i privati e gli enti possono impiantare, in luogo di sepolture a sistema di tumulazione, campi di inumazione per famiglie e collettività, purché tali campi siano dotati ciascuna di adeguato ossario (successivo co. 2).

Tali concessioni sono a tempo determinato e di durata non superiore a 99 anni, salvo rinnovo (art. 92 d.P.R. cit.). La giurisprudenza ha chiarito che per le concessioni "perpetue" continuano a valere i principi generali in materia di revoca e di ritiro degli atti e dei provvedimenti amministrativi, cosicché l'avvenuto rilascio di una concessione perpetua non determina in capo al concessionario una posizione di vantaggio intangibile ed irreversibile, poiché la concessione in questione ben può essere trasformata, seppur in presenza di presupposti e/o di condizioni tassativamente stabilite dalla legge, in "titolo concessorio a tempo determinato" (sent. C.G.A.R.S., 10 settembre 2020, n. 762).

Il diritto di uso delle sepolture private concesse a persone fisiche è riservato alle persone dei concessionari e dei loro familiari; di quelle concesse ad enti è riservato alle persone contemplate dal relativo ordinamento e dall'atto di concessione. In ogni caso, tale diritto si esercita fino al completamento della capienza del sepolcro (art. 93, co. 1 d.P.R. cit.). Può altresì essere consentita, su richiesta di concessionari, la tumulazione di salme di persone che risultino essere state con loro conviventi, nonché di salme di persone che abbiano acquisito particolari benemeritenze nei confronti dei concessionari, secondo i criteri stabiliti nei regolamenti comunali (successivo co. 2).

## **7. L'istituto dell'immemoriale.**

Concluso l'esame delle questioni giuridiche esaminate dal parere del Consiglio di Stato, si offrono alcune considerazioni aggiuntive sul cd. immemorabile, per la sua stretta attinenza con l'argomento affrontato.

L'istituto dell'**immemoriale o immemorabile** è stato abolito nel diritto privato dall'art. 630 del codice civile del 1865, secondo cui il possesso, benché immemorabile, non era idoneo a costituire le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue. L'istituto non è stato poi riprodotto nel codice del 1942 e, in effetti, risulta non più compatibile con le norme in tema di prescrizione e usucapione previste nei rapporti tra privati.

Tuttavia, l'immemoriale sopravvive nel diritto pubblico e trova applicazione al fine di riconoscere, attraverso un procedimento presuntivo, la legittimità di un esercizio di fatto corrispondente ad un diritto per un tempo immemorabile, allorché manchi un atto formale di concessione e si intenda adeguare per "*un'elementare esigenza di giustizia*" la situazione fattuale a quella giuridica "*quale principio generale valido ai sensi dell'art. 12 preleggi*" (cfr. Cass., SS.UU., 04 settembre 2018, n. 21598).

Pertanto, il riconoscimento da parte del Comune della titolarità del diritto di sepoltura privata esercitato da tempo immemorabile su aree o porzioni di edificio in un cimitero pubblico configura concessione amministrativa di beni soggetti al regime demaniale.

Quanto al riparto di giurisdizione, le controversie inerenti ad atti o provvedimenti relativi a tale concessione, che non attengano all'aspetto patrimoniale del rapporto, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, co. 1, lett. *b* c.p.a.; la giurisdizione del Giudice amministrativo sussisterà altresì quando la controversia riguardi una fase procedimentale precedente o, comunque, concernente il provvedimento attuativo del beneficio. Al contrario, nei casi in cui il rapporto concessorio costituisca il semplice presupposto storico della controversia tra i privati che non coinvolge in alcun modo l'Amministrazione, la controversia dovrà essere conosciuta dal Giudice ordinario (cfr. Cass., SS.UU., 04 febbraio 1993, n. 1392; 08 gennaio 1992 n. 114; 19 aprile 1990, n. 3269).

Dott. Alberto Antico

Malo, 12 luglio 2021

Per [www.italiaius.it](http://www.italiaius.it)