

Civile Sent. Sez. U Num. 21598 Anno 2018

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: DORONZO ADRIANA

Data pubblicazione: 04/09/2018

SENTENZA

sul ricorso 29059-2016 proposto da:

BOLLORINO GIACOMO, MARGHERITI SANTA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA F. ROSAZZA 32, presso lo studio dell'avvocato UGO DE LUCA, rappresentati e difesi dall'avvocato MAURO VALLERGA;

- ricorrenti -

contro

COMUNE DI LOANO, in persona del Sindaco *pro tempore*, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F. CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato ANDREA MANZI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato PIETRO PICIOCCHI;

BOLLORINO MONICA, BOLLORINO ALESSANDRO, BOLLORINO EMANUELA, CALCAGNO MARIA ROSA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA FILIPPO NICOLAI 70, presso lo studio dell'avvocato LORENZO ACQUARONE, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ROBERTA ACQUARONE;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 3796/2016 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 2/09/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/07/2018 dal Consigliere ADRIANA DORONZO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale RENATO FINOCCHI GHERSI, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;

uditi gli avvocati Ugo De Luca per delega orale dell'avvocato Mauro Vallergera, Gianluca Calderara per delega orale degli avvocati Andrea Manzi e Pietro Piciocchi e Luca Gabrielli per delega dell'avvocato Lorenzo Acquarone.

FATTI DI CAUSA

1.- Il giudizio svoltosi dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa riguarda una concessione di sepoltura privata rilasciata dal Comune di Loano a Monica, Alessandro, Emanuela Bollorino e a Maria Rosa Calcagno e contrastata da Santa Margheriti e Bollorino Giacomo.

Con un primo ricorso (n. 300/2014), Santa Margheriti e Bollorino Giacomo hanno impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Liguria - chiedendone l'annullamento - la determinazione dirigenziale n. 171 del 23/12/2013, con cui, su istanza di Monica, Alessandro e Emanuela Bollorino e diretta all'applicazione dell'istituto dell'immemoriale previsto dall'art. 88 del Regolamento di polizia mortuaria del Comune di Loano, il Comune aveva riconosciuto Giovanni Agostino Bollorino (1899-1986) quale

titolare del rapporto di concessione di sepoltura privata, intestato alla «Fam. Bollorino», e aveva altresì stabilito che il diritto di sepoltura era riservato ai soli discendenti in linea retta, con esclusione dei parenti in linea collaterale.

Tale determinazione è stata successivamente annullata in via di autotutela con determinazione del 19/3/2014, n. 17.

2. - Con un secondo ricorso (n. 721/2014), Giacomo Bollorino e Santa Margheriti hanno chiesto l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 22 del giorno 11/4/2014, con cui erano stati stabiliti i criteri per il riconoscimento del diritto di uso con applicazione dell'immemoriale in via amministrativa, nella parte in cui si era ammesso tale riconoscimento in favore esclusivamente dei discendenti in linea retta del concessionario di origine.

3. - Con un terzo ricorso (n. 1323/2014), gli stessi Giacomo Bollorino e Santa Margheriti hanno impugnato il provvedimento del 6 agosto 2014, n. 56, con cui è stato individuato in Giovanni Agostino Bollorino (1899-1986) il concessionario d'origine della sepoltura privata n. 375, ubicata nel cimitero capoluogo del comune, con il riconoscimento del diritto d'uso esclusivo ai suoi discendenti diretti.

4. - I tre ricorsi sono stati riuniti dal TAR Liguria che, con sentenza depositata in data 8 maggio 2015, n. 437, ha accolto il terzo ricorso e ha annullato il provvedimento n. 56 del 2014; ha invece dichiarato improcedibili il primo ricorso, per sopravvenuta carenza di interesse in seguito all'annullamento del provvedimento, e il secondo, essendo venuto meno l'interesse a censurare il regolamento di polizia mortuaria.

5. - La sentenza è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che ha accolto gli appelli proposti da Monica, Alessandro, Emanuela Bollorino e Maria Rosa Calcagno (discendenti di Giovanni Agostino Bollorino), da un lato, e dal Comune di Loano, dall'altro, ed ha così dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda proposta dagli

originari ricorrenti: l'alto Consesso ha ritenuto che il *petitum* sostanziale del ricorso originario, così come dei motivi aggiunti, non avesse ad oggetto la legittimità degli atti comunali relativi alla concessione cimiteriale – domanda che certamente sarebbe ricaduta nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) cod.proc.amm. - ma esclusivamente l'individuazione dell'originaria titolarità del *ius sepulchri*, ovvero la titolarità di un diritto di matrice civilistica.

6. – Per la cassazione della sentenza Giacomo Bollorino e Santa Margheriti hanno proposto ricorso ai sensi dell'art. 111, ult. comma Cost. Il comune di Loano, da un lato, e Monica, Alessandro ed Emanuela Bollorino e Maria Rosa Calcagno, dall'altro, hanno resistito con separati controricorsi. In prossimità dell'udienza i ricorrenti e i controricorrenti Bollorino e Calcagno hanno depositato memorie illustrative.

Motivi della decisione

1.- Con l'unico articolato motivo i ricorrenti impugnano la sentenza per violazione degli artt. 103 Cost., 7 e 9 del d.lgs. n. 104/2010, nonché dell'art. 133, comma primo, lettera B) del d.lgs. citato, in relazione all'art. 824 del cod.civ. e denunciano la violazione di legge e il travisamento della fattispecie: in particolare, censurano la decisione del Consiglio di Stato nella parte in cui ha declinato la sua giurisdizione in favore del giudice ordinario nell'erroneo convincimento che la controversia avesse ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione delle norme civilistiche in tema di famiglia e successioni, e perciò rientrasse in ambito squisitamente privatistico; al contrario, l'oggetto della controversia era costituito dalla legittimità del provvedimento con cui il Comune di Loano aveva costituito (o ricostituito) la concessione attraverso la individuazione del titolare originario, sicché la loro posizione andava qualificata come interesse legittimo e non già diritto soggettivo.

2. – Ritiene il Collegio che il ricorso sia meritevole di accoglimento e che debba essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

È opportuno riassumere i termini della vicenda.

La questione controversa concerne l'accertamento della titolarità di un sepolcro familiare, situato all'interno del cimitero capoluogo del Comune di Loano ed in uso da tempo immemorabile alla famiglia Bollorino.

Non è stato rinvenuto negli atti del Comune il provvedimento di concessione cimiteriale - necessario ai sensi degli artt. 51 e seguenti del Regolamento comunale di polizia mortuaria -, sicché, su istanza dei Bollorino odierni controricorrenti, il Comune ha attivato la procedura prevista dall'art. 88 del citato Regolamento, il quale così dispone:

«Sepulture private a tumulazioni pregresse - Mutamento del rapporto concessorio.

1. Per le concessioni sussistenti prima dell'entrata in vigore del R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, per le quali non risulti essere stato stipulato il relativo atto di concessione, trova applicazione l'istituto dell' "immemoriale", quale presunzione "juris tantum" della sussistenza del diritto d'uso sulla concessione.

2. Il Dirigente può stabilire che il riconoscimento di tale diritto avvenga in via amministrativa, anziché ordinariamente in via giurisdizionale.

In tal caso, lo stesso provvedimento determinerà le procedure, la documentazione e gli altri elementi necessari per far luogo al provvedimento di riconoscimento.

3. I concessionari di sepolture a tempo indeterminato possono chiedere di rinunciare a tale diritto e alla contestuale trasformazione della concessione in altra a tempo determinato.

4. Il Dirigente stabilisce i casi, le modalità e le procedure, ivi compresi le controprestazioni che il Comune può fornire ai concessionari, per rendere effettiva la facoltà di cui al comma precedente.».

In esito a tale procedura, avviata ai sensi della L. n. 241/1990 ed in cui è stata compiuta attività istruttoria, con la determinazione n. 56 del 6 agosto 2014 (e prima ancora con la deliberazione 2 aprile 2014) il Comune ha individuato come concessionario d'origine del diritto di sepoltura Giovanni Agostino Bollorino (1899-1986), dante causa degli odierni controricorrenti. Nello stesso provvedimento si è precisato che tale determinazione tiene luogo dell'atto di concessione.

5. - L'individuazione del titolare è stata contestata dinanzi al Tar Liguria da Giacomo Bollorino e Santa Margheriti, i quali assumono che, alla stregua di circostanze di fatto non valutate o non correttamente valutate dall'ente concedente, il concessionario di origine era l'ascendente comune (bisnonno) ai due rami, ossia Domenico Agostino Bollorino, deceduto nel 1927; la contestazione dei Bollorino ha altresì riguardato la determinazione del Comune di limitare ai soli parenti in linea retta del concessionario di origine il diritto di uso del sepolcro, con esclusione dei parenti in linea collaterale, in violazione dell'art. 74 cod.civ., dei principi che regolano il sepolcro gentilizio, nonché dell'art. 56, comma 2, del Regolamento comunale di polizia mortuaria, il quale prevede che la famiglia del concessionario avente diritto alla sepoltura comprende anche i collaterali fino al quarto grado.

6. - Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, il diritto sul sepolcro già costruito nasce da una concessione da parte dell'autorità amministrativa di un'area di terreno (o di una porzione di edificio) in un cimitero pubblico di carattere demaniale (art. 824 cod. civ.) e tale concessione, di natura traslativa secondo l'opinione più accreditata, crea, a sua volta, nel privato concessionario, un diritto soggettivo perfetto di natura reale, e perciò, opponibile, *iure privatorum*, agli

altri privati, assimilabile al diritto di superficie, che si affievolisce, degradando ad interesse legittimo, nei confronti della P.A. nei casi in cui esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero, impongono o consigliano alla P.A. di esercitare il potere di revoca della concessione (Cass. Sez. Un. 24/4/2007, n. 9842; Cass. 30/5/2003, n. 8804; Cass. 24/1/2003, n. 1134; Cass. Sez. Un. 28/12/1961, n. 2835; v. pure Cons. St. 28/10/2015, n.4943; Cons. St. 11/12/2014, n. 6108; Cons. St. 8 marzo 2010, n. 1330).

La concessione da parte del Comune di aree o porzioni di edificio di un cimitero pubblico configura dunque una concessione amministrativa di beni soggetti al regime demaniale, indipendentemente dalla eventuale irrevocabilità o perpetuità del diritto al sepolcro (Cass. Sez. Un., 27/7/1988, n. 4760).

La natura di concessione dell'atto di attribuzione del diritto di sepoltura privata è altresì affermata dagli artt. 90 e ss. del Regolamento di polizia mortuaria approvato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (e, già prima, dal regolamento approvato con D.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, artt. 59, 76 e 77, nonché dai regolamenti r.d. 25 luglio 1892, n. 448 e r.d. 21 dicembre 1942, n. 1880).

Il Regolamento di polizia mortuaria del comune di Loano recepisce tali disposizioni (artt. 51 e ss.).

7. - Non è dunque in discussione che, nelle aree cimiteriali appartenenti al demanio comunale (art. 824, comma 2, cod.civ.), il diritto di uso del sepolcro può sorgere solo in forza di un provvedimento di concessione comunale.

È indubbio inoltre che, come espressamente stabilito nell'art. 88 del Regolamento di polizia mortuaria del Comune di Loano e riportato nell'atto impugnato, il provvedimento n. 56 del 2014 tiene luogo della originaria concessione, sicché della stessa mutua natura e funzione.

Invero, come sostenuto in dottrina, l'istituto dell'immemoriale, o immemorabile, abolito dall'art. 630 del cod. civ. del 1865 e non riprodotto nel codice del 1942, se può dirsi non più compatibile con le norme in tema di prescrizione e usucapione previste nei rapporti tra privati, 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 delle disposizioni preliminari».

L'art. 88 ^{in esume} recepisce questo istituto attribuendo al Comune il potere di ^{giu} accertare in via amministrativa la legittimazione del possesso alla sepoltura privata esercitato da tempo immemorabile, attraverso l'individuazione del concessionario e dei soggetti cui è attribuito il diritto alla sepoltura.

8. - Sotto il profilo della giurisdizione, le Sezioni unite di questa corte hanno precisato che 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 (Cass. Sez.Un. 07/10/1994, n. 8197; Cass. Sez. Un. 16/01/1991, n. 375; Cass. Sez. Un. 27/07/1988, n. 4760, rese nel vigore *ratione temporis* dell'art. 5 comma 1 del d.p.r. 6 dicembre 1971 n. 1034).

Il discrimine fondamentale per la determinazione del giudice fornito di giurisdizione deve dunque essere individuato nella posizione giuridica che il privato interessato fa valere, che implica la giurisdizione del giudice amministrativo allorché la controversia riguardi una fase procedimentale precedente o, comunque, concernente il provvedimento attuativo del beneficio; al contrario, nei casi in cui il rapporto concessorio di una delle parti con la Pubblica

Amministrazione costituisca il semplice presupposto storico della controversia tra i privati che non coinvolge in alcun modo l'amministrazione, un problema di difetto di giurisdizione del giudice ordinario non si può neppure porre (cfr. in tal senso, in generale, Cass. Sez. Un. 4/2/1993, n. 1392; Cass. Sez. Un., 8/1/1992 n. 114; Cass. Sez. Un., 19/4/1990, n. 3269).

9. - L'art. 133, comma 1, lett. b) del d.lgs. 2/7/2010, n. 104 (cod.proc.amm.), dispone che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Allo scopo di determinare la giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici, dunque, non è più necessario distinguere tra diritti e interessi poiché in ogni caso la giurisdizione stessa spetta al giudice amministrativo in via esclusiva, fatta eccezione per le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi.

Si è altresì precisato che, in tema di giurisdizione esclusiva, la cognizione del giudice amministrativo sussiste anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purché la controversia coinvolga il contenuto dell'atto di concessione, ponendo in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico o funzionale e pertanto sia strettamente correlata alla cognizione sul rapporto concessorio sottolineandosi la natura meramente residuale della competenza giurisdizionale del giudice ordinario (Cass. Sez. Un., 9842/2007, cit., ed ivi ulteriori richiami).

10. - Alla stregua del costante orientamento di queste Sezioni Unite, a norma dell'art. 386 cod.proc.civ. la decisione della giurisdizione è determinata dall'«oggetto della domanda», che è da identificare non già in base al criterio della c.d. prospettazione (ossia con riguardo alle deduzioni e alle richieste formalmente avanzate dall'istante), bensì

sulla base del c.d. *petitum* sostanziale, il quale va identificato con la intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (*ex plurimis*, Cass. Sez. Un., 25/2/2016, n. 3732; Cass., Sez. Un., 7/4/2015, n. 6916; Cass., Sez. Un., 5/7/2013, n. 16883; Cass., Sez. Un., 11/10/2011, n. 20902; Cass., Sez. Un., 25/6/2010 n. 15323; Cass. Sez. Un., 5/3/2010, n. 5288; Cass. Sez. Un., 3 gennaio 2007, n. 3; Cass., Sez. Un., 26/5/2004, n. 10180).

11. – Ora, dalla narrazione che precede si evince che l'oggetto della controversia è dato dalla denuncia di illegittimità - con conseguente richiesta di declaratoria di nullità per violazione di legge e travisamento, arbitrarietà, illogicità e ingiustizia manifesta, nonché difetto di motivazione - del provvedimento con il quale il Comune di Loano ha individuato il titolare originario del rapporto di concessione risalente da tempo immemorabile.

È stata altresì denunciata la illegittimità dell'atto per la violazione di norme del regolamento di polizia mortuaria, in particolare dell'art. 56, il quale riconosce lo *jus sepulchri* anche ai collaterali fino al quarto grado, assumendosi, da parte ricorrente, che la scelta dell'amministrazione di limitare, con determinazione generale contenente le norme della procedura ex art. 88 del regolamento, il diritto alla sepoltura ai soli parenti in linea retta non è conforme alle disposizioni civilistiche, richiamate nello stesso art. 56.

Alla illegittimità degli atti relativi alla procedura, viene poi eziologicamente ricollegata la richiesta di risarcimento di danni, peraltro rigettata dal Tar.

12. - Risulta così evidente che, tanto nella sua prospettazione e nelle formali richieste quanto nella sua portata sostanziale, la domanda è rivolta a censurare il momento genetico del rapporto concessorio: ciò che viene in rilievo, infatti, non è il diritto soggettivo vantato nei

confronti degli altri famigliari, bensì il cattivo esercizio del potere di concessione esercitato dall'autorità amministrativa che, in applicazione dell'istituto dell'immemoriale, all'esito dell'istruttoria svolta e dell'esame dei mezzi di prova raccolti, ha stabilito la legittimazione del possesso in capo ad un soggetto piuttosto che ad un altro. Si contesta cioè la legittimità dell'esercizio dei poteri valutativo-discrezionali spettanti all'amministrazione comunale nella scelta (sia pure attraverso un procedimento ricognitivo) del concessionario di origine del diritto di sepoltura privata, a fronte del quale il privato vanta una posizione soggettiva caratterizzata da una intrinseca "cedevolezza", conseguente alla natura demaniale del bene su cui si pretende di esercitare il diritto (Cons. St. 26/9/2014, n. 4841; Cons. St., sez. V, 14/6/2000, n. 3313).

Si verte pertanto in materia attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo.

12.1. - A nulla rileva la natura vincolata o discrezionale del potere spettante alla pubblica amministrazione, giacché - pur a voler prescindere dal fatto che l'accertamento dell'immemorabile implica una valutazione di elementi di fatto con margini di apprezzamento non sempre ristretti -, per un verso, come si è detto, si verte in materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la conseguente irrilevanza di ogni distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, e, per altro verso, si è al cospetto dell'estrinsecazione di un potere autoritativo (la concessione del diritto di sepolcro) rispetto al quale il privato può vantare solo una posizione di interesse legittimo (v. Cons. Stato 28/10/2015, n.4943; Consiglio di Stato 11/12/2014, n. 6108).

13. In conseguenza delle osservazioni su svolte, deve affermarsi che 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. Pertanto, 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, ai sensi dell'art. 133, primo comma, lett. b) del d.lgs. n. 104/2010.

14. Il ricorso deve dunque essere accolto e la sentenza deve essere cassata, con rinvio al Consiglio di Stato in diversa composizione; ai sensi degli artt. 59 L. 18 giugno 2009 n. 69 e 11 d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, che disciplinano la *translatio iudicii* tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la cassazione della pronuncia del Consiglio di Stato per aver negato la sua giurisdizione deve essere disposta con rinvio ex art. 383 cod.proc.civ., essendo quella senza rinvio ex art. 382 cod.proc.civ. limitata solo all'ipotesi in cui qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda (Cass. Sez. Un., 5/10/2015, n. 19787; Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass., 17 febbraio 2012, n. 2312; cfr. Cass. 21/372017, n. 9965; Cass. Sez. Un. 29/3/2017, n. 8117).

15. La controvertibilità della questione, attestata dal diverso esito dei giudizi svoltisi dinanzi al giudice amministrativo, giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo; rinvia la causa al Consiglio di Stato in diversa composizione e compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 17 luglio 2018

Il Presidente