

Numero 00194/2021 e data 15/02/2021 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 27 gennaio 2021

NUMERO AFFARE 00512/2020

OGGETTO:

Ministero dell'interno.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto, con istanza sospensiva, da Franca Seghetti avverso il provvedimento prot. n. 0002080- 01/06/2019-C_B562-SARCH-P dell'1 giugno 2019 del comune di Camporotondo di Fiastrone di diniego dell'istanza di estumulazione ordinaria della salma del defunto marito, Sauro Tardarelli, contro il comune di Camporotondo di Fiastrone e nei confronti di Roberto Tardarelli;

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione prot. n. 0002971 del 27 febbraio 2020 della relazione del 25 febbraio 2020 con la quale il Ministero

dell'interno ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

visto il parere reso all'Adunanza del 16 settembre 2020;

esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

Premesso

1. La ricorrente riferisce di essere stata coniugata con Sauro Tardarelli, morto prematuramente alla fine degli anni '80, poco più che ventenne. Sorti dei dissidi con i genitori del marito, il pretore di Macerata, con ordinanza del 6 giugno 1992, vietò il trasferimento della salma dal cimitero del comune di residenza dei suoceri, Camporotondo di Fiastrone, al comune di residenza della ricorrente, Caldarola, affermando il diritto della vedova di far visita alla tomba del marito. Nel provvedimento la scelta sarebbe stata motivata in considerazione del fatto che il matrimonio era durato poco tempo, mentre il defunto aveva trascorso la maggior parte della sua vita con i genitori; conseguentemente, il giudice avrebbe considerato prevalente il diritto dei genitori su quello della vedova.

Nel 2019, morti i genitori del marito, la ricorrente ha proposto una nuova istanza per l'estumulazione e il trasferimento della salma; il comune di Camporotondo di Fiastrone, avvisato l'unico controinteressato (il fratello del defunto), ha respinto l'istanza poiché il provvedimento giurisdizionale citato imporrebbe di lasciare la salma nel luogo in cui si trova. Ritiene l'Amministrazione che quel provvedimento sia dotato di efficacia di giudicato e che, conseguentemente, possa essere riferito anche al fratello del defunto, nella qualità di erede dei genitori morti.

2. Avverso questo atto di diniego, propone ricorso straordinario la vedova, per un verso, confutando la possibilità per il fratello del defunto di avvalersi del provvedimento del lontano 1992 – in considerazione del fatto che la controversia riguardava i genitori e il loro diritto di poter far visita alla tomba del figlio defunto – e, per altro verso, ritenendo che, morti i genitori del defunto, spetti unicamente alla ricorrente, che peraltro non si è mai risposata, decidere dove seppellire la salma del marito.

3. Il controinteressato, con memoria dell'1 ottobre 2019, e il comune di Camporotondo di Fiastrone, con memoria del 27 settembre 2019, chiedono il rigetto del ricorso.

Il Ministero, nella relazione, conclude per l'accoglimento.

4. Con parere reso all'Adunanza del 16 settembre 2020, la Sezione ha invitato il Ministero ad acquisire il citato provvedimento del Pretore di Macerata del 6 giugno 1992, per accertare lo svolgimento della vicenda processuale che ha portato all'adozione del provvedimento in questione e per riferire, all'esito, con apposita relazione integrativa.

5. Il Ministero, con relazione integrativa del 3 dicembre 2020, ha trasmesso il fascicolo relativo al giudizio svoltosi dinanzi al Pretore di Macerata nel 1992.

Dagli atti emerge che nel 1992 i signori Tardarelli, genitori del defunto marito dell'odierna ricorrente, hanno proposto ricorso ex art 700 c.p.c. contro il provvedimento del Sindaco di Camporotondo di Fiastrone – che autorizzava la ricorrente all'estumulazione ed al trasporto della salma dal comune di Camporotondo di Fiastrone al comune di Caldarola – chiedendo al Pretore di disapplicare detto provvedimento.

Con provvedimento d'urgenza del 15 aprile 1992, il Pretore di Macerata ha ordinato alla signora Seghetti di astenersi dall'operare la traslazione della salma.

Successivamente, con ordinanza del 6 giugno 1992, ai sensi degli articoli 702 e 690 c.p.c., in assenza di una volontà manifestata dal *de cuius* e ritenuto prevalente l'interesse dei genitori alla scelta della sepoltura rispetto a quello della vedova, il Pretore ha confermato il citato decreto ed assegnato agli interessati il termine per iniziare la causa di merito.

Non risulta dagli atti trasmessi che il giudizio di merito sia mai stato istaurato.

Considerato.

6. La Sezione ritiene innanzi tutto opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo e giurisprudenziale che viene in rilievo nella materia in esame.

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

Il c.d. diritto primario di sepolcro sorge in capo al privato per effetto della concessione da parte dell'autorità amministrativa di un'area di terreno o di porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale (articolo 824 c.c.); è tale concessione, di natura traslativa, che crea a sua volta 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*).

Tale diritto, come afferma costante giurisprudenza, è opponibile *iure privatorum* ai terzi ed è assimilabile al diritto di superficie; allo stesso tempo, però, il titolare ha una posizione di interesse legittimo in caso di emanazione di atti autoritativi della pubblica amministrazione, quando esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero impongono o consigliano alla pubblica amministrazione di revocare la concessione (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5296).

Il diritto di sepolcro, in altri termini, non preclude l'esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione concedente che, 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 che codice civile che richiamano tali principi generali; per i beni demaniali e per quelli patrimoniali indisponibili, l'Amministrazione concedente è sempre titolare del potere di imporre una gestione conforme alle regole del diritto amministrativo e all'interesse pubblico.

Giova anche osservare che, mentre nel sepolcro ereditario lo *ius sepulchri* si trasmette, come visto, nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, nel sepolcro c.d. gentilizio o familiare (la distinzione, risalente al diritto romano, tra sepolcro ereditario e sepolcro familiare o gentilizio è tuttora accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza), 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. Tale diritto di 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* (da ultimo, Cassazione civile, sez. II , 20 agosto 2019, n. 21489).

Accanto al diritto primario al sepolcro (*id est* 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.

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

Notevole importanza giuridica riveste inoltre il diritto di scelta del luogo di sepoltura (*ius eligendi sepulchrum*) individuabile nella facoltà di scelta spettante ad ogni persona fisica circa le modalità ed il luogo della propria sepoltura. Come è noto, la legge consente espressamente che tra le disposizioni testamentarie rientrino anche quelle a carattere non patrimoniale (articolo 587, comma 2, c.c.).

Costituisce affermazione da tempo consolidata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione quella secondo cui lo *ius eligendi sepulchrum* rientra nella categoria dei diritti della personalità e, come tale, non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*, ma può formare oggetto di un mandato *post mortem exequendum* ovvero può essere inserito nel testamento (articolo 587, comma 2, c.c.).

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

La Corte di Cassazione (sentenza sez. I, 13 marzo 1990, n. 2034) ha espressamente affermato che:

“a) le spoglie mortali possono costituire oggetto di disposizione da parte del "de cuius" in ordine al luogo e al modo della sepoltura e tale diritto, preminente su quello di analogo contenuto spettante "iure proprio" ai congiunti più prossimi, rientra, - come gli atti di disposizione del proprio corpo di cui all'art. 5 del codice civile e comunque secondo una radicatissima consuetudine, tra i diritti della personalità, per loro natura assoluti e intrasmissibili (vedi Cass. sent. n. 1527 del '78 e 1584 del '69);

b) il predetto "ius eligendi sepulchrum", mentre - per la ragione di cui sopra - non può formare oggetto di trasferimento "mortis causa" (cfr. Cass. sentenza n. 2475 del '70) sicché non possono ad esso applicarsi la disciplina successoria nè legale nè testamentaria, può ben dar vita ad un mandato "post mortem exequendum", perfettamente ammissibile nel nostro ordinamento non intaccando il divieto posto alla volontà del "de cuius" di operare "post mortem" relativamente ai beni dell'eredità al di fuori del testamento (vedi Cass. sent. n. 1584 del '69; 2804 del '62); ... Ciò posto, è agevole dedurre che chi agisce in giudizio per dare esecuzione al mandato ricevuto dal "de cuius" in relazione alla di lui "electio

sepulchri" è legittimato all'azione ex art. 100 cod. proc. civ. (a norma del quale per proporre una domanda è necessario avervi interesse), in quanto fa valere l'interesse morale che egli ha ad adempiere detto mandato: interesse che - essendo questo un caso in cui l'"electio sepulchri" si assume esercitata direttamente dal "de cuius" e che va tenuto quindi ben distinto da quello cui, in mancanza, esso può essere esercitato "iure proprio" dai congiunti - non è quello di far seppellire il morto nella tomba di proprietà propria o della famiglia e neppure 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 (vedi, in proposito, Cass. sent. n. 1834 del '75), bensì esclusivamente quello (ma "ab antiquo" di altissimo valore morale) di soddisfare la propria coscienza con la consapevolezza d'aver onorato l'incarico ricevuto in fiducia dallo scomparso.

Quanto all'individuazione del destinatario del mandato di cui qui trattasi, la consuetudine e la coscienza collettiva attuale sembrano richiedere che, in mancanza della designazione da parte dello "stesso "de cuius" di un determinato destinatario, detto mandato (valido anche se soltanto verbale, non trattandosi di disposizione testamentaria, purchè, ovviamente, manifestato con la dovuta precisione e risolutezza) debba intendersi conferito presuntivamente al congiunto più prossimo ovvero, cumulativamente, alle persone stesse alle quali "l'electio" sia stata confidata e legata al "de cuius" da particolari vincoli di affetto di amicizia e di stima, essendo da supporre, salvo prova contraria 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".

Con specifico riferimento al caso in cui, una volta attuata la scelta da parte del soggetto al quale l'ordinamento attribuisce una posizione poziore tra i congiunti del defunto, si dibatta circa la necessità o meno del trasferimento del luogo di sepoltura, la Corte di

Cassazione, anche di recente, ha precisato che 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 (Cass. civile, sez. 6, 14 novembre 2019 n. 29548).

Da un lato, occorre dunque considerare la salvaguardia della scelta iniziale e, dall'altro, le ragioni della traslazione della salma addotte da chi è divenuto parente più prossimo del defunto.

Ad esempio, anche se non di recente, è stato affermato che il diritto del coniuge superstite di scegliere e di trasferire il luogo di sepoltura del coniuge defunto, che trova limite soltanto nella diversa volontà già espressa dal defunto, 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 (così Cassazione civile, sez. I, 11 dicembre 1987, n. 9168).

7. In ordine alle norme che regolano la materia, ricordiamo, per quanto di interesse, che il decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285 - Approvazione del regolamento di polizia

mortuaria - all'articolo 88 dispone al primo comma che 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.

Il successivo articolo 90 stabilisce che 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 (comma 1) 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 (comma 2).

Quanto alle concessioni, queste sono a tempo determinato e di durata non superiore a 99 anni, salvo rinnovo (articolo 92).

Inoltre, è disposto che 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 (articolo 93, comma 1). 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 benemerienze nei confronti dei concessionari, secondo i criteri stabiliti nei regolamenti comunali (articolo 93, comma 2).

8.1. Venendo al merito del ricorso in esame, parte ricorrente propone due motivi di censura che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi. Per l'interessata, il Comune ha illegittimamente denegato l'autorizzazione all'estumulazione e al trasporto della salma in altro cimitero “*esclusivamente sulla base delle eccezioni sollevate dal Tardarelli Roberto che ha invocato il beneficio di un giudicato di cui il medesimo non avrebbe potuto avvalersi?*” (pagina 18 del ricorso) e non per ragioni igienico sanitarie.

Ed invero, il Comune, condividendo le argomentazioni proposte dal controinteressato, fratello del defunto, al quale era stato comunicato l'avvio del procedimento, ha ritenuto ostativo all'accoglimento dell'istanza della vedova il fatto che sulla questione si fosse già pronunciato, con provvedimento passato in giudicato, il Pretore di Macerata il 6 giugno 1992.

8.2. La Sezione osserva che con l'ordinanza cautelare del 6 giugno 1992, emessa ai sensi degli articoli 702 e 690 c.p.c. (allora vigenti), il Pretore di Macerata ha ritenuto che, in assenza di una volontà manifestata dal *de cuius*, fosse prevalente l'interesse dei genitori alla scelta della sepoltura rispetto a quello della vedova e ha pertanto confermato il decreto di sospensione del provvedimento autorizzativo dell'Ente locale emesso *inaudita altera parte*, assegnando alle parti il termine per iniziare la causa di merito.

Il giudizio di merito non risulta essere mai stato istaurato.

8.3. Orbene, l'ordinanza cautelare del Pretore, contrariamente a quanto ritenuto dal Comune, non ha effetto di giudicato con conseguente illegittimità dell'atto impugnato.

L'attuale normativa prevede espressamente che se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio fissato dall'ordinanza,

non superiore a sessanta giorni, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia (articolo 669 *nonies* c.p.c.); pertanto è chiaro che il provvedimento cautelare non può assumere il valore di titolo passato in giudicato.

Occorre però precisare che l'attuale disciplina, pur risalendo al 1990, è entrata in vigore nel 1993; pertanto, all'epoca dell'emanazione dell'ordinanza *de qua* trovava applicazione il combinato disposto degli articoli 702 e 689-690 c.p.c., ora abrogati.

Anche per la giurisprudenza dell'epoca, però, il provvedimento di urgenza di contenuto positivo con il quale sia stato concesso il rimedio invocato — essendo diretto ad assicurare in via provvisoria gli effetti della successiva decisione di merito e destinato o a decadere per effetto della mancata instaurazione del giudizio di merito nel termine perentorio all'uopo fissato dal pretore, ovvero ad essere sostituito dalla successiva decisione di merito — è privo per ciò stesso dei caratteri della decisorietà e della definitività (Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 1992, n. 11417).

A conferma di quanto ora detto, la Corte di Cassazione ha altresì precisato che le risoluzioni adottate dal pretore sulle richieste di provvedimenti urgenti, ai sensi e nei casi di cui agli art. 689, 702 e 703 c.p.c., non precludono la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto tali provvedimenti, rivolti ad assicurare in via meramente interinale gli effetti di una futura pronuncia di merito, rivestono carattere meramente strumentale e cautelare e non presentano quell'idoneità a dar luogo al giudicato che rappresenta il contrassegno della pronuncia di merito ostativa all'esperibilità del regolamento di giurisdizione: e ciò anche nell'ipotesi in cui il provvedimento del pretore sia stato adottato in

contraddittorio delle parti o si presenti ampiamente motivato ovvero contenga condanna alle spese, essendo sia il contraddittorio che la motivazione elementi non esclusivi del carattere provvisorio del provvedimento e non valendo di per sé sola la condanna alle spese a conferire carattere decisorio (anche per i capi non riguardanti le spese) ad un provvedimento che ne sia sprovvisto (Cass. civ., sez. Unite, 15 luglio 1988, n. 4632).

8.4. In conclusione il presupposto sulla base del quale è stato adottato l'atto impugnato (*"...sulla estumulazione e sul trasferimento della salma dello stesso defunto, è già intervenuta pronuncia di diniego ... con ordinanza del 6 giugno 1992, passata in giudicato, ordinanza che fa stato..."*) è errato con conseguente illegittimità dello stesso.

L'amministrazione dovrà dunque pronunciarsi sull'istanza nel rispetto dei principi enunciati nei paragrafi precedenti.

9. Conclusivamente, per le considerazioni sino a qui espresse, il Consiglio esprime parere nel senso che il ricorso vada accolto, fatti salvi i successivi provvedimenti della pubblica amministrazione.

P.Q.M.

esprime il parere che il ricorso debba essere accolto.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO
Carola Cafarelli