

[Home](#)[La rivista](#)[Contatti](#)[Convegni](#)[Dottorati di ricerca](#)

# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



## DIREZIONE

[Comitato scientifico](#)[Comitato dei referee](#)[Comitato di redazione](#)[Comitato editoriale](#)[ANNATE E FASCICOLI](#)[ARTICOLI E SAGGI](#)[RECENSIONI](#)[MONOGRAFIE](#)[NORMATIVA EUROPEA](#)[OSSERVATORIO DI DIRITTO STRANIERO](#)[GIURISPRUDENZA ITALIANA](#)[GIURISPRUDENZA EUROPEA](#)[PRESENTAZIONE](#)[INVIO CONTRIBUTI](#)[NORME REDAZIONALI](#)[REGOLE PER LA REVISIONE](#)[MODALITÀ DI CITAZIONE DI JUS CIVILE](#)[COPERTINA PER ESTRATTI](#)[CODICE ETICO](#)

Ricerca per

[TEORIA GENERALE E FONTI](#)[PERSONA E DIRITTI FONDAMENTALI](#)[FAMIGLIA E SUCCESSIONI](#)[BENI E NEW PROPERTIES](#)[OBBLIGAZIONI E CONTRATTI](#)[IMPRESA, CONCORRENZA E MERCATO](#)[RESPONSABILITÀ CIVILE](#)

G. Giappichelli Editore s.r.l. - via Po 21, Torino - 10124 - [www.giappichelli.it](http://www.giappichelli.it) - [cookie policy](#)

Jus Civile - Via Pietro Castelli, 1 - 98123 Messina - Rivista registrata presso il Tribunale di Messina al n. 10/2012 del 17/04/2012  
Pubblicazione mensile dal 2013 e bimestrale dal 2016 - Direttore Responsabile Prof. Mario Trimarchi - ISSN 2281-3918/2421-2563

[Home](#)[La rivista](#)[Contatti](#)[Convegni](#)[Dottorati di ricerca](#)

# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



## DIREZIONE

[Comitato scientifico](#)[Comitato dei referee](#)[Comitato di redazione](#)[Comitato editoriale](#)

### ANNATE E FASCICOLI

Dicembre 2015

Ricerca per

#### ARTICOLI E SAGGI

Articoli e Saggi

*Roberto Senigaglia*

Identità del corpo inanimato e legami affettivi. Rilevanza delle relazioni "familiari" oltre la convivenza p. 677

#### RECENSIONI

*Stefano Carabetta*

La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico p. 705

#### MONOGRAFIE

*Giancarlo Filanti*

Valori, principi, fattispecie p. 720

#### NORMATIVA EUROPEA

#### OSSERVATORIO DI DIRITTO STRANIERO

*M<sup>a</sup> Dolores Romero Sayago*

Estudio jurisprudencial sobre la privación de la patria potestad en Derecho Español p. 726

#### GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Pierluigi Matera*

La nuova disciplina dei compensi degli amministratori delle società di capitali nel diritto societario spagnolo: prime note e cenni comparatistici p. 754

#### GIURISPRUDENZA EUROPEA

*Riccardo Omodei Salè*

La responsabilità civile del medico per trattamento sanitario arbitrario p. 798

#### TEORIA GENERALE E FONTI

#### PERSONA E DIRITTI FONDAMENTALI

#### FAMIGLIA E SUCCESSIONI

#### BENI E NEW PROPERTIES

#### OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

#### IMPRESA, CONCORRENZA E MERCATO

#### RESPONSABILITÀ CIVILE



G. Giappichelli Editore s.r.l. - via Po 21, Torino - 10124 - www.giappichelli.it - cookie policy

Jus Civile - Via Pietro Castelli, 1 - 98123 Messina - Rivista registrata presso il Tribunale di Messina al n. 10/2012 del 17/04/2012  
 Pubblicazione mensile dal 2013 e bimestrale dal 2016 - Direttore Responsabile Prof. Mario Trimarchi - ISSN 2281-3918/2421-2563

## OPAC SBN - Istituto centrale per il catalogo unico

Scheda: 1/184

Livello bibliografico	Periodico
Tipo documento	Risorsa elettronica
Titolo	<b>Jus civile</b>
Numerazione	2013-
Pubblicazione	Torino : Giappichelli, 2013-
Descrizione fisica	Testi elettronici
Note generali	<ul style="list-style-type: none"><li>· Bimestrale</li><li>· Consultabile online ad accesso gratuito all'indirizzo: <a href="http://www.juscivile.it">http://www.juscivile.it</a></li></ul>
Numeri	<ul style="list-style-type: none"><li>· [ISSN] 2421-2563</li></ul>
Lingua di pubblicazione	ITALIANO
Paese di pubblicazione	ITALIA
Codice identificativo	IT\ICCU\RMG\0300375

Dove si trova

[RM0731](#) [RMGCG](#) Biblioteca Centrale Giuridica - Roma - RM - [consistenza]  
2013-

---

Copyright © 2010 ICCU | Istituto Centrale per il Catalogo Unico delle biblioteche italiane  
e per le informazioni bibliografiche - Realizzato da [Inera s.r.l.](#)



**Tribunale Treviso, sez. I, 15 dicembre 2014, Giudice Dott. A. Barbazza**

*Il termine «familiare», utilizzato nell'art. 3, comma 1°, lett. e), l. n. 130/2001 (Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri), non essendo impiegato dalla Costituzione né dal Codice civile e dovendo, quindi, essere definito dal giudice, è da escludere che si riferisca esclusivamente ai parenti, ma deve essere interpretato in modo estensivo e costituzionalmente orientato alla luce degli artt. 2 e 3 Cost.; sicché al convivente more uxorio (nella specie dello stesso sesso) può estendersi l'interpretazione del termine «familiare» e dunque la legittimazione ad ottenere l'affidamento dell'urna cineraria del compagno.*

(Omissis)

)

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 10 maggio 2012 A. conveniva in giudizio il Comune di Treviso, in persona del Sindaco *pro tempore*, al fine di ottenere l'affidamento, in qualità di erede e/o di stabile convivente, dell'urna cineraria di B., deceduto il 23 febbraio 2011.

L'attore esponeva di essere stato nominato, con testamento olografo pubblicato il 24 marzo 2011, erede universale del B. e di aver convissuto stabilmente con quest'ultimo per venticinque anni, rivendicando il diritto di poter conservare le ceneri del proprio compagno.

Dopo la cremazione della salma e la tumulazione dell'urna in un loculo cimiteriale, esponeva A. di aver inviato al Comune di Treviso lettera raccomandata a/r, ricevuta in data 8 marzo 2012, con la quale chiedeva formalmente l'affidamento dell'urna cineraria in quanto unico erede testamentario del *de cuius*.

A fronte dell'inerzia della p.a., l'odierno attore decideva di adire il Giudice ordinario per veder riconosciuti i suoi diritti, instaurando il presente contenzioso.

A seguito dell'instaurazione dell'azione, l'Amministrazione inviava in data 13 agosto 2012 comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10 bis*, e successivo provvedimento di diniego in data 2 novembre 2012.

In particolare, l'unico erede del B. rivendicava il diritto di poter conservare presso la propria abitazione l'urna contenente le spoglie del defunto e ciò sulla base di una lettura estensiva dell'art. 3 comma primo, lettera e) della l. n. 130/2001 (*"Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri"*): tale norma stabilisce, invero, che le modalità di conservazione delle ceneri sono disciplinate prevedendo, nel rispetto della volontà espressa dal defunto, alternativamente, la tumulazione, l'interramento o l'affidamento ai familiari, termine, quest'ultimo, secondo l'attore, riferibile per interpretazione estensiva della norma anche al convivente e/o erede del defunto.

Si costituiva il Comune di Treviso, eccependo in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione del Giudice adito, in quanto A. avrebbe dovuto impugnare, dinanzi al Tar, dapprima il silenzio-



inadempimento della p.a. sull'istanza proposta e successivamente il provvedimento di diniego emanato tardivamente dal responsabile del procedimento, essendo la situazione giuridica soggettiva vantata dall'attore nei confronti del Comune di Treviso corrispondente ad un interesse legittimo e non ad un diritto soggettivo, radicandosi pertanto la giurisdizione amministrativa e non quella ordinaria.

Il convenuto eccepiva inoltre, in via preliminare, la nullità dell'atto di citazione per la mancata esposizione di argomentazioni giuridiche a sostegno della pretesa azionata e nel merito la carenza di legittimazione attiva di A., dal momento che sia l'art. 3 comma primo, lettera e) della legge n. 130/2001 sia l'art. 49 della legge regionale del Veneto n. 18/2010 ("Norme in materia funeraria) non consentirebbero di ritenere che l'erede e/o il convivente rientrino nel novero dei soggetti aventi titolo per chiedere l'affidamento dell'urna cineraria.

All'udienza dell'11 ottobre 2012 il Giudice assegnava alle parti i termini *ex art.* 183, comma sesto, cod. proc. civ. e con ordinanza del 24 gennaio 2013, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23 gennaio 2013, fissava udienza di precisazione delle conclusioni per il giorno 4 dicembre 2013, ritenuta la natura documentale della causa.

A seguito di istanza di anticipazione di udienza depositata dall'attore in data 21 febbraio 2013, il Giudice, in considerazione dell'interesse morale di A. alla decisione del giudizio, fissava per il giorno 22 maggio 2013 l'udienza di precisazione delle conclusioni.

Le parti, infine, precisavano nuovamente le conclusioni all'udienza del 30 ottobre 2014, avendo il nuovo Giudice designato accolto la richiesta di anticipazione dell'udienza, proveniente sempre da parte attrice e depositata in data 21 marzo 2014.

In tale udienza le parti rinunciavano ai termini per il deposito delle comparse conclusionali e repliche e il Giudice tratteneva la causa in decisione.

### CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

L'eccezione di carenza di giurisdizione in capo al Giudice ordinario nei confronti della Pubblica Amministrazione, sollevata dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta e rilevabile anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo *ex art.* 37 cod. proc. civ. è fondata e come tale merita di essere accolta.

Preliminarmente si rileva che il sistema di riparto della giurisdizione, così come delineato dalla Costituzione (artt. 24, 103, 113) e dal Codice del Processo Amministrativo (art. 7), si fonda sul criterio della c.d. *causa petendi*, ovvero sulla natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, sussistendo la giurisdizione del giudice amministrativo quando il cittadino vanti una situazione di interesse legittimo, radicandosi invece la giurisdizione del giudice ordinario quando si controverta di un diritto soggettivo.

La necessità di qualificare correttamente la posizione giuridica fatta valere dall'odierno attore, il quale si rivolgeva dapprima alla p.a. e successivamente al Giudice ordinario per ottenere l'affidamento dell'urna cineraria contenente le ceneri del B., impone in primo luogo una valutazione inerente la natura dei poteri conferiti dalla legge al Comune di Treviso in materia funeraria, anche attraverso un'interpretazione sistematica delle norme vigenti.



Infatti, solo tale esame della normativa statale e regionale in tema di cremazione e dispersione delle ceneri è in grado di rivelare se l'attività dell'Amministrazione abbia carattere discrezionale o vincolato.

La Cassazione con ordinanza a Sezioni Unite (cfr. Cass., ord. 120/2007) ha ribadito che laddove l'attività posta in essere dalla p.a. abbia carattere discrezionale, sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo, mentre, nel caso di attività posta in essere dall'ente pubblico che abbia natura strettamente vincolata, la giurisdizione sarebbe del Giudice Ordinario. Tale principio condivisibile in via generale, è stato meglio enucleato da una Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di poco seguente (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 8/2007), mai sconfessata da successive pronunce della Cassazione, la quale ha confermato che nel caso di attività discrezionale è pacifica la giurisdizione del giudice amministrativo, mentre ha specificato che, nel caso di attività strettamente vincolata, sussiste la giurisdizione amministrativa solo se la norma attributiva del potere tuteli in via diretta l'interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa, invero, mette in evidenza come nell'ipotesi di attività vincolata diretta in via primaria alla tutela del privato il potere amministrativo sia solo apparente, in quanto la norma imporrebbe all'Amministrazione di agire a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale, vantando il cittadino una posizione di diritto soggettivo da tutelare innanzi alla giurisdizione ordinaria, mentre se il potere, ancorché interamente vincolato, fosse espressione del perseguimento immediato di un interesse pubblico, il privato farebbe valere una posizione di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del Giudice amministrativo.

Nella vicenda che ha dato origine alla presente controversia l'Amministrazione comunale di Treviso ha agito in virtù dell'art. 3 legge statale n. 130/2001, che sul punto si limita a prevedere che *“fermo restando l'obbligo di sigillare l'urna, le modalità di conservazione delle ceneri devono consentire l'identificazione dei dati anagrafici del defunto e sono disciplinate prevedendo, nel rispetto della volontà espressa dal defunto, alternativamente, la tumulazione, l'interramento o l'affidamento ai familiari”*, dettando quindi solo una disciplina di principio e prevedendo che *“entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge si provveda alla modifica del regolamento di polizia mortuaria approvato con d.p.r. n. 285/1990”*.

Successivamente l'art. 49 della legge regionale del Veneto n. 18/2010, pur specificando i soggetti legittimati alla richiesta di affidamento dell'urna cineraria e le modalità di consegna di quest'ultima, affida anch'essa ai Comuni il compito di determinare *“le prescrizioni relative all'affidamento e alle caratteristiche delle urne cinerarie”*.

Il Comune di Treviso, con delibera del 7 marzo 2005 provvedeva quindi a dare attuazione alla legge 130/2001, fissando i requisiti necessari per presentare la domanda di affidamento delle urne cinerarie e regolando tutti gli adempimenti necessari per ottenere la consegna delle stesse, integrando così la disciplina statale di principio.

Dall'esame di tale delibera si può evincere come l'attività dell'amministrazione comunale sia strettamente vincolata, limitandosi la stessa all'accertamento dei presupposti che legittimano la domanda di consegna dell'urna cineraria, fra i quali la qualità di coniuge o parente del defunto, ai sensi del codice civile, nonché i dati e le dichiarazioni che l'istanza di assegnazione deve contenere.



Trattandosi pertanto di una valutazione di corrispondenza fra i requisiti richiesti dalla legge, così come integrati dalla delibera comunale e quelli in possesso e dichiarati dall'istante, la p.a. non opera alcuna scelta discrezionale circa l'accoglimento o il diniego dell'istanza, essendo il potere affidato al Comune interamente predeterminato dalle suddette fonti primarie e secondarie.

Diviene a questo punto decisivo stabilire, alla luce della giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato in precedenza richiamata, se la natura vincolata dell'attività demandata all'Amministrazione sia stabilita nell'interesse primario del privato o se il Comune agisca per la salvaguardia in via diretta dell'interesse generale.

La soluzione, dalla quale dipende il riparto di giurisdizione, si deve ricercare nella finalità perseguita dalle norme che disciplinano le diverse pratiche funerarie (cfr. Cons. Stato, Ad.Pen. n. 8/2007), fra le quali è compreso anche l'affidamento delle ceneri dopo la cremazione della salma.

A tal proposito, la ratio sottesa alla legge n. 130/2001 ("Disposizioni in materia di cremazione e di dispersione delle ceneri"), nonché alla legge regionale Veneto n. 18/2010 ("Norme in materia funeraria") è in via principale la tutela della salute pubblica e solo in via subordinata e secondaria la tutela dell'interesse privato, dovendosi valorizzare, oltre all'esplicita indicazione in tal senso contenuta nell'art. 1 della legge regionale in parola, anche l'insistenza, riscontrabile nella maggior parte delle disposizioni di entrambi i testi normativi richiamati, sul rispetto delle necessarie misure igieniche e delle indicazioni impartite dall'autorità sanitaria.

Tuttavia, pur se è vero quanto sopra detto in relazione alla *ratio* sottesa alla disciplina della cremazione e della eventuale dispersione delle ceneri è in via principale la tutela della salute pubblica, come confermato d'altra parte dall'obbligo per la p.a. di osservare le necessarie misure igienico-sanitarie e le indicazioni impartite dall'azienda ULSS (cfr., in particolare, capo XVI d.p.r. 285/1990 e art. 3 legge regionale Veneto n. 18/2010), altrettanto non può dirsi per la singola situazione giuridica soggettiva attinente l'affidamento delle urne contenenti le ceneri dei defunti già cremati.

Tale attività, infatti, collocandosi in un contesto spazio-temporale nel quale si è consumata l'esigenza di salvaguardare la salute collettiva, dovendo l'Amministrazione procedere esclusivamente alla consegna di un'urna ermeticamente chiusa con l'indicazione dei dati anagrafici del defunto (art. 49 legge reg. Veneto n. 18/2010), non può che essere finalizzata in via primaria alla tutela del diritto del coniuge o del familiare a detenere presso di sé l'oggetto in questione.

Per tutti i motivi esposti, la posizione soggettiva del privato nei confronti dell'attività strettamente vincolata del Comune di Treviso, consistente nell'affidamento delle ceneri a seguito della cremazione del defunto, deve essere qualificata in termini di diritto soggettivo: l'autorizzazione della p.a., infatti, rilasciata all'esito di un riscontro di tipo vincolato in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme vigenti in materia, assume natura meramente dichiarativa, con la conseguenza che la stessa non è in grado di degradare l'originaria situazione giuridica soggettiva del privato in interesse legittimo.

Sussiste, pertanto, la giurisdizione del Giudice ordinario sulla presente controversia.

Riconosciuta l'astratta titolarità di un diritto soggettivo in capo al privato che domandi alla



p.a. l'affidamento delle ceneri, appare decisivo l'accertamento in concreto dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge per ottenere la consegna dell'urna, quali sono, alternativamente, lo *status* di coniuge o di familiare avente diritto, oppure la qualifica di esecutore testamentario o di rappresentante legale dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statutari la cremazione dei cadaveri dei propri associati (cfr. art. 49 legge reg. Veneto n. 18/2010).

Parte attrice, al riguardo, rivendicava il diritto all'affidamento dell'urna sulla base della propria qualità di unico erede testamentario del *de cuius*, nonché sul rapporto di stabile convivenza instaurato con il B. durato per venticinque anni, ritenendo che, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e della normativa sovranazionale, il termine "familiare" di cui all'art. 3, comma primo, lettera e) della legge 130/2001 dovesse essere interpretato estensivamente, ricomprendendo anche l'erede e/o il convivente *more uxorio*.

Il Comune di Treviso, al contrario, contestava la mancanza di legittimazione attiva dell'A., evidenziando che l'attuale panorama normativo non contemplerebbe, fra i soggetti abilitati a chiedere l'affidamento delle ceneri, né l'erede né il convivente e che il carattere derogatorio di tale affidamento, rispetto alla regola generale della inumazione e conservazione dei resti umani entro il perimetro cimiteriale, non avrebbe in ogni caso consentito un'esegesi delle norme volta ad ampliarne la portata.

In merito alla qualificazione soggettiva dell'attore, si deve in primo luogo escludere sia lo *status* di coniuge, stante l'assenza del vincolo matrimoniale richiesto per l'attribuzione di tale qualifica dall'art. 29 della Costituzione e dall'art. 143 cod. civ., sia la veste di esecutore testamentario dello stesso, non contenendo il testamento del B. alcun riferimento al riguardo.

Va, inoltre, escluso che il defunto fosse rappresentante di un'associazione avente come scopo la cremazione dei propri associati, circostanza che non emerge dagli atti del processo.

Il termine "familiare", presente all'art. 3, comma primo, lettera e) della legge n. 130/2001 e all'art. 49 della legge n. 18/2010, merita invece attenzione particolare, dovendo il Giudice esaminare la questione circa l'ampiezza dei soggetti ricompresi in tale formula legislativa e valutare, in particolare, se esso possa essere esteso anche all'erede testamentario e/o al convivente *more uxorio*.

La locuzione "familiare", infatti, non si ritrova nella Costituzione e neppure nel Codice civile, i quali si riferiscono all'istituto della famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost. e 143 ss. cod. civ.) o al diverso concetto di parentela fra due soggetti (artt. 74-77 cod. civ.).

Sul punto non può condividersi la tesi prospettata dal Comune di Treviso, secondo il quale il familiare avente diritto altro non sarebbe se non il soggetto legato da vincoli di parentela con il *de cuius* ai sensi degli artt. 74-77 cod. civ., sostenendo così un'interpretazione sistematica della normativa vigente e in particolare dell'art. 3, comma primo, lettera b), n. 2. Tale disposizione, infatti, indica espressamente fra i soggetti autorizzati a richiedere la cremazione del defunto il "coniuge o, in difetto, il parente più prossimo individuato ai sensi degli articoli 74, 75, 76, 77 del codice civile ... (...)".

Deve però osservarsi in merito che i parenti più prossimi, invero, vengono citati dalla legge (art. 3, comma primo, lettera b), n. 2) quali soggetti legittimati alla richiesta di cremazione e non quali soggetti legittimati alla diversa domanda di affidamento delle ceneri, con il corollario



dell'impossibilità di operare una sovrapposizione dei termini "familiare" e "parente" ai sensi del codice civile.

Rispetto alla possibile estensione della locuzione "familiare avente diritto" al convivente, è necessario procedere preliminarmente all'analisi dei casi nei quali la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale giungono all'equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia fondata sul matrimonio, considerando in particolare le argomentazioni poste alla base delle principali pronunce che hanno assimilato le due diverse situazioni giuridiche soggettive.

Con la sentenza n. 404 del 1988 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, primo comma, della legge n. 932/1978 ("Disciplina delle locazioni di immobili urbani"), nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*, sulla base dell'interpretazione della *ratio legis* sottesa alla disposizione.

Più precisamente, la legge che disciplina la locazione di immobili urbani avrebbe come scopo la tutela del diritto di abitazione non solo del coniuge e dei parenti, ma anche dei conviventi abituali: la lettera dell'art. 6, primo comma, già prima dell'intervento della Corte, infatti, prevedeva che "in caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi e i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi".

Sulla possibilità per il convivente *more uxorio* di esperire l'azione di reintegrazione del possesso ex art. 1168 cod. civ., nel caso di specie la Corte di Cassazione ha, pertanto, riconosciuto che in costanza di abitazione e di convivenza nello stesso immobile il partner non proprietario eserciti un potere di fatto sulla *res*, basato su interesse proprio, ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità, sì da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata e da legittimare la tutela possessoria (cfr. Cass., sent. n. 7214/2013 e n. 7/2014).

In particolare, la sentenza *de quo* sottolinea la rilevanza giuridica e la dignità stessa del rapporto di convivenza ai sensi dell'art. 2 Cost., riconoscendo che esso dà vita ad un "autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali" e che per formazione sociale deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e a favorire il libero sviluppo nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico".

La crescente attenzione nei confronti della famiglia di fatto trova inoltre riscontro nell'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che estende la tutela aquiliana anche nei confronti del convivente, in quanto la lesione di diritti fondamentali della persona è configurabile anche all'interno di un'unione di fatto che abbia le caratteristiche di stabilità e serietà, dovendosi rilevare l'irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo (in senso conforme Cass. sent. n. 23725/2008, n. 12278/2011, n. 15481/2013, n. 7128/2013).

Alla luce di tali premesse, recenti pronunce della Suprema Corte hanno statuito che il risarcimento del danno per la morte di un prossimo congiunto spetti non solo ai membri della famiglia legittima, ma anche a quelli della c.d. "famiglia naturale", a condizione che si dimostri l'esistenza di uno stabile e duraturo legame affettivo equiparabile al rapporto coniugale (cfr., fra le altre, Cass., sent. n. 13654/2014).

Il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo domestico, pertan-



to, assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di un terzo o di altro familiare costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, “non potendo chiaramente ritenersi che i diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all’interno di un contesto familiare” (in tal senso Cass. sent. n. 15481/2013).

Il progressivo affiancamento della posizione giuridica dei conviventi a quella dei coniugi, frutto dell’interpretazione evolutiva della giurisprudenza, si mantiene tuttavia ancorato alle coordinate costituzionali e legislative, non fuoriuscendo dalla logica di sistema.

Dall’esame delle sentenze citate, infatti, risulta che l’equiparazione tra le due diverse situazioni giuridiche soggettive in parola viene operata dalla Corte a condizione che la legge non ponga specifiche restrizioni circa i soggetti legittimati all’esercizio di determinate azioni, come è ben dimostrato dall’azione di reintegro nel possesso e di risarcimento del danno, esperibili da chiunque si trovi nelle condizioni previste dalla legge.

In assenza di espresse limitazioni normative o ricavabili in via interpretativa, dunque, la giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte Costituzionale (quest’ultima arrivando finanche alla pronuncia di incostituzionalità dell’art. 6 della legge 392/1978, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione il convivente *more uxorio*) ha posto l’accento sul parametro costituzionale di cui all’art. 2 Cost., il quale, nel garantire i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali si esprime e si sviluppa la personalità di ogni individuo.

Il dato di partenza per l’evoluzione giurisprudenziale, costituito dall’assenza di divieti legislativi, è d’altra parte confermato da una recente pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma che, nell’accogliere il ricorso con cui veniva chiesta l’adozione della figlia della propria convivente omosessuale, mette chiaramente in evidenza, oltre al preminente interesse del minore, che “nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all’orientamento sessuale dell’adottante o del genitore dell’adottando, qualora tra di essi vi sia un rapporto di convivenza” (cfr. Tribunale per i minorenni di Roma, sent. n. 229/2014).

Nel caso di specie è quindi necessario valutare se la normativa in materia di pratiche funerarie, più volte richiamata, ponga dei limiti all’affidamento dell’urna cineraria al convivente *more uxorio*.

Si deve osservare, al riguardo, l’imprecisione del termine “familiare”, non essendo lo stesso impiegato né dalla Costituzione né dal codice civile e la cui definizione, quindi, è affidata all’esegesi del Giudice, chiamato in questa sede alla delimitazione dei soggetti legittimati alla domanda di consegna delle ceneri del defunto B.

Non riscontrandosi specifiche restrizioni derivanti dal dettato legislativo ed escludendosi altresì che con la locuzione familiare si faccia riferimento esclusivamente ai parenti individuati ai sensi del codice civile, posto che tale limitazione è espressamente stabilita dalla legge statale solo per l’autorizzazione alla pratica della cremazione, questo Giudice ritiene necessario estendere l’interpretazione del termine “familiare” anche al convivente *more uxorio*, attuando quindi una interpretazione del dettato legislativo estensiva e costituzionalmente orientata alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione, nei termini che si specificheranno.



Ritenuta ammissibile tale interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata della norma, anche alla luce delle argomentazioni della più recente giurisprudenza di legittimità, è opportuno, per gli specifici caratteri della vicenda in esame, soffermarsi brevemente sulla parificazione della convivenza eterosessuale alla convivenza omosessuale, questione di cui si sono occupate sia la Corte Costituzionale che la Corte di Cassazione.

Con la sentenza n. 138/2010 la Corte Costituzionale, infatti, pur statuendo che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio, essendo quest'ultimo fondato sulla diversità di sesso fra i coniugi ai sensi dell'art. 29 della Costituzione e degli artt. 143 ss. del codice civile, statuisce che l'art. 2 della Costituzione annovera fra le formazioni sociali anche la convivenza omosessuale, intesa come stabile relazione tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente il rapporto di coppia.

Alla stessa conclusione è giunta anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184/2012, nella quale si precisa che il riconoscimento delle convivenze omosessuali si fonda non solo sull'art. 2 Cost., ma anche sull'art. 3 Cost., laddove quest'ultimo assicura la "pari dignità sociale" di tutti i cittadini e la loro uguaglianza dinanzi alla legge "senza distinzioni di sesso", vietando qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento sessuale.

La stessa sentenza, infine, richiama diffusamente le norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 14) e della c.d. "Carta di Nizza" (art. 9) dirette a tutelare la vita privata e familiare senza alcuna discriminazione riguardo al sesso.

Non può essere condivisa la tesi attorea che ritiene norma eccezionale la disposizione riguardante l'affidamento delle ceneri ai familiari invece che la loro conservazione in cimitero: deve ritenersi, infatti, che in tema di conservazione delle ceneri dei defunti la legge stabilisca semplicemente due diverse ipotesi senza che una delle due possa essere considerata generale rispetto all'altra.

Infine, deve osservarsi che l'interpretazione degli artt. 4 e 5 dell'Allegato E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 sull'abolizione del contenzioso amministrativo implica che la pronuncia del giudice ordinario non possa estendersi alla rimozione dell'atto amministrativo, in quanto tale risultato potrà essere conseguito solo tramite ricorso alla p.a., la quale avrà il dovere di attivare il relativo procedimento, in esecuzione del presente giudicato, il quale contiene già di per sé l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, ritenendo di aderire alla tesi secondo cui la sentenza non debba contenere nel dispositivo l'invalidazione del provvedimento amministrativo, la cui contrarietà all'ordinamento si desume dalla presente motivazione.

Per tutti i motivi esposti, quindi, stante il rapporto di stabile convivenza tra l'attore e il defunto B., circostanza quest'ultima mai oggetto di contestazione, la domanda dell'attore è fondata e merita accoglimento.

Le spese di lite vengono interamente compensate fra le parti, stante il carattere interpretativo e complesso della controversia e della decisione.



P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, ogni contraria domanda, eccezione e deduzione respinta, il Tribunale di Treviso così provvede:

- accerta il diritto di A. all'affidamento dell'urna cineraria di B. custodita presso il Cimitero X (*Omissis*);
- condanna il Comune di Treviso alla consegna di tale urna entro e non oltre 10 giorni dal deposito della presente sentenza;
- spese compensate.



ROBERTO SENIGAGLIA

Professore associato di Diritto Privato – Università Ca' Foscari di Venezia

## IDENTITÀ DEL CORPO INANIMATO E LEGAMI AFFETTIVI. RILEVANZA DELLE RELAZIONI “FAMILIARI” OLTRE LA CONVIVENZA

*SOMMARIO: 1. Il caso e i problemi. – 2. Il diritto sul corpo inanimato. – 3. La disciplina tra diritto soggettivo e interesse legittimo. – 4. La questione della titolarità del diritto. – 5. Segue. Il diritto di disporre la cremazione. – 6. Segue. Il diritto di custodire le ceneri.*

**1.** – Un signore cita in giudizio un Comune per ottenere l'affidamento dell'urna cineraria del compagno convivente, ormai defunto, del quale è anche unico erede.

A sostegno della propria pretesa, l'attore invoca un'interpretazione estensiva del disposto di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), l. 30 marzo 2001, n. 130 (Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri), sostenendo che nella locuzione «affidamento ai familiari» – come possibile modalità di conservazione delle ceneri, alternativa alla tumulazione e all'interramento – debba senz'altro comprendersi pure il convivente *more uxorio*, anche dello stesso sesso, e/o l'erede del defunto.

Il Comune convenuto, oltre a ritenere che la controversia verta in materia di interessi legittimi e ad eccepire, perciò, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, reputa che tanto la normativa statale invocata dall'attore quanto quella regionale, vale a dire l'art. 49 L.R. del Veneto 4 marzo 2010, n. 18 (Norme in materia funeraria)<sup>1</sup>, non consentano di includere tra le persone legittimate a chiedere l'affidamento dell'urna cineraria del *de cuius* anche l'erede e/o il convivente.

Il Tribunale accerta il diritto dell'attore e condanna il Comune alla consegna dell'urna cineraria entro il termine di dieci giorni.

I passaggi argomentativi della motivazione della sentenza, ai quali intendiamo rivolgere i nostri discorsi, sono quelli concernenti la qualificazione della situazione giuridica soggettiva implicata nella pretesa avanzata nel caso di specie e, quindi, la definizione dell'ambito soggettivo entro il quale la legge intende far operare il diritto all'affidamento dell'urna cineraria.

**2.** – Che il tipo normativo di problema posto all'attenzione del giudice implichi dei diritti soggettivi e non degli interessi legittimi<sup>2</sup>, ci pare fuor di dubbio.

<sup>1</sup> La tutela della salute, infatti, rientra, a norma dell'art. 117 Cost., tra le materia di potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

<sup>2</sup> Si rinvia a CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in Riv.



Nella specie, si tratta del diritto consistente nell'interesse all'esercizio della *pietas* verso il defunto, che si attua nel curare la sua sepoltura e nel perpetuare i sentimenti di affetto già nutriti verso la persona, mediante la devozione della sua *identità* al cospetto del sepolcro<sup>3</sup>. In altri termini, è l'interesse sotteso al *jus eligendi sepulchrum* (c.d. diritto primario di sepolcro<sup>4</sup>, quale diritto di decidere le modalità di sistemazione del cadavere<sup>5</sup>, in cui rientra anche la decisione della cremazione e della conservazione delle ceneri, quali modi di essere della sepoltura<sup>6</sup>).

Un diritto/interesse che fa capo anzitutto alla persona del *de cuius*; il quale può non soltanto decidere il trattamento del proprio corpo inanimato<sup>7</sup>, ovvero la sua conservazione integra o l'immediata trasformazione in cenere, ma anche il luogo in cui riporre il medesimo o il soggetto a cui affidare l'urna cineraria. Egli può altresì designare un esecutore testamentario preposto, tra l'altro, alla realizzazione anche di questi interessi.

Soltanto se e nella misura in cui tale diritto non è esercitato dal *de cuius*, esso si radicherà in capo ai suoi familiari. Pur trattandosi, in tale ipotesi, di una titolarità sussidiaria<sup>8</sup> del *jus eligendi sepulchrum*, si è comunque in presenza di un diritto della personalità<sup>9</sup>, in quanto tale intrasmisibile<sup>10</sup>. Un diritto, dunque, che pare conoscere due differenti orizzonti funzionali, a seconda

*trim dir. pubbl.*, 1952, p. 611 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 ss.; CAŠADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 3 ss.; CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della Pubblica Amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 637 ss., spec. p. 648 ss.; C.E. GALLO, *I problemi della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sessant'anni dopo*, in *Dir. economia*, 2013, p. 395 ss.; C.M. BIANCA, *Spunti sistematici in tema di diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, a cura di DEL PRATO, t. I, Napoli, 2013, p. 217; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1191 ss.

<sup>3</sup> DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 658.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., 12 maggio 1975, n. 1834, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 1785.

<sup>5</sup> Si veda CARRESI, *Aspetti privatistici del sepolcro*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 270 ss.; ANSALDO, voce *Sepolcro*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 453.

<sup>6</sup> BONAMINI, *La dispersione delle ceneri tra disciplina nazionale e normative regionali*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 223.

<sup>7</sup> Il riferimento è al cadavere, ovvero a «qualsiasi spoglia inanimata di un uomo, anche se priva di alcune sue parti, o di un essere che non sia mai vissuto, e cioè di un nato morto», così PESANTE, voce *Cadavere (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 769.

<sup>8</sup> Così BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 810. Diversamente, P. RESCIGNO, *La fine della vita*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 636. V. anche App. Genova, 30 giugno 1966, in *Giur. it.*, 1967, c. 471, con nota di A. TRABUCCHI, *Ancora sul potere di disporre la cremazione di un cadavere*.

<sup>9</sup> In tal senso RESCIGNO, *La fine della vita*, cit., p. 634 ss., spec. p. 638; DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, cit., 190 ss. Sul tema, in generale, si rinvia, in particolare, a DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, t. I, Milano, 1959, p. 9 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 45 ss.; G. RESTA, *I diritti della personalità*, in ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, I, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2006, p. 361 ss.; RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 75 ss.

<sup>10</sup> Cfr. S. ROSSI, *Gli atti di disposizione sul corpo*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di CENDON, *Persone-Matrimonio*, Milano, 2015, pp. 353-354. V. anche GIULIANO, *Famiglia, parentela, jus sepulcri*, in *Giur. merito*, 1997,



che faccia capo al *de cuius* oppure ad altri soggetti: nel primo caso, esso risponde all'interesse a veder trattato il corpo inanimato in modo conforme al vissuto esistenziale e valoriale, attuando una sorta di perpetuazione del senso fondante il diritto che ciascun individuo ha sul proprio corpo animato<sup>11</sup>; nel secondo caso, invece, si tratta comunque di un diritto proprio e non spettante *iure successionis*, ma all'interesse anzidetto si aggiunge quello alla *pietas* verso il defunto<sup>12</sup>. L'estensione semantica che il diritto assume in quest'ultima situazione ha condotto la letteratura ad inquadralo nella categoria dei diritti familiari<sup>13</sup>, che si strutturano come diritti/doveri, il cui esercizio conosce il limite dettato dalle leggi e dai regolamenti nonché dalla volontà del *de cuius*<sup>14</sup>. Per le ragioni che andremo ad esporre, sembra però più aderente al senso ordinante la disciplina, la qualificazione di tale situazione soggettiva in termini di diritto relazionale<sup>15</sup>.

Atteso che il diritto in questione insiste sul corpo inanimato o su ciò che di esso rimane all'esito del procedimento di cremazione<sup>16</sup>, non ci si può non interrogare sulla diffusa considerazione dogmatica del cadavere come *res extra commercium*, insuscettibile di costituire oggetto di rapporti giuridici<sup>17</sup>, ovvero di diritti privati patrimoniali<sup>18</sup>. Tale qualificazione vorrebbe cogliere e affermare la cifra di continuità tra il corpo animato e il corpo inanimato, il quale, conservando «l'impronta e il residuo dello stesso vivente»<sup>19</sup>, in nome del contenuto invalicabile del principio di dignità umana, non può parimenti essere commerciabile.

Tuttavia, il ricorso alla categoria del bene giuridico, seppure sottratto alla disponibilità privata, porta necessariamente il discorso alle situazioni di appartenenza. Tant'è che in dottrina per superare l'imbarazzo di affermare una proprietà svuotata dal suo contenuto essenziale, si è par-

p. 228-229. In giurisprudenza v. Cass., 4 aprile 1978, n. 1527, in *Giur. it.*, 1978, I, c. 1423; Cass., 13 marzo 1990, n. 2034, in *Giust. civ. mass.*, 1990 e per esteso in banca dati *De jure*.

<sup>11</sup> In tal senso BONILINI, «... così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di sibilla», in *Studium iuris*, 2002, p. 140.

<sup>12</sup> Cfr. PALMA, *Il diritto dei prossimi congiunti a disporre del cadavere altrui: un diritto risarcibile?*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1541-1542.

<sup>13</sup> DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, cit., p. 190; BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 819.

<sup>14</sup> PESANTE, voce *Cadavere (diritto civile)*, cit., p. 769. V. anche Trib. Terni, 28 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2011, p. 1540, con nota di PALMA, *Il diritto dei prossimi congiunti a disporre del cadavere altrui: un diritto risarcibile?*

<sup>15</sup> Si rinvia, in proposito, a RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 107 ss.; SERGIO, *Tutela effettiva dei diritti relazionali e rispetto della vita familiare*, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 361 ss.

<sup>16</sup> Cfr. BURDESE, voce *Cadavere (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 763.

<sup>17</sup> G. TRABUCCHI (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, 47<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, p. 614.

<sup>18</sup> PESANTE, voce *Cadavere (dir. civ.)*, cit., p. 769; PANOZZO, *Diritto sul sepolcro, diritto del sepolcro e ius eligendi sepulchrum nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Stato civile it.*, 2006, p. 889 ss. V. anche Pret. Macerata, 6 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, sez. II, c. 579.

<sup>19</sup> DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, cit., p. 658; GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 194, il quale avverte che «i problemi connessi con lo statuto del corpo nascono dal fatto che da un lato il corpo umano è indistinguibile dal soggetto che si riflette nel proprio corpo in termini di esistenza; dall'altro lato il corpo si presenta come oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni».



lato, volendo comunque rimanere legati allo schema proprietario, di pura titolarità formale<sup>20</sup>, essendo il diritto spogliato da tutte le facoltà che lo sostanziano<sup>21</sup>. Si è pure fatto ricorso alla detenzione<sup>22</sup>, quale situazione che comunque legittima il soggetto a tutelare la “res”, esercitando, ad esempio, l’azione di spoglio.

Tanto il ricorso alla titolarità formale quanto alla detenzione non sollevano l’interprete dall’imbarazzo, posto che in entrambi i casi si rinvia comunque a una situazione proprietaria, che, con riferimento al cadavere, si fa fatica sostenere.

Per continuare a rimanere devoti allo schema dell’appartenenza, si potrebbe allora affermare la sussistenza di un diritto di proprietà limitato da altri diritti e interessi ugualmente meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento<sup>23</sup>, tra cui la dignità della persona, la *pietas* verso i defunti, la salute pubblica; interessi, questi, che per definizione escludono il commercio del cadavere ed ogni altra forma di godimento con essi incompatibile. Sarebbero in pratica ammessi soltanto quegli atti consentiti dalla legge, volti, cioè, a determinare le modalità più convenienti di destinazione del cadavere, ivi comprese le ceneri, e nel valorizzare la personalità del *de cuius* e il sentimento di pietà di chi era ed è a lui maggiormente legato<sup>24</sup>. Ne uscirebbe, in definitiva, una proprietà accompagnata da limiti, che comprimono in origine il contenuto del diritto, in modo tale da risultare incompatibili con esso<sup>25</sup>, giacché lo privano del suo «contenuto minimo essenziale»<sup>26</sup>.

Per analoghe ragioni, perplessità nutre pure quella ricostruzione che, escludendo la possibilità che sul cadavere si affermi un diritto di proprietà privata, atteso che è escluso il possesso e il potere di disposizione da parte del soggetto, ravvisa invece un diritto di proprietà pubblica con

---

<sup>20</sup> GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, vol. VIII, t. 2, Milano, 1995, p. 250 ss.; RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, 2013, p. 37 ss.

<sup>21</sup> Cfr. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 847. L’A. richiama anche la figura del depositario o del mandatario.

<sup>22</sup> BONILINI, *Ibidem*, il quale aggiunge che si tratterebbe di «detenzione, con indeterminatezza, ma determinabilità, del tempo in cui, riguardo ad un dato soggetto, verrà meno».

<sup>23</sup> Si ritiene che di diritto di proprietà si tratti con riguardo alle parti separate del corpo; segnatamente, «l’appartenenza del corpo alla persona rappresenterebbe un sufficiente titolo legale di acquisto di quelle parti che a seguito della separazione si siano trasformate in cose esterne suscettibili di possesso», così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica – I soggetti*, II ed., Milano, 2002, p. 168. Diversamente G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, t. I, 2011, p. 819. Si veda pure TALACCHINI, *Retorica dell’anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, in D’AGOSTINO (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove frontiere di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano, 2003, p. 171 ss.

<sup>24</sup> DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, cit., p. 658; BONAMINI, *La dispersione delle ceneri tra disciplina nazionale e normative regionali*, cit., p. 223.

<sup>25</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di CAMARDI, Napoli, 1996, p. 258-259. V. anche GRONDONA, *I poteri e gli obblighi del proprietario*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da VISINTINI, vol. I, *I beni e la proprietà*, t. I, Padova, 2013, p. 327 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. it.*, 1969, I, c. 7; Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, p. 21 ss.; Cass., 7 maggio 1981, n. 2951, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2254; Cons. Stato, 27 gennaio 2012, in banca dati *De jure*.



destinazione della *res* vincolata dal sentimento di pietà verso i defunti e da altri interessi di carattere pubblicistico, tra cui quelli legati alla tutela della salute<sup>27</sup>.

Per superare allora l'imbarazzo dell'affermazione della logica proprietaria rispetto al corpo inanimato, occorre abbandonare la categoria del bene giuridico, così come conformata dall'art. 810 c.c. e ricostruire altrimenti lo *status* giuridico del cadavere<sup>28</sup>. In sostanza, come magistralmente avverte un Autore<sup>29</sup>, occorre muoversi oltre la rigida alternativa classificatoria *persona-cosa* – luoghi semantici, questi, che non si addicono al cadavere – prendendo atto che non sempre le categorie giuridiche – intese appunto come «criteri di classificazione, forme, determinazioni generali che ci consentono di pensare le cose e quindi di intenderle»<sup>30</sup> – riescono a governare tutta la complessità empirica. In tale prospettiva, utilizzando le parole di una ricostruzione operata da Massimo Cosimo Mazzoni con riguardo a un altro ambito problematico, quell'Autore ritiene che rispetto al corpo inanimato «ciò che sta a cuore al sistema giuridico-costituzionale è preservarne una tutela materiale come (...) *entità ed identità corporea* (n.d.a.: il corsivo è di chi scrive)»<sup>31</sup>. È il corpo – rispetto al quale male si addice la categoria proprietaria, come ben insegna il dettato di cui all'art. 5 c.c.<sup>32</sup> –, seppure inanimato, che viene tutelato in quanto tale, nella sua identità, la quale fonda il *jus eligendi sepulchrum* nonché l'interesse/il diritto a coltivare il sentimento di pietà verso la *persona* del defunto.

Si tratta di un'entità che assurge a fattore di continuità tra la persona e il corpo, tra il corpo animato e il corpo inanimato<sup>33</sup>; è senz'altro significativo, in chiave ricostruttiva, constatare che in questi termini si pone l'art. 16-1 del Codice civile francese ove afferma espressamente che «*chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*»<sup>34</sup>. Nel medesimo senso, anche il corpo inanimato assurge ad entità considerata dal diritto, in quanto pur sempre legata all'essere vivente, alla persona che quel corpo ha lasciato; non è persona, non è bene – se non «nel senso più generico che la parola può veicolare»<sup>35</sup> – ma è ugualmente un valore riconosciu-

<sup>27</sup> Si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica – I soggetti*, cit., p. 168.

<sup>28</sup> Cfr. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 209.

<sup>29</sup> BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, t. II, Milano, 2011, p. 2140 ss.

<sup>30</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 11.

<sup>31</sup> BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, cit., p. 2144, il quale ricorre alle parole di MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 465.

<sup>32</sup> Cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 311. V. pure CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 101-102.

<sup>33</sup> Cfr. GAMBARO, *I beni*, cit., pp. 208-209.

<sup>34</sup> È comunque fondamentale l'art. 3, comma 2, della Carta dei diritti dell'Unione europea, il quale sancisce il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Si rinvia a G. RESTA, *Contratto e persona*, in ROPPO, *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, a cura di ROPPO, Milano, 2006, p. 17 ss.

<sup>35</sup> GAMBARO, *I beni*, cit., p. 192.



to meritevole di tutela. Ne discende che, l'interesse individuale che si radica su tale entità ha pure ragione di essere protetto, elevandosi dunque a diritto soggettivo.

È un fenomeno, questo, che si accosta a molti altri presenti nell'ordinamento, e rispetto ai quali il giurista deve sforzarsi di abbandonare l'affezione alle categorie, che per lui costituiscono «una sorta di tranquillizzante punto di riferimento, un modo per rendere le proprie scelte interpretative meno personali ed arbitrarie in quanto condizionate dall'assorbente punto di riferimento di segno categoriale»<sup>36</sup>. Si pensi, ad esempio, all'informazione, all'istruzione, alla riservatezza, alla salute, ecc., spesso descritte dagli studiosi come “beni”, ma in realtà tutelate come entità autonome, a-categoriali, costituendo valori intangibili dell'ordinamento, che radicano l'interesse individuale nel relativo diritto soggettivo.

Solo nei termini appena esposti pare possibile rappresentare il diritto sul corpo inanimato, senza cadere in forzature che rischiano di generare inevitabili contraddizioni qualificatorie. Esito, questo, che è ben evidente nei discorsi di taluna giurisprudenza particolarmente votata all'argomentazione categoriale. Così, a titolo esemplificativo, dopo aver qualificato il corpo inanimato come *res extra commercium*, una pronuncia di merito, già dianzi citata, aggiunge che il diritto familiare di disposizione del cadavere altrui non è un diritto personalissimo, ma un diritto privato non patrimoniale e che questo diritto non è riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 5 c.c., invocabile soltanto quando il relativo atto dispositivo sia posto in essere dal vivente. Il fatto che non si tratti di un diritto della personalità, come tale intrasmissibile, si ritiene peraltro confermato dalla previsione di cui all'art. 3, lett. g), l. n. 130/2001, che assegna all'ufficiale dello stato civile il potere di autorizzare, *ex officio*, la cremazione delle salme inumate da almeno dieci anni e delle salme tumulate da almeno venti anni anche senza il preventivo assenso dei congiunti, ove non sia stato possibile reperirli<sup>37</sup>.

Ora, che con riferimento alla *pietas* verso i defunti o alla decisione circa la destinazione del cadavere o delle ceneri si tratti di un diritto soggettivo non patrimoniale staccato dalla persona, suscita non pochi dubbi sia in ordine alla sua portata più strettamente dogmatica, sia a quella di carattere funzionale. Sembra evidente, invece, che si tratti di un diritto della personalità volto a soddisfare interessi che fanno capo alla sfera personale e relazionale dell'individuo, al pari di altri diritti che hanno per oggetto interessi non patrimoniali derivanti da vincoli familiari o affettivi<sup>38</sup>. Convince poco pure l'utilità ermeneutica dell'indice normativo invocato, posto che esso

<sup>36</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 18.

<sup>37</sup> Trib. Terni, 28 febbraio 2011, cit.

<sup>38</sup> RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, cit., p. 107 ss.; SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione dei doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 167 ss.; SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di LENTI, II ed., Milano, 2012, p. 60 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XX ed., Milano, 2014, p. 49.



considera il caso in cui il diritto facente capo ai «prossimi congiunti» non venga esercitato e comunque tendente a tutelare un interesse di natura senz'altro diversa da quella dell'interesse sotteso a quel medesimo diritto.

In definitiva, con riguardo al corpo inanimato, non è una *res* che assume a oggetto del diritto, ma un'entità valoriale, il corpo, sulla quale si radica l'interesse del soggetto in ragione, come giustamente dice la giurisprudenza da ultimo citata, «del sentimento di pietà» che ad esso lo lega<sup>39</sup>.

3. – Riprendendo la pronuncia di cui ci stiamo occupando, il giudice distingue le disposizioni che scandiscono e ordinano la procedura concernente la cremazione del cadavere e la conservazione delle ceneri da quelle che disciplinano il rapporto interindividuale tra la pubblica amministrazione e i soggetti portatori di interessi direttamente tutelati.

Tant'è che, stando alle note distinzioni dogmatiche, le fonti normative, statale e regionale, che interessano lo specifico ambito problematico, esprimono sia norme di azione, sia norme di relazione<sup>40</sup>.

In specifico, l'art. 3 della l. 30 marzo 2001, n. 130, si occupa di fissare i principi ordinanti il nuovo regolamento di polizia mortuaria<sup>41</sup> e dispone in ordine alle autorizzazioni e agli adempimenti preliminari alla cremazione, alle modalità e ai luoghi di dispersione delle ceneri, ovvero alle modalità di conservazione delle stesse; prevede, inoltre, la legittimazione ad eseguire la dispersione delle ceneri in capo al coniuge o altro familiare avente diritto, all'esecutore testamentario, o al rappresentante legale dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statutari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati, a cui il defunto risultava iscritto, o, in mancanza di tali soggetti, dal personale incaricato dal Comune; quanto invece alla conservazione delle ceneri dispone che essa debba avvenire anzitutto nel rispetto della volontà del *de cuius* e comunque con una delle seguenti modalità: tumulazione, interrimento o affidamento ai familiari.

La compresenza di norme di azione e norme di relazione è ravvisabile anche nella disciplina regionale, segnatamente nella L.R. n. 18/2010, con la quale la Regione Veneto, in attuazione dei principi fissati dal legislatore statale, ha disciplinato la materia funeraria. Anche in tale articola-

---

<sup>39</sup> G. RESTA, *I diritti della personalità*, cit., p. 556 ss.; MARZOCCO, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012, p. 93 ss.

<sup>40</sup> Sulla distinzione si rinvia a F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, p. 170 ss.; CASTRONOVO, *La «civiltà» della Pubblica Amministrazione*, cit., 650 ss. In giurisprudenza si veda, in particolare, Cass., sez. un., 13 aprile 1994, n. 3463, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 661, con nota di SANTUCCI, *Il diritto della lavoratrice madre alla precedenza nell'assunzione e le nuove regole sulla richiesta nominativa (d.l. 8 febbraio 1995, n. 31)*; Cass., sez. un., 6 ottobre 1998, n. 5395, in *Giust. civ. mass.*, 1988, fasc. 10 e per esteso in banca dati *De jure*.

<sup>41</sup> Il Regolamento cui si riferisce il comma 1 dell'art. 3, l. n. 130/2001, volto a modificare quello di polizia mortuaria, approvato con d.p.r. 10 settembre 1990, n. 285, non è stato emanato.



to, relativamente al profilo che ci interessa, accanto a regole che si occupano di definire la procedura di raccolta, consegna, conservazione, dispersione delle ceneri e di tenuta del registro comunale per la cremazione; altre disposizioni individuano i soggetti a cui può essere consegnata l'urna cineraria, ovvero il coniuge o altro familiare avente diritto, l'esecutore testamentario, il rappresentante legale dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statutari la cremazione dei cadaveri dei propri associati.

Ebbene, se di interesse legittimo è dato discorrere con riguardo alle norme che disciplinano il funzionamento della pubblica amministrazione, quelle cioè che delineano il procedimento concernente la cremazione, la conservazione e la dispersione delle ceneri, funzionali alla realizzazione dell'interesse generale alla tutela della salute e dell'igiene pubblica; le norme che riconoscono e tutelano in capo a determinati soggetti lo specifico interesse a chiedere la cremazione del cadavere e/o ad eseguire la dispersione delle ceneri e/o ad ottenere l'affidamento dell'urna cineraria, non possono che considerarsi istitutive di posizioni di diritto soggettivo. Sicché la lesione di tale diritto legittima l'interessato a rivolgersi al giudice per chiederne l'attuazione diretta.

La titolarità del diritto soggettivo comporta, nella specie, che se il richiedente la consegna dell'urna contenente le ceneri rientra tra i soggetti legittimati alla conservazione in ambito privato, la consegna ad opera della pubblica amministrazione – il cui nulla osta è necessario anche per escludere il reato di cui all'art. 411 c.p.<sup>42</sup> – diviene un atto dovuto<sup>43</sup>.

In definitiva, come ben osserva il giudice, l'operato della pubblica amministrazione chiamata a consegnare l'urna cineraria al soggetto legittimato si colloca «in un contesto spazio-temporale nel quale si è consumata l'esigenza di salvaguardare la salute collettiva, dovendo l'amministrazione procedere esclusivamente alla consegna di un'urna ermeticamente chiusa con l'indicazione dei dati anagrafici del defunto»; attività, questa, «finalizzata in via primaria alla tutela del diritto del coniuge o del familiare a detenere presso di sé l'oggetto in questione».

4. – Appurato, dunque, che si tratta di un diritto soggettivo occorre individuare il soggetto in capo al quale esso si radica.

Tenuto conto che in tutta la disciplina regna sovrana la volontà del *de cuius* – seppure nei limiti che derivano dalla legge, dai regolamenti, dall'ordine pubblico e dal buon costume – codesto diritto farà capo anzitutto al soggetto che il defunto, nell'esercizio della sua libertà di sepolcro, avrà voluto indicare come affidatario delle ceneri<sup>44</sup>. Il *de cuius* potrà comunque determinarsi, anziché per la conservazione delle ceneri, per la loro dispersione, indicando anche

<sup>42</sup> Cfr. BONILINI, «... così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di sibilla», cit., p. 145.

<sup>43</sup> V., in proposito, Trib. Roma, 10 aprile 1995, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 1995, p. 437.

<sup>44</sup> BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 844.



in tal caso le modalità e i soggetti che la dovranno eseguire<sup>45</sup>.

Tuttavia, il legislatore parrebbe limitare tale autonomia di scelta a delle specifiche categorie di soggetti; difatti, l'art. 3 della l. n. 130/2001 richiede l'attuazione della volontà del defunto, stabilendo però che essa dovrà orientarsi tra tumulazione, interrimento e affidamento ai *familiari*; pure l'art. 49 della L.R. Veneto n. 18/2010 individua delle categorie di possibili soggetti consegnatari, ovvero il *coniuge o altro familiare avente diritto*, l'*esecutore testamentario* o il *rapresentante legale* dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statuari la cremazione dei cadaveri dei propri associati, facendo appunto intendere che il *de cuius* potrà eventualmente far ricadere la propria scelta su uno di essi.

Nell'ipotesi in cui manchi in proposito una specifica volontà del *de cuius*, saranno ancora questi i soggetti che potranno avanzare la richiesta di ottenere l'affidamento dell'urna cineraria.

Ora, nel caso sottoposto al Tribunale di Treviso, l'attore ritiene di essere titolare del diritto all'affidamento delle ceneri in quanto erede e convivente del *de cuius*. Soggetti, questi, che non rientrano in alcuna delle categorie indicate dalle disposizioni anzidette. Ma è fin troppo ovvio osservare che ciò non preclude che i significati che ordinano le medesime possano comunque includerle. Esito, questo, possibile, ma solo per effetto dell'applicazione rigorosa dei criteri ermeneutici, soprattutto di quelli che pongono il dettato normativo entro la cifra di coerenza del sistema<sup>46</sup>, continuamente ridefinita anche per effetto delle fonti sovranazionali ed internazionali nonché dei formanti dell'ordinamento diversi dalle fonti<sup>47</sup>.

È operando in questa direzione euristica che il Giudice ha ritenuto di estendere «l'interpretazione del termine "familiare" anche al convivente *more uxorio*, attuando quindi un'interpretazione del dettato legislativo estensiva e costituzionalmente orientata alla luce degli artt. 2 e 3 della Costituzione».

Ebbene, pur condividendo le conclusioni a cui addiuvare il giudice con riferimento al caso di specie – vale a dire il riconoscimento in capo al convivente *more uxorio*, dello stesso sesso, del diritto di custodire le ceneri del compagno – altro poteva essere il percorso argomentativo volto alla ricostruzione dei significati normativi: un percorso non soltanto basato sui principi generali, quali quelli di fonte costituzionale all'uopo invocati, bensì sul senso normativo delle fonti im-

<sup>45</sup> Si rinvia a BONILINI, *op. cit.*, p. 825 ss.

<sup>46</sup> Sul tema ci limitiamo a rinviare a TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1980, *passim*, spec. p. 360 ss.; MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, *passim*; ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura e con uno scritto di M. LA TORRE, presentazione di MENGONI, Milano, 1998, p. 139 ss.; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2011, p. 63 ss.

<sup>47</sup> Si veda SACCO, *La comparazione giuridica*, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Torino, 2009, p. 3 ss.; FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 369 ss.



plicate e su altri significati portati, e a volte espressi, da discipline rette dal medesimo senso<sup>48</sup>. Un itinerario epistemologico, questo, che conduce, a nostro avviso, a includere nel campo semantico dei dettati normativi ulteriori significati, oltre a quello del convivente *more uxorio*, peraltro già coralmemente riconosciuto dalla letteratura che si è occupata della materia<sup>49</sup>.

Osservavamo che tanto la normativa statale quanto quella regionale sanciscono la sovranità decisionale, che esclude qualsiasi diversa scelta operata da altri, del *de cuius*; il quale, sommo titolare del *jus eligendi sepulchrum*<sup>50</sup>, oltre a disporre la cremazione del proprio corpo inanimato può anche indicare il soggetto a cui affidare la custodia dell'urna cineraria.

È evidente che se il *de cuius*, in vita, si determina a provvedere, con apposito atto, all'indicazione della persona che dovrà custodire le ceneri del proprio corpo, lo farà perché intende valorizzare uno specifico, reale, legame affettivo, garantendosi in tal modo la perpetuazione di quell'affetto; sicché, nella vasta rete relazionale in cui svolge la propria personalità, non potrà che far ricadere la scelta su chi fino all'ultimo gli è rimasto unito o che comunque è *con* lui maggiormente *in-relazione* per la comunanza di interessi (es. una fondazione dal medesimo istituita) o di valori costituenti la massima espressione della sua identità (come ad esempio un istituto religioso).

Ora, i soggetti a cui si riferisce la fonte regionale, più puntuale di quella statale, sono il coniuge, gli altri familiari, l'esecutore testamentario, il rappresentante legale dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statutari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati. È evidente che il riferimento è a varie tipologie di soggetti tutte accomunate non da un *quid* formale, ma dalla presenza fattuale di un legame stabile con il *de cuius*, da quell'*affetto*<sup>51</sup>, cioè, che radica, anche dopo la morte, quella «corrispondenza d'amorosi sensi», che il sublime poeta definisce «Celeste» e per mezzo della quale «si vive con l'amico estinto e l'estinto con noi»<sup>52</sup>. Ma se questo è vero, come a noi pare fuor di dubbio, allora quell'elenco non può che essere considerato meramente esemplificativo.

**5. Segue.** – Ai fini ricostruttivi rileva osservare che la l. n. 130/2001 distingue, anzitutto, il momento della cremazione, istituendo un ordine dei soggetti legittimati<sup>53</sup>, in via sussidiaria ri-

---

<sup>48</sup> Cfr. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, p. 207, il quale, in merito alla correttezza dell'interpretazione, precisa che essa «è giustizia, cioè (maggiore) tenuta, alla stregua dei codici e lessici usati in quella comunicazione, di un assetto interpretativo rispetto ad ogni altro alternativo. In questo senso 'migliore'».

<sup>49</sup> Si veda BONILINI, *Il diritto al Sepolcro*, cit., p. 819.

<sup>50</sup> CARRESI, voce *Sepolcro (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 34.

<sup>51</sup> Cfr. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss.

<sup>52</sup> FOSCOLO, *I sepolcri*.

<sup>53</sup> Cfr. BONILINI, «... così al vento nelle foglie levi si perdea la sentenza di sibilla», cit., p. 1150, il quale ritiene che si tratti di un ordine gerarchico.



spetto al *de cuius*<sup>54</sup>, a dettare le disposizioni relative al *se* e al *come* della cremazione: si tratta del coniuge o, in difetto, del parente più prossimo individuato ai sensi degli artt. 74, 75, 76 e 77 c.c. e, in caso di concorrenza di più parenti dello stesso grado, della maggioranza assoluta di essi.

La legge si occupa, poi, del momento della conservazione o della dispersione delle ceneri, rispetto al quale, come abbiamo detto, oltre al coniuge sono contemplati, come soggetti legittimati, non i *parenti* bensì, in generale, i *familiari*, aggiungendo, nel caso dell'esecuzione della dispersione delle ceneri, l'*esecutore testamentario* e il *rappresentante legale dell'associazione* riconosciuta che abbia tra i propri fini statutarî quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati. Soggetti, questi, ai quali si riferisce la legge regionale anche relativamente alla consegna dell'urna cineraria.

Ciò che maggiormente incuriosisce l'interprete è proprio l'accostamento ai familiari delle anzidette figure, le quali possono andare ben al di là della rete dei legami che costituiscono la famiglia formale/legittima. Ma l'esecutore testamentario, sappiamo, non è un *quisque de populo*, ma una persona nei confronti della quale il *de cuius* conferma la propria fiducia affinché vengano eseguite esattamente le proprie disposizioni di ultima volontà (art. 703 c.c.)<sup>55</sup>. Pure il rappresentante legale dell'associazione, che persegue gli scopi anzidetti, si connota per avere un legame, seppure indiretto, con il *de cuius*: lo stesso che intercorre tra quest'ultimo e l'associazione, iscrivendosi alla quale egli ha manifestato inequivocabilmente il proprio favore verso la cremazione.

In sostanza, ciò che sul piano ermeneutico emerge è la valorizzazione dei *legami personali* piuttosto che quella più riduttiva dei *legami formali/parentali*.

Pare dunque possibile riproporre l'argomento svolto prima dell'entrata in vigore della legge del 2001, con riguardo al diritto a provvedere alla destinazione della salma: l'elenco dei soggetti titolari del diritto alla dispersione delle ceneri o alla loro conservazione o all'affidamento delle stesse, non va recepito alla lettera, con atteggiamento di rigido ossequio legalistico, ma in senso indicativo e paradigmatico. In pratica, in caso di contrasto tra più soggetti giuridicamente e/o fattualmente in-relazione con il *de cuius* circa l'esecuzione della dispersione delle ceneri o la loro conservazione, andranno preferiti quelli a lui più strettamente legati da sentimenti di affetto, d'intensità tale da fondare, più di ogni altro soggetto, il sentimento di pietà verso il corpo inanimato, anche cremato. Occorre quindi operare una valutazione in concreto, che potrà condurre ad esiti diversi in ragione della conformazione della specifica relazione<sup>56</sup>, la quale contribuisce a costituire l'identità del corpo.

Peraltro, il fatto che per quanto concerne la cremazione, quale espressione del *jus eligendi*

<sup>54</sup> Cfr. Pret. Macerata, 6 giugno 1992, cit.

<sup>55</sup> Si veda in proposito MUSOLINO, *L'esecutore testamentario. Profili sostanziali e procedurali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 373.

<sup>56</sup> Così Pret. Macerata, 6 giugno 1992, cit.



*sepulchrum*, il legislatore statuale annovera tra i soggetti legittimati il coniuge e i *parenti* più prossimi, ovvero le persone con le quali intercorre un legame familiare formale, mentre con riguardo alle altre determinazioni successive alla cremazione (dispersione e conservazione delle ceneri) parli di *familiari*, riferendosi a una categoria non formalmente definita, riteniamo non spostati il *sensu* normativo.

Infatti, anche con riguardo al momento dell'atto con il quale si dispone la cremazione, la *ratio* si coglie nella scansione procedurale: alla cremazione si può dar luogo quando vi è una volontà espressa direttamente dal *de cuius* nel testamento oppure, indirettamente, con l'iscrizione ad associazioni riconosciute aventi come fine la cremazione dei cadaveri dei propri associati o, ancora, quando la volontà è espressa dal coniuge o dai parenti più prossimi. Una procedura, questa, evidentemente legata al dogma dell'inscindibilità tra persona e corpo<sup>57</sup> – a sua volta radicato nelle categorie dell'appartenenza – in virtù del quale il soggetto, nei limiti stabiliti dalla legge, ha sul proprio corpo un diritto che si estende anche oltre la morte<sup>58</sup>, ma che da tale momento si incardina in capo al coniuge o ai parenti, ovvero a soggetti legati dai più stretti rapporti giuridici di tipo familiare<sup>59</sup>. Una logica procedurale, quindi, che si svolge tutta all'insegna di un criterio formale. L'esclusione dall'elenco degli affini pare, peraltro, confermare tale lettura.

Ma anche in tal caso, il criterio formale non dà conto, da solo, del senso che ordina la disciplina, ricavato anche dall'impianto assiologico sotteso agli interventi normativi; il quale consente di superare, ancora una volta, le rigidità di quell'elenco. Sicché, in mancanza di una volontà espressa direttamente o indirettamente dal *de cuius* pare possibile dare ingresso alle istanze di coloro che, all'esito di una valutazione concreta, risultino essere *effettivamente* portatori dell'interesse sotteso al diritto al sepolcro; e questi soggetti potranno coincidere o meno con quelli elencati dalla legge. Quell'elenco è destinato pertanto ad assumere, anche in tale ambito problematico, un valore meramente indicativo.

Lo stile esemplificativo e tutt'al più paradigmatico di quella lista è peraltro confermato anche dall'art. 3 della l. n. 130/2001, il quale consente di superare la volontà del *de cuius* a procedere alla cremazione con l'esibizione da parte dei *familiari* di una dichiarazione contraria autografa del medesimo, rilasciata successivamente al testamento o all'iscrizione all'associazione di cremazione. È evidente che lo scopo della disposizione è far valere l'*effettiva* ultima volontà del *de cuius* riguardante il trattamento del suo corpo dopo la morte; ma se è così, allora non ha alcun senso limitare l'esibizione della dichiarazione contraria ai soli appartenenti alla famiglia parentale.

<sup>57</sup> Si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica – I soggetti*, cit., p. 168; MARZOCCO, *Il corpo tra proprietà e personalità*, cit., p. 121 ss.

<sup>58</sup> PESANTE, voce *Cadavere (diritto civile)*, cit., p. 769. L'A. osserva: «Che si possa determinare la destinazione del proprio cadavere, si arguisce dal fatto che questo non è che la trasformazione dell'elemento corporeo della propria persona. In conseguenza, l'atto di disposizione del proprio cadavere può rientrare entro l'ambito di applicabilità dell'art. 5 c.c.». V. anche BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 809.

<sup>59</sup> Cfr. Trib. Firenze, 11 marzo 1980, in *Foro pad.*, 1980, p. 261.



Il carattere esemplificativo ed embleatico è pure confermato dall'art. 46 della L.R. Veneto n. 18/2010, il quale, con riferimento alla cremazione, oltre alla volontà del defunto, contempla quella dei *familiari*, rinunciando quindi all'elenco dettagliato della legge statale.

La *ratio* che tende a valorizzare le più intense relazioni affettive piuttosto che gli astratti legami parentali, pare quella che più ragionevolmente (giustizialmente) debba ordinare le soluzioni normative in tali ambiti problematici<sup>60</sup>. È quanto ha avuto cura di mettere in luce anche una giurisprudenza remota, osservando che «quando il diritto di scegliere la sepoltura viene esercitato dai prossimi congiunti, non si tratta solo della indiretta tutela di un interesse concernente la persona del defunto, ma viene anche soddisfatta direttamente l'esigenza sociale di far scegliere ai più interessati la località ed il punto da essi ritenuti più adatti a manifestare i loro sentimenti di devozione e di culto verso il prossimo parente defunto»<sup>61</sup>. Un interesse, quindi, consistente nell'*affetto*, che non può essere evidentemente definito in via astratta.

È, in sostanza, la pluralità di interessi pubblici e privati che insistono sul corpo inanimato che sollecita l'interprete a superare il dogma dell'indissociabilità tra persona e corpo, e dunque le conseguenti rigidità classificatorie, affermando invece un'*identità* valoriale del corpo umano – estranea alle categorie del *bene* e del *soggetto* – quale cifra che segna la continuità tra il corpo animato e il corpo inanimato e che rispetto ad esso giustifica la tutela degli interessi individuali che si radicano nei legami affettivi<sup>62</sup>. Quei legami d'intensità tale da far scaturire *naturalmente*, dopo la morte, la devozione per il corpo inanimato<sup>63</sup>.

In questo senso, anche a conforto della decisione su cui stiamo ragionando, una giurisprudenza illuminata ha osservato che ai fini dell'esercizio del *jus eligendi sepulchrum* «non si può disconoscere la rilevanza dei vincoli di affetto che hanno legato due persone per anni, fino alla morte di una di esse, senza aver contratto matrimonio ma sempre in una piena comunanza di sentimenti e consuetudine di vita tra loro e con la figlia procreata. Quando si tratta, infatti, di dare sfogo alle esigenze squisitamente affettive che sono connesse con la scelta della destinazione di una salma, il nucleo familiare cui apparteneva il defunto prima della morte non può non esse-

---

<sup>60</sup> Quanto al principio di ragionevolezza si è detto che esso esige un'argomentazione condotta misurandosi costantemente con l'esperienza pratica, il buon senso comune, sicché ragionevole diventa sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche di giustizia; così SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 14-15. Si tenga peraltro conto di ciò che insegna ALEXEY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Napoli, 2015, p. 15, ovvero che «la duplice natura del diritto implica che il diritto necessariamente include due principi: il principio della giustizia ed il principio della certezza giuridica. Il principio della certezza giuridica è un principio formale. Esso richiede conformità a ciò che è emanato dall'autorità ed è socialmente efficace. Il principio di giustizia è un principio sostanziale e materiale. Esso richiede che la decisione sia moralmente corretta».

<sup>61</sup> Cass., 12 maggio 1975, n. 1834, cit.

<sup>62</sup> Così BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, cit., p. 2141 ss.; MARZOCCO, *Il corpo tra proprietà e personalità*, cit., p. 28 ss.

<sup>63</sup> Tale concetto è ben espresso dai diritti religiosi; ad esempio, il Codice di diritto canonico specifica che le esequie hanno la funzione di impetrare l'aiuto spirituale per i defunti e di *onorare i corpi* (can. 1176 c.j.c.).



re individuato che con riferimento ad un rapporto cementato da vincoli sostanziali prima ancora che formali, ad un rapporto strutturale-organico prima ancora che giuridico»<sup>64</sup>.

6. *Segue.* – Per quanto concerne la consegna dell’urna cineraria, di cui si è occupata la sentenza in esame, la fonte regionale prevede, più in dettaglio di quella statale (la quale si riferisce genericamente ai *familiari*), la possibilità che essa venga consegnata al *coniuge* o ad *altro familiare* avente diritto, all’*esecutore testamentario* o al *rappresentante legale* dell’associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statuari la cremazione dei cadaveri dei propri associati.

Abbiamo poc’anzi argomentato che tale elenco di categorie di soggetti non risponde ad una logica formale, ma piuttosto ad una di carattere sostanziale, prediligendo coloro che risultavano maggiormente ed *effettivamente* legati al *de cuius* da un rapporto affettivo o di carattere (affettivo-)fiduciario.

Trattandosi di selezionare i soggetti titolari del diritto di chiedere la custodia delle ceneri, cioè di quanto rimane del corpo inanimato all’esito della cremazione<sup>65</sup>, l’interesse che merita tutela, in tal caso, non è quello di attuare la volontà del *de cuius*, anche per il tramite di chi per intensità affettiva è considerato il miglior interprete di essa, ma quello riguardante la *pietas* che il soggetto nutre verso il defunto<sup>66</sup>. E anche in tale ambito occorre evidentemente, *a fortiori*, operare una valutazione *in concreto* della meritevolezza dell’interesse<sup>67</sup>.

Sicché, ricorrendo a quella classificazione, sembra che il legislatore abbia voluto far ricadere la propria scelta su quelli che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, possono ritenersi portatori dell’interesse a perpetuare l’affetto nel sentimento di pietà nei riguardi del defunto perché a lui maggiormente legati. Un criterio, dunque, che pare voler istituire – in via presuntiva, ma esemplificativa – più una gerarchia degli affetti che dei legami formali. Nulla impedisce, pertanto, che altro possa essere il “centro” dei legami affettivi del *de cuius*, in capo al quale radicare il diritto soggettivo. E questo andrà individuato, con adeguata motivazione del giudice, all’esito di una valutazione empirica della rete di relazioni e del loro livello di intensità<sup>68</sup>.

Ne discende, allora, che il riferimento ai *familiari* debba intendersi in senso ampio e comunque paradigmatico, includendo non soltanto i parenti, ma anche coloro che compongono la fa-

<sup>64</sup> App. Milano, 5 ottobre 1982, n. 1618, in *Arch. civ.*, 1983, p. 642.

<sup>65</sup> L’art. 44, comma 1, L.R. Veneto n. 18/2010 precisa che la cremazione «consiste nella pratica funeraria che trasforma il cadavere, tramite procedimento termico, in ceneri». Si veda BECCHI, *Cremazione (con dispersione) per tutti? A proposito della legge n. 130 del 2001*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 177 ss.

<sup>66</sup> BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 819.

<sup>67</sup> Pret. Macerata, 6 giugno 1992, cit.

<sup>68</sup> Cfr. PALMA, *Il diritto dei prossimi congiunti a disporre del cadavere altrui: un diritto risarcibile?*, cit., p. 1542. L’A. osserva che «la valutazione in concreto del vincolo affettivo e del grado di profondità dei sentimenti che legano il superstite al defunto permetterebbe una delimitazione dei soggetti titolari del diritto, e quindi, di selezionare, con un grado di rigore maggiore, gli interessi meritevoli di tutela da quelli meramente pretestuosi».



miglia anagrafica o, più in generale, tutti i soggetti (anche persone giuridiche) legati, intensamente e in modo stabile, al *de cuius*<sup>69</sup>, in modo cioè analogo all'essenza ontologica delle relazioni di *tipo familiare*<sup>70</sup>.

Vi sono altri contesti in cui il legislatore utilizza il lemma *famiglia* o *familiare* in questa stessa accezione; si tratta di ambiti in cui l'ordinamento intende pure valorizzare la sfera dei legami affettivi, che possono anche trascendere il rapporto formale istituito dalla famiglia parentale. Si pensi, a titolo esemplificativo, al significato di famiglia adottato nell'ambito della disciplina dell'anagrafe o a quello sotteso al diritto del minore di mantenere i legami con i propri familiari.

Segnatamente, già dall'*incipit* del Regolamento anagrafico della popolazione residente, approvato con D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, s'intende che la considerazione è rivolta alla rete degli affetti "dominanti" della persona<sup>71</sup>. Tant'è che l'art. 1 dispone che l'anagrafe della popolazione residente raccoglie sistematicamente l'insieme delle «posizioni relative alle singole persone, alle famiglie e alle convivenze che hanno fissato nel comune la residenza»<sup>72</sup>.

In sostanza, è il vivere in comune, e non il legame giuridicamente istituito, che costituisce la famiglia rilevante in tale ambito problematico. Lo chiarisce ulteriormente l'art. 4, comma 1, precisando che, agli effetti anagrafici, per famiglia si deve intendere «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da *vincoli affettivi*, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune»<sup>73</sup>. Specifica, inoltre, che, ai medesimi fini, il significato di *convivenza* è «un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nel comune» (art. 5, comma 1). In tali previsioni è attribuita rilevanza a una dimensione relazionale, che si connota per un'elevata intensità, scaturente dalla condivisione di vita, che solo l'*affetto* reciproco può giustificare e far persistere. E ciò indipendentemente dal tipo di legame: alle persone legate da vincoli *tipici* (*id est*, matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela) segue, infatti, il riferimento a legami istituiti dalla spontaneità del comportamento di ciascuno, dall'esplicazione della propria personalità, come avviene nelle diverse forme di coabitazione che *naturalmente* si affermano per effetto delle innumerevoli espressioni affettive<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Si veda BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., p. 845.

<sup>70</sup> Cfr. Corte EDU, 29 gennaio 2013, n. 25704/2011, *L. v. Italia*, in *Foro it.*, 2013, c. 349 con nota di SERGIO, *Tutela effettiva dei diritti relazionali e rispetto della vita familiare*.

<sup>71</sup> Cfr. CECCARELLI e VECCHIO, *Il «vincolo affettivo» nella famiglia anagrafica alla luce della giurisprudenza e delle circolari del Ministero dell'interno*, in *Amm. it.*, 2003, p. 168 ss.

<sup>72</sup> Si veda Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 1994, n. 770, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, c. 40, il quale precisa che la nozione di nucleo familiare posta dall'art. 4 D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, rileva ai soli fini anagrafici.

<sup>73</sup> Il 2° comma aggiunge che «una famiglia anagrafica può essere costituita da una sola persona». Cfr. CASONI, *La famiglia anagrafica secondo l'art. 4 del regolamento anagrafico*, in *Stato civ. it.*, 2014, fasc. 11, p. 35.

<sup>74</sup> Osserva in proposito T.A.R. Veneto, 27 agosto 2007, n. 2786, in *Foro amm. TAR*, 2007, I, p. 2035, che «la famiglia anagrafica costituita da individui legati da meri vincoli affettivi configura un rapporto che, a differenza degli altri legami familiari elencati dall'art. 4 del D.P.R. 223 del 1989 (matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela: ossia vincoli giuridicamente connessi a posizioni derivanti dalla famiglia "nucleare", ovvero costituite per effetto di



In questo senso, la convivenza *more uxorio* è soltanto una delle possibili situazioni rilevanti.

In tale contesto, dunque, il diritto coglie la realtà degli affetti, consegnando all'operatore non uno schema astratto, ma un criterio di selezione di fatti.

Ritornando al nostro tema, e servendoci dell'argomento interpretativo apagogico<sup>75</sup>, la mancata considerazione della realtà può evidentemente condurre a esiti assurdi; infatti, attribuire all'endiadi *pietas* familiare, la cui accezione è senz'altro metagiuridica, una portata puramente formale, avulsa quindi dal vissuto dei singoli soggetti e abbandonata a una sorta di automatismo legalistico, significherebbe esporsi all'elevato rischio di adottare soluzioni che non colgono la verità delle cose; significherebbe, sul piano ordinamentale<sup>76</sup>, affermare un significato possibilmente contrastante con il senso normativo<sup>77</sup>.

Ma il concetto di famiglia, nella sua ampia accezione di "famiglia degli affetti"<sup>78</sup>, viene in considerazione anche con riguardo alla tutela dell'interesse del minore al mantenimento delle relazioni familiari. Tant'è che quando l'art. 315 *bis* c.c. riconosce al figlio il diritto «di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti», il riferimento al rapporto di *tipo* parentale non può ritenersi esclusivo. E ciò, ancora una volta, in ragione della portata valoriale della disciplina e del settore di ordinamento a cui essa inerisce, la quale tutela l'interesse del figlio minore in ragione del suo vissuto<sup>79</sup>; ma anche avuto riguardo ai significati portati dalle fonti internazionali sui diritti dei bambini nonché, in chiave comparatistica, a quelli che caratterizzano altri ordinamenti giuridici della nostra stessa "tradizione".

È significativa in questo senso la recente l. 19 ottobre 2015, n. 173, contenente modifiche alla l. n. 184/1983, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare. Essa, tra l'altro, prevede la tutela, in capo al minore, dell'interesse alla continuità delle «positive relazioni *socio-affettive* consolidate durante l'affidamento», nel caso in cui al termi-

---

specifici obblighi assunti *ex lege* e, in quanto tali, conseguenti da istituti puntualmente disciplinati dall'ordinamento), non può essere oggettivamente riscontrato dall'ufficiale d'anagrafe e non può – quindi – che essere rimesso alla dichiarazione resa dall'interessato all'ufficiale medesimo al momento della costituzione, ovvero al subentro della famiglia anagrafica».

<sup>75</sup> TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 369.

<sup>76</sup> Osserva, in proposito, GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 34, che «la quintessenza del diritto è colta e identificata in un ordinamento, non già in un comando, in una norma (o in un insieme di comandi, di norme). Se la norma, infatti, è generata in alto e si proietta sulla società con una ferma indisponibilità a farsi permeare da quanto avviene nel magma naturale sociale economico, la visione ordinamentale ci presenta un osservatorio capovolto, con la dimensione giuridica pienamente disponibile a permearsi dei valori ed interessi circolanti all'interno di quel magma».

<sup>77</sup> Cfr. VARSALLONA, *Note critiche in tema di «Ius Eligendi Sepulchrum»*, in *Foro pad.*, 1980, p. 261.

<sup>78</sup> Si veda MARELLA, *La fase contemporanea del diritto di famiglia*, in MARELLA e MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, p. 41 ss.

<sup>79</sup> In proposito v. Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544, in *Famiglia*, 2004, p. 914, con nota di LIUZZI, *Sottrazione internazionale di minori e tutela invocabile*; Trib. min. L'Aquila, 26 maggio 2006, in *Dir. fam.*, 2006, 4, p. 1778; Trib. Palermo, 31 maggio 2012, n. 105, in *Guida dir.*, 2012, 35, p. 94.



ne del periodo di affidamento egli ritorni nella famiglia di origine o venga affidato a un'altra famiglia o venga adottato<sup>80</sup>.

Oltre a ciò, la lettura che intende il diritto soggettivo anzidetto in senso relazionale, in funzione cioè della realizzazione dell'interesse del minore a coltivare gli affetti "dominanti", quelli cioè più rilevanti per la sua vita – tanto che alcuni hanno parlato di un diritto all'affetto del bambino da qualificarsi come diritto della personalità<sup>81</sup> –, è confortata da quanto prevede il § 1685 BGB<sup>82</sup> relativamente ai rapporti del figlio con le «persone di riferimento» diverse dai propri genitori; segnatamente, fatta salva la conformità all'interesse del figlio, tale disposizione riconosce il diritto di frequentare il bambino non soltanto ai nonni, fratelli e sorelle, ma pure a tutti coloro che con il bambino abbiano instaurato un rapporto sociale-familiare, ovvero le *persone di riferimento* se hanno o hanno avuto una responsabilità effettiva per il figlio (rapporto sociale-familiare). La norma aggiunge che un'assunzione di responsabilità effettiva è di regola da supporre se la persona ha vissuto con il figlio a lungo sotto lo stesso tetto.

Pure il Codice civile francese riconosce espressamente il diritto del bambino a coltivare le relazioni affettive anche con soggetti diversi dai genitori e dai parenti (art. 371-4)<sup>83</sup>.

Il diritto viene quindi radicato in capo alla (e, dal lato del figlio, nei confronti della) "famiglia degli affetti", di coloro cioè che al di là dei legami istituiti dalla legge sono *effettivamente* in relazione stabile con il bambino, con i quali, cioè, si è radicato in concreto l'affetto, il riferimento della propria vita<sup>84</sup>.

Nella ricostruzione dei significati normativi vanno poi ovviamente considerati l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; i quali, nel momento in cui consacrono il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con quest'ultima espressione, come ben chiarito anche dalla Corte di Strasburgo, non possono che riferirsi all'ampio sistema delle

<sup>80</sup> Si tratta del contenuto del comma 5 *ter* dell'art. 4 della l. 184/1983, introdotto dall'art. 1 della l. n. 173/2015.

<sup>81</sup> Si veda M. BIANCA, *Il diritto del minore all'«amore» dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 173. Cfr. anche Cass., 12 maggio 1975, n. 1834, cit.

<sup>82</sup> § 1685 BGB: «(1) Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

(2) Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

(3) § 1684 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend. Eine Umgangspflegschaft nach § 1684 Abs. 3 Satz 3 bis 5 kann das Familiengericht nur anordnen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 erfüllt sind».

<sup>83</sup> Art. 371-4 Code civil: «L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non».

<sup>84</sup> Rileva richiamare anche la Convenzione del Consiglio d'Europa n. 192 sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli aperta alla firma il 15 maggio 2003, il cui art. 2, lett. d), precisa che per legami *familiari* s'intendono le relazioni strette, basate sul diritto o su un rapporto familiare di fatto; il quale va valutato, come tutte le situazioni di fatto, prendendo a modello la conformazione sostanziale del corrispondente rapporto *formale*.



relazioni affettive, anche non formalizzate, ma connotate dalla medesima intensità. Così in una recente pronuncia la Corte – a fronte del ricorso di un uomo, al quale era stata negata la paternità all’esito di un test genetico, volto a veder riconosciuto il suo interesse a mantenere i rapporti con la bambina che aveva trattato come figlia per ben cinque anni, instaurando un legame stabile e di grande affetto – ha ribadito che i legami affettivi *del e con* il minore devono essere salvaguardati; e ciò, in ragione del postulato che «*the notion of “family life” under Article 8 of the Convention is not confined to marriage – based relationships and may encompass other de facto “family” ties (...). The existence or non – existence of “family life” for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending on the real existence in practice of close personal ties. Although, as a rule, cohabitation may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto “family ties”*»<sup>85</sup>.

Ebbene, considerato che il diritto all’affidamento dell’urna cineraria<sup>86</sup> è principalmente funzionale all’interesse individuale all’esercizio della *pietas* verso il defunto, il suo riconoscimento ha ragione che venga operato in capo a chi è, in realtà, titolare di quell’interesse. Sicché nella locuzione legislativa «altro familiare» potranno comprendersi, facendo uso del lessico del codice tedesco, anche coloro che siano stati il *riferimento* del *de cuius* fino al momento della sua morte. Sono quindi gli affetti “dominanti” che delimitano il campo semantico della previsione normativa.

Il convivente *more uxorio*, anche dello stesso sesso<sup>87</sup>, pertanto, rientra senz’altro tra i soggetti portatori di tale interesse, ma non tanto per effetto della rilevanza giuridica vieppiù riconosciuta dalla giurisprudenza alla famiglia di fatto<sup>88</sup>, come pare aver ritenuto il giudice nella sentenza in esame, ma in quanto trattasi del soggetto in relazione affettiva più intensa con il defunto sino al momento della sua morte e oltre tale momento sul piano della *pietas*, che si radica

<sup>85</sup> Corte EDU, 16 luglio 2015, n. 39438/13, *Nazarenko v. Russia*. V. anche Corte EDU, 12 luglio 2001, n. 25702/94, *K. e T. v. Finlandia*; Corte EDU, 21 dicembre 2010, n. 20578/07, *Anayo v. Germany*. Con l’interpretazione data all’art. 8 della CEDU dalla Corte di Strasburgo, contrastano pronunce come quella recentemente resa dalla giurisprudenza di merito, nella cui massima si legge che «il diritto del minore a conservare un rapporto stabile e significativo con l’ex partner del proprio genitore (con il quale, pur in mancanza di un legame biologico, abbia consolidato saldi legami affettivi), non può essere fatto valere dal partner stesso, bensì dal pubblico ministero», così Trib. Palermo, 15 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1780, con nota di CASABURI, *Dalla matrigna di Biancaneve alla step mother, ed altro ancora*.

<sup>86</sup> L’affidamento dell’urna cineraria è visto come «modo d’essere del silenzio eterno dei resti mortali», così BONILINI, *Diritto al sepolcro*, cit., p. 846.

<sup>87</sup> Cfr. Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 2, p. 1604, con nota di ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»* e in *Iustitia*, 2010, p. 311, con nota di COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*. Si veda anche Cass., 15 marzo 2012, n. 4184 e Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 615, con nota di FERRARI e FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*; Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 4, p. 866 con nota di FALLETTI, *L’estensione di benefici del contratto di lavoro nei confronti del convivente more uxorio*.

<sup>88</sup> Vedi, da ultimo, Cass., 3 aprile 2015, n. 6855 in *Foro it.*, 2015, 5, I, c. 1527, con nota di CASABURI.

## JUS CIVILE



nell'*identità* del corpo inanimato. Ma in base a questa logica, oltre al convivente *more uxorio*, il diritto all'affidamento dell'urna cineraria potrebbe essere riconosciuto in capo a chi *effettivamente* è portatore di tale interesse, anche se la sua relazione affettiva, pur sempre connotata dalla massima intensità "dominante", assume sembianze diverse dalla convivenza *more uxorio*.