

Approfondimenti

Succede in Cassazione: la disputa sullo *Jus Eligendi Sepulchrum* (il cuore ha ragioni che nemmeno la dea ragione sa intendere)

di Carlo Ballotta

Piglio l'aire & l'abbrivo, nella stesura di questo – si spera – conciso saggio da alcune intelligenti osservazioni di D. Buson pubblicate su Servizi Demografici n. 4/2007, Maggioli editore, prima però, di entrare in *medias res*, vorrei ricordare alcuni inquietanti passi della Sacra Scrittura, vera *fons sapientiae*. Il Salmo 146:4 così recita “*Il suo spirito se ne esce, egli torna al suolo; in quel giorno periscono in effetti i suoi pensieri*”, ma, se possibile, il libro dell'Ecclesiaste, al passo 9:5 estrinseca un concetto ancora più crudo e terribile: “*Poiché i viventi sono consapevoli che moriranno; ma in quanto ai morti, non sono consci di nulla, né hanno più alcun salario, perché il ricordo d'essi è stato dimenticato*”.

Lo *jus sepulchri*, quale unico diritto proiettato nell'oscuro *post mortem*, quando cessa la capacità giuridica, quindi, come ampiamente dimostrato in dottrina, si risolve solo in una legittima aspettativa, meglio, dunque, esser previdenti!

Di conseguenza, potrebbe ancora puntualizzarsi che diritto sul sepolcro e *jus sepeliendi* costituiscono due sfaccettature, o passaggi di piano, strettamente correlati, della medesima posizione giuridica, fra l'altro essi s'estinguono entrambi, con riguardo a ciascun singolo titolare, al momento della morte, e cioè quando dovrebbe aversene l'esercizio nella maniera più completa, con la tumulazione della salma dell'avente diritto nella nicchia spettantegli.

Soccorre allora lo *jus mortuum inferendi in sepulchrum*, che consta delle capacità relative al compimento degli atti necessari affinché il cadavere sia tumulato o inumato nel sepolcro per lui destinato o prescelto.

Tale ultimo diritto (già sorto in vita, in forza della concessione rilasciata, in capo al soggetto – ora da seppellire, (in riferimento ai familiari che gli premuoiono) trova riscontro, all'atto dell'*exitus* del titolare del diritto primario, nei familiari *ex lege sepulchri* o, se il sepolcro è monoposto, nei medesimi soggetti titolari dello *jus eligendi sepulchrum*. È notorio come il diritto a decidere del proprio corpo dopo la morte sia personale e le spoglie umane non siano considerate di proprietà pubblica.

La personalità del diritto è esercitata nel rispetto delle norme di salute pubblica, di morale e di ordine pubblico che diversamente inficiano l'efficacia della volontà del *de cuius*.

È ovvio, poi, constatare che il seppellimento attraverso l'incenerimento del proprio corpo richieda una più sicura e rafforzata volontà del defunto, da far emergere attraverso apposita istruttoria, rispetto alla modalità più classica di seppellimento ad inumazione, ove vige una presunzione assoluta per motivi igienici di interesse pubblico, o tumulazione, la quale ha, come premessa necessaria l'acquisto del tumulo, configurandosi sempre essa come un sepolcro privato nel cimitero *ex* Capo XVIII D.P.R. 285/1990.

Lo *jus eligendi sepulchrum* si rende, allora, nel potere di stabilire la località, il punto e la tecnica di sepoltura (pure per ignizione!) della salma di una determinata persona. Tale diritto, che trova il suo fondamento nelle esigenze di devozione e di culto verso i defunti, compete innanzitutto alla stessa persona e, solo in mancanza di una precisa *electio sepulchri*, può essere fatto valere dal coniuge e dai congiunti più prossimi e in loro assenza dai successori *jure haereditatis* dello scomparso. Diversi sono i profili di “cittadinanza” *pleno jure* che il nostro Ordinamento Giuridico accorda all'emozione etico-sociale della pietà verso i defunti ed in primo luogo al diritto che il corpo dell'estinto trovi giusta e pietosa collocazione in seno alla terra o in appositi manufatti, secondo i principi morali od il culto e la

tradizione religiosa, senza dimenticare mai la cremazione con i suoi istituti corollario introdotti dalla L. 130/2001, e variamente declinati nelle diverse ... e molto critiche, esperienze delle legislazioni regionali, come affidamento familiare (o personale) delle ceneri o ancora la dispersione delle stesse in natura o all'interno del cimitero (cinerario comune o giardino delle rimembranze).

Ad avviso della dogmatica più illustre e preclara con il *nomen juris*, rigorosamente in lingua latina, di "*jus sepulchri*" si tratteggia una figura giuridica eclettica, poliedrica e sin anche eterogenea (... un diritto al plurale?), comprendente atti: sul sepolcro, nel senso di costruire, nel tempo, un dato sistema di successione nel sepolcro (*ius eligendi legem sepulchri*, leggasi: atti di gestione sul sepolcro), di seppellimento per sé, di inumare o tumulare i propri defunti (*jus mortuum inferendi*), di visitare la tomba e onorare i morti con gesti di pietà (diritto secondario di sepolcro), oltre al diritto di scelta del sepolcro per sé o per altri (*jus eligendi sepulchrum*), del quale ci occuperemo, brevemente, in questa sede.

Anche se appartiene allo stesso novero di riconoscimento e protezione legale, lo *jus sepulchri* non deve essere sovrapposto indebitamente o confuso con lo *jus eligendi sepulchrum* di cui figura, a volte, quale riverbero indiretto, si pensi, ad esempio, al sepolcro gentilizio fondato, dal concessionario primo, appunto *sibi familiaeque suae* o ancora *sibi et haeredibus suis*.

Questo secondo consiste nel diritto della persona di disporre della propria salma, libertà di cui il soggetto ancora vivente, in rapporto al proprio futuro cadavere inteso come *res extra commercium*, può servirsi nei termini del potere di deliberare circa il trattamento da riservare allo stesso (inumazione o tumulazione o cremazione) e le modalità e l'ubicazione della sepoltura, nel rispetto dei limiti imposti dalla Legge, dall'ordine pubblico (art. 340, comma 1 T.U.LL.SS.?) e dal buon costume. In quest'ultimo caso lo *jus eligendi sepulchrum* può essere tradursi fattivamente in un atto tra vivi o nel testamento, mentre nel silenzio del *de cuius*, il diritto si trasmette ad alcuni congiunti superstiti, individuati, nell'ordine "pozoristico", in base allo *jus coniugii*, allo *jus sanguinis*, secondo il rapporto di vicinanza col defunto ed infine, almeno secondo alcuni giuristi (ma altri studiosi si orientano su opinioni decisamente contrarie), come *extrema ratio*, ottemperando alle consuete regole della successione ereditaria. Da ultimo, si deve ricordare che l'esigenza di assicurare il rispetto della memoria e della personalità del defunto induce ad assegnare rilevanza giuridica al comune desiderio delle persone di ac-

cedere alle tombe (sepolcri, cappelle, tumuli, loculi ...), per esprimere la propria spiritualità e rendere omaggio alle spoglie dei propri congiunti. Tale facoltà può essere esercitata in due modi.

Innanzitutto con la pretesa di far valere l'"*iter ad sepulchrum*", cioè l'effettuale possibilità di recarsi sul luogo, in cui siano inumate o tumulate le spoglie di un proprio congiunto, allo scopo di compiere atti votivi e di culto verso la salma. In secondo luogo, con il potere di opporsi alle azioni che possono arrecare pregiudizio al rispetto dovuto alla salma medesima; esso nasce *sua sponte* in capo all'individuo (= diritto personalissimo di godimento) in quanto portatore di un interesse morale e spirituale alla destinazione e conservazione delle spoglie. Con la non più recentissima, ma pur sempre attuale, sentenza, n.12143 del 23 maggio 2006, la Cassazione è tornata a scrutinare e ad enucleare, con precisione "chirurgica" la fisionomia del diritto, che concerne ciascun soggetto, di definire liberamente, ma pur sempre *secondum legem* (solo tre, difatti, sono le pratiche funebri contemplate dalla Legge: inumazione, tumulazione o cremazione), il luogo e le modalità di sepoltura della propria spoglia mortale, identificato dall'Ordinamento in via sussidiaria e surrogatoria anche in capo ad alcuni congiunti del defunto. Il *decisum* della Suprema Corte attiene ad una situazione nient'affatto rapsodica, estemporanea o isolata, che vede, sovente, scontrarsi, anche nelle aule dei Tribunali Italiani, i congiunti del *de cuius* tra loro, mentre, altrettanto spesso, sorge lite tra quest'ultimi legittimati *jure sanguinis* con il coniuge del deceduto e di riflesso nell'aspra contesa è coinvolta pure l'amministrazione cittadina al quale viene chiesto o, per converso, inibito il rilascio dell'autorizzazione alla traslazione dall'originaria tomba ad un altro sepolcro. La vicenda giudiziaria ha visto contrapporsi la richiesta dei fratelli viventi di tumulare il corpo della sorella presso la tomba della loro famiglia, VERSUS la precisa istanza di mantenere la medesima nel sepolcro stabilito dal coniuge superstite.

I fratelli hanno giustificato il proprio *petitum* sostenendo l'esistenza di un preciso mandato loro conferito in vita dalla defunta per la sua sepoltura nella tomba che ospita le spoglie della famiglia di provenienza. Dall'altro lato, il marito ha contestato la fattibilità di attribuire solo oralmente una simile responsabilità, eccependo, altresì, che la stessa non può essere dimostrata a mezzo di testimoni (la parte che agisce in giudizio non può chiamare a testimoniare gli altri familiari, essendo questi incapaci di testimoniare ai sensi dell'art. 246 Cod. Proc. Civile, perché parimenti legittimati ad agire), pertanto, per convincimento generale, sintetizzato anche in

norma positiva (forse pure inconsciamente dal Legislatore, in sede di redazione del vigente regolamento nazionale del polizia mortuaria) dall'art. 79, comma 1, Il periodo D.P.R. 285/1990 in mancanza di una disposizione testamentaria che rendesse evidente la volontà della moglie, il luogo della sepoltura avrebbe dovuto essere specificato unicamente sulla base della volontà dei congiunti, prescelti fra quelli a lei più strettamente legati da vincoli affettivi, con lo *jus coniugii*, poi, che predomina sullo *jus sanguinis*, dopo tutto la famiglia ex art. 29 Cost. è una formazione sociale fondata sul matrimonio. I giudici di merito, e la Cassazione poi, hanno accettato positivamente alla tesi dei fratelli, quindi accogliendola appieno, ed hanno confermato il principio di diritto secondo cui ogni persona può ELEGGERE, senza costrizione alcuna, le modalità e il luogo della propria sepoltura, anche mediante scheda testamentaria, siccome la Legge permette apertamente che tra le disposizioni di ultima volontà rientrino anche quelle a carattere non patrimoniale (art. 587, comma 2 Cod. Civile). Ma non solo. Il Giudice della nomofilachia ha altresì statuito che **«Quando manchi la scheda testamentaria, tale volontà può essere comunicata senza rigore di forma attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti».**

Gli Ermellini sono addivenuti a tale conclusione muovendo da questo postulato giuridico: ogni persona è, infatti, libera di designare il tipo e la località della propria sepoltura, mentre questa volontà può essere attestato senza particolari vincoli formali e quindi, non solo attraverso il testamento, ma anche con l'affidamento di specifico incarico ai propri familiari, ai quali spetta il compito di far rispettare le estreme volontà del defunto.

La sentenza in epigrafe risulta pertanto sintomatica siccome, come appena osservato, riguarda un tema che spesso forma oggetto di contrasto fra successori e cioè, come nel caso *de quo*, incardinato sul confronto tra *jus sanguinis* e *jus coniugii*, anche se, nella circostanza specifica, la Cassazione non ha potuto pronunciarsi in merito alla dedotta prevalenza del diritto del coniuge sulle pretese dei familiari.

È, allora, assai opportuno cogliere lo spunto di riflessione che ci offre la pronuncia della Corte per approfondire l'argomento, considerando che in assenza di norme specifiche, la portata, la titolarità e le modalità di esercizio del diritto sulla destinazione della salma (o di quanto ne residui, dati i fenomeni degenerativi, anche intermedi o incompleti, a carico della materia organica tipici del *post mortem*) dovranno essere desunte dalla fortunatamente uniforme e omogenea elaborazione giurispru-

denziale (= PRINCIPIO PRETORIO, solo dopo cristallizzato in norma positiva!) che ha riguardato i conflitti endo-famigliari sulla spoglia mortale del *de cuius* o sull'uso dei sepolcri privati in questi ultimi cinquant'anni di giurisprudenza funeraria e cimiteriale.

In linea di massima, il diritto di disporre del proprio corpo, dopo la morte, rientra nel *milieu* dei diritti della personalità, che per loro natura sono assoluti, non prescrittibili ed intrasmissibili. Loro connotato peculiare è dato dall'immediata e diretta inerenza alla persona di colui che ne è titolare.

Essi sono altresì indisponibili, salvo le parziali riduzioni e rinunce che, alla stregua di particolari norme o della psicologia sociale, appaiano compatibili con la dignità della persona.

Attenzione, però: Lo *jus eligendi sepulchrum* non è un diritto "assoluto" visto che la sua effettiva portata può essere ampliata o ristretta da norme di diritto amministrativo (si pensi alle concessioni di sepolcri privati nei cimiteri o ai requisiti di accettazione negli stessi campisanti) per cui non ha questo carattere nell'accezione latina (*absolutus*, ossia sciolto da ogni legame) del termine, ma pur sempre sussiste, seppur mitigato e moderato. Secondo un più ampio contesto, i diritti di rispetto della persona umana (dalla sua origine sino al suo naturale spirare), comprensivi del potere del soggetto di godimento della propria personalità e di una sua pretesione alla non ingerenza dei terzi, rientrano nella più vasta categoria dei diritti fondamentali ed imprescindibili, quasi meta-giuridici, assicurati dalla Costituzione e dal diritto internazionale.

In questo nucleo di diritti basilari ed incomprimibili è annoverato lo *ius eligendi sepulchrum*, ovvero il diritto di precisare la località, il punto e le modalità della "sepoltura" da intendersi in senso lato e dilatato (ad es. sepoltura per inumazione o tumulazione o cremazione), esercitabile dalla persona nei confronti della propria salma (o dell'urna contenente le ceneri). Tale potere dispositivo sulle spoglie mortali (intese come *res extra commercium*, si veda a tal proposito l'art. 43 comma 4 D.P.R. 285/1990 da leggersi estensivamente verso tutte le fattispecie medico-legali in cui degradi un corpo umano dopo la morte e soprattutto gli artt. 19 e 22 L. 1 aprile 1999 n. 91, senza dimenticare l'apposita disciplina penalistica) discende da un'atavica ed ancestrale consuetudine quasi *praeter legem*, conforme al sentire popolare ed alle esigenze di culto e di pietà per i defunti, essa oggi rinviene pieno accoglimento giuridico nell'art. 5 Cod. Civile con cui si normano gli atti di disposizione del proprio corpo.

In quanto diritto soggettivo lo *ius eligendi sepulchrum* presuppone pur sempre un interesse di fondo della persona che se ne avvalga, anche se nella fattispecie assume tipologia non patrimoniale (spirituale), come chiaramente ammesso dall'art. 1174 Cod. Civile. La sua intima natura, che poggia sull'interesse morale ad una certa e stabile (*requiescant in pace!*) destinazione della propria od altrui salma, non comporta che il relativo diritto, appunto per sua essenza non trasferibile, possa essere esercitato mediante l'impiego delle ordinarie previsioni legislative che ordinano il trapasso del patrimonio; ne consegue, dunque, che esso non potrà transitare in capo a terzi neppure *mortis causa* (così non possono ad esso applicarsi la disciplina successoria né legale né testamentaria). In ogni caso, anche in mancanza di una chiara asserzione di volontà, il cadavere, seppure *res nullius*, ma mai *res derelicta* in quanto ogni cadavere è pur sempre titolare di un insopprimibile *jus sepulchri* ex art. 50 D.P.R. 285/1990 (ma, generalmente, *ope legis*, in campo comune di terra e non, di default, in sepolcro privato oggetto di concessione amministrativa!) conserva, in quanto tale, i diritti collegati ad un trattamento conforme alla pietà dei defunti ed al rispetto della dignità umana.

La locuzione "*res nullius*" è qui utilizzata senza alcuna connotazione di valore spregiativo, ma semplicemente come presa d'atto che, con la morte fisica viene meno la titolarità non solo attiva, ma anche passiva, per essere soggetto intestatario di diritti. Va rimarcato come il cadavere non sia di per sé privo di qualsiasi diritto in senso totale, in quanto mantiene il diritto passivo ad essere sepolto, non fosse altro per imprescindibili ragioni igienico-sanitarie! I diritti del *post mortem* non a caso sono garantiti penalmente (artt. 407-413 Cod. Penale), non potendo essere oggetto di difesa in sede civile, in quanto questa presupporrebbe una qualche capacità giuridica.

Secondo un altro filone ermeneutico della dottrina l'Ordinamento, in invero, ammetterebbe unicamente tutela penale al sentimento di pietà verso i defunti serbato nella memoria dei vivi, i morti, dunque, formerebbero solo oggetto di diritti in termini di affetti struggenti e *pietas*.

Era proprio questo status di *res nullius*, che acquisirebbe il corpo del deceduto, a plasmare il modello funerario italiano (dall'Editto di Saint Cloud in avanti) ricavabile dal complesso delle norme con cui il Legislatore demanda al Comune, quale espressione della collettività, e cellula prima della polizia mortuaria, il compito di provvedere al trasporto (art. 16 D.P.R. 285/1990) ed alla sepoltura del cadavere in appositi reparti ad inumazione predispo-

sti all'interno dei cimiteri ex artt. 337 R.D. 1265/1934 e 49 D.P.R. 285/1990. Questa architettura risulta, ora, abbastanza implicita, dal punto di vista del diritto positivo (artt. 337 e 340 T.U.L.L.S.S., approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 ed artt. 12, 13, 14, 15, 16, comma 1, lettera b)), artt. 19, comma 1 (ma, per certi versi, anche comma 2), 49, 50, 51, 52, 58, 64, 67, 68, 69, 70 e seguenti D.P.R. 285/1990, anche se potrebbero essere citate, specie "in negativo", molte altre disposizioni), mentre ciò riusciva indiscutibilmente evidente e perspicuo in vigenza del testi unici della legge comunale e provinciale, specie nelle parti in cui si enumeravano le spese obbligatorie per i comuni.

Un tempo, infatti, vigenti i vecchi Testi Unici Leggi Provinciali e Comunali, varati nel periodo di governo fascista, o all'alba del Regno d'Italia (art. 1, comma 1, punto 8 R.D. del 15 ottobre 1925, n. 2578 ora abrogato con l'art. 35, lett. g) L. 28 dicembre 2001, n. 448) e la stessa provvista dei feretri, oltre all'ovvia realizzazione e manutenzione dei cimiteri (art. 824, comma 2 Cod. Civile, art. 51, comma 1 D.P.R. 285/1990, art. 91 lett. f) punti 11 e 14 T.U.L.P.C. approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383 Capitolo IV R.D. 2322/1865 e, soprattutto Allegato c L. 2248/1865) il servizio cimiteriale, compresa la cura dei sepolcreti, era a carico della fiscalità generale, come confermato dal più recente art. 12, comma 4 Legge di conversione n. 440/1987, con cui si ribadiva la gratuità dell'inumazione e della cremazione, quali servizi pubblici locali (la tumulazione, invece, come destinazione privata e dedicata per le spoglie mortali è sempre a titolo oneroso per il richiedente, poiché si basa su un atto concessorio).

L'insieme dell'Ordinamento Giuridico, nel settore funerario, era, ed è tuttora, improntato alla logica per cui alla sepoltura dei cadaveri, in quanto *res nullius*, debba procedere d'ufficio la comunità locale, nella persona del Comune. Non viene, però, escluso aprioristicamente che i familiari, ma anche soggetti terzi per liberalità, possano, *motu proprio*, cioè su impulso di parte, provvedere ad assicurare una funzione sostanzialmente pubblica, sebbene per inerzia, nel senso di gravare sul bilancio del comune.

Tale prerogativa risponde ad un corretto rispetto degli affetti di quanti stiano in prossimità del cadavere, perché legati da vincoli di famiglia o di affetto o di altro genere alla persona scomparsa. Di fatto, questa opzione risultava, agli effetti concreti, già negli scorsi decenni, così praticata e diffusa da far crescere, anche nel dibattito pubblico, la convinzione che giuridicamente spettasse a familiari interessarsi della sepoltura, mentre contemporanea-

mente, l'incombente per il comune sarebbe venuto a scaturire in via residuale, quando non vi fossero state persone di sorta a pensarvi spontaneamente entro un congruo periodo di tempo (Così Sereno Scolaro, su *I Servizi Demografici* n. 12/2000, giusto qualche tempo prima dell'emanazione dell'art. 1, comma 7-bis L. 28 febbraio 2001, n. 26 sui cui esiti ... si veda infra!). Infatti, il naturale percorso di sepoltura è giuridicamente impostato con alcuni meccanismi automatici, ad esempio quello della sepoltura nel comune di decesso, ad inumazione: essi traggono la propria gratuità (ma non significa che tutti questi interventi siano privi di costi!) proprio dalla titolarità dell'onere in capo alla comunità locale.

E non a caso si prevede l'onerosità generalizzata per i servizi, in senso ampio, che eccedano questa ragione di minima garanzia, come nel caso dei trasporti a pagamento, delle sepolture private, oggi ampiamente maggioritarie.

La questione del soggetto titolare di una potestà di disporre del cadavere, ossia di prediligere una sepoltura invece di un'altra, o di richiedere certe prestazioni integrative, si pone nel caso in cui vi sia, a monte, quell'assunzione di onerosità da parte di persone diverse dal soggetto obbligato, cioè una volta che sia stato superato l'assolvimento del dovere istituzionale della sepoltura del cadavere, in campo comune di terra.

Il cadavere è, quindi, *res nullius*, ma anche oggetto di salvaguardia penale sotto il profilo della pietà dei defunti, potrebbe, però, anche essere oggetto di una qualche utilità per terzi viventi (*mors gaudet succurrere vitam?*): si pensi al caso della donazione di organi, dove si pongono interrogativi abbastanza analoghi sulla loro utilizzabilità, se idonei al trapianto, sulla disponibilità degli stessi, o sulla potestà di alcuni soggetti, famigliari, di disporre di parti di cadavere a fine terapeutico, tutte argomenti controversi affrontati dalla legislazione speciale in materia (da ultimo, la L. 1° aprile 1999, n. 99) con soluzioni compromissorie che non hanno sempre visto elevati livelli di unanimità in fase di stesura delle norme, si tratta, infatti, di aspetti eticamente sensibili, perché coinvolgono la coscienza del singolo.

Questa mancanza di un pensiero forte ed unificante (fortunatamente, altrimenti saremmo dinanzi ad uno strisciante totalitarismo mortuario!) è la spia che evidenzia come nella galassia nebulosa del *post mortem* non si annoverino esclusivamente asettici e freddi contenuti giuridici o amministrativi, bensì prospettive culturali, di usanze connesse ai riti, alla molteplici filosofie esistenzialistiche, spesso anche

a visioni del vivere e del morire variamente articolate e comunque suscettibili del massimo rispetto, soprattutto quando coinvolgono la sfera degli affetti e del dolore personale.

In realtà questa condizione impropria di *res nullius* (o se si preferisce di "ESTERNALITÀ NEGATIVA" a carico della società ed in altri termini – più brutali ed economici – dell'erario comunale), secondo alcuni giuristi (cfr. Sereno Scolaro) sarebbe decaduta con l'avvento dell'art. 1, comma 7-bis L. 28 febbraio 2001, n. 26. La prefata norma stravolge radicalmente questo schema concettuale testé delineato e così, paradossalmente è il familiare, e non più la collettività, a riappropriarsi dello *jus inferendi mortum in sepulchrum* inteso come profondo ed interiore atto di disposizione sulla salma del *de cuius*, ossia come vincolo non solo morale, bensì LEGALE a procurare una decorosa sepoltura per un corpo umano esanime, il quale cessa, così, di essere *res nullius* per divenire oggetto di lutto individuale, secondo quella "*corrispondenza d'amorosi sensi*" di foscoliana memoria. Lo *ius eligendi sepulchrum* si attua mediante la *electio sepulchri*, la quale, poi, si materia in una dichiarazione unilaterale di volontà che può esser resa con ampia libertà di forma.

L'essenziale è che il volere sia formulato in modo sicuro, meglio se per iscritto, univocamente finalizzato all'indicazione del modo e del luogo di sepoltura delle proprie *mortales exuviae*, tanto che non può mai ravvisarsi in un semplice desiderio, in una eterea o vaga aspirazione incapace di tradursi in termini di irrevocabile e non contestabile orientamento. Lo strumento più diffuso e sicuro è rappresentato dal testamento (nelle sue tre fattispecie) in virtù del fatto che, come sopra detto, il Cod. Civile consente esplicitamente che tra le disposizioni testamentarie rientrino anche quelle a carattere non patrimoniale (art. 587, comma 2). Tra le disposizioni d'ordine personale, tipizzate dal Cod. Civile, senza dimenticare l'autorizzazione al prelievo di organi, si possono ricordare il riconoscimento di figlio naturale (art. 254, comma 1), la designazione del tutore o del protutore del minore del minore da parte del genitore ultimo esercente la potestà genitoriale (artt. 348, commi 1 e 355), la revoca di un precedente testamento e la revocazione della revocazione (artt. 680 e 681). Rientrano nell'alveo delle disposizioni testamentarie a carattere non patrimoniale di cui all'art. 587, comma 2 Cod. Civile pure l'atto costitutivo di fondazione, la riabilitazione dell'indegno (art. 466) la revoca del beneficio del contratto a favore del terzo (art. 1412) la designazione del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore del terzo e la sua revoca (artt. 1920 e 1921 c.c.), la confessione (art. 2735). Queste ultime con-

tenute in un atto di ultima volontà produrranno propri effetti secondo le regole del negozio giuridico che si intende porre in essere. In mancanza della scheda testamentaria, la *electio sepulchri* può essere resa nota, senza una struttura specifica, attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti (c.d. *mandatum post mortem exequendum*). Per ovvie ragioni, sia nel caso di disposizione testamentaria sia del mandato *post mortem* la volontà del deceduto si concreterà attraverso l'intervento di una diversa persona. Sul punto è bene precisare come per le manifestazioni di volontà di ordine morale o personale (è il caso dello *ius eligendi sepulchrum*) si ponga il problema dell'aprezzamento che si deve imputare alle medesime, poiché per esse non esiste necessità di adempimento, in quanto mancherebbe il titolare del credito del nel rapporto giuridico così instauratosi.

In questo frangente, secondo autorevolissima dottrina (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 37a ed., 1997, p. [828] “[...] se il testatore vuole assicurarsi davvero l'osservanza della propria volontà, per il tempo successivo alla sua morte, deve imporre il suo volere quale condizione, oppure modus, quando ci sia, poi, un soggetto che abbia davvero interesse alla prevista esecuzione”.

Questa evenienza di istituzione di un terzo, forse pure estraneo alla famiglia, non deve però essere scambiata con l'autonoma e propria titolarità dello *ius eligendi sepulchrum* che l'ordinamento non nega, ma anzi concede, in via suppletiva, in capo a certe categorie di persone, le quali, nel caso in cui non vi siano disposizioni di volontà pertinenti alla sepoltura, non sarebbero un semplice *nuncius*, magari di un desiderio riportato informalmente oppure oralmente, ma si attiverrebbero, con una propria investitura di potestà, al fine di disporre del corpo del deceduto. In tal senso, come si preciserà in seguito, la mancanza dell'*electio sepulchri* da parte del *de cuius* ha indotto la giurisprudenza ad attribuire il diritto di preferenza ai congiunti, ossia, in primo luogo, al coniuge ed ai parenti prossimi ed infine agli eredi, i quali opererebbero, nella circostanza, *iure proprio*.

Qualora il diritto di disporre della propria salma non sia fatto valere dal titolare nelle maniere appena descritte, la legittimazione a fissare il luogo e le modalità di sepoltura trascorre nell'ambito dell'autodeterminazione di alcuni soggetti legati al defunto da vincoli di coniugio e parentela o suoi successori. In questa evenienza, si ribadisce, detti soggetti non esplicano un potere in virtù di una re-

lazione di rappresentanza, ossia non enunciano una volontà in nome e per conto del defunto (tuttavia, *obiter dictum*, per la cremazione parrebbe proprio esser così, si veda la Circ. Min. 1 settembre 2004 n. 37), ma esercitano una propria titolarità a disporre del corpo di quest'ultimo. L'opzione di ascrivere ai congiunti più prossimi la titolarità del diritto in oggetto si colloca nell'ottica di rispondere alle esigenze di carattere personale e psicologico di coloro che erano fortemente legati alla persona scomparsa; essi infatti cercheranno quei luoghi, probabilmente vicino alla loro dimora abituale, in cui poter trovare maggiore conforto per la perdita subita o in cui potersi recare più frequentemente per curare la tomba e coltivarne il ricordo.

L'esercizio dello *ius eligendi sepulchrum* da parte dei familiari ottiene, dunque, allo stesso tempo, il soddisfacimento indiretto di un interesse appartenente alla sfera giuridica del deceduto e all'esigenza sociale di far determinare alle persone più interessate la località ove esternare i loro sentimenti di devozione e di pietà verso il parente defunto. La stessa facoltà vale nel caso di spostamento della salma in diversa sepoltura anche quando essa possa esser osteggiata, con veemenza, dagli altri parenti: si ritiene, difatti, che questa risoluzione non sia avversa alla *pietas* verso i defunti, poiché la coscienza collettiva, cui tale temperie dell'animo si rapporta, non disapprova né percepisce negativamente la *translatio* dei resti del *de cuius* per una tumulazione ritenuta ragionevolmente più conveniente dal coniuge superstite. Questo assioma non pare trovare una necessaria compressione quando il coniuge superstite abbia nuovamente contratto matrimonio. La prevalenza dello *jus coniugii* sembra infatti permanere anche nel caso di creazione di nuovo vincolo coniugale, non potendosi individuare in questa decisione del coniuge superstite elementi tali da giustificare la perdita di quel diritto prioritario, considerato che oggi la morale dominante non considera, ormai, oltraggio alla memoria del coniuge defunto il passaggio a seconde nozze. Interessante un'ultima postilla: coerentemente con tutto l'impianto giurisprudenziale che “consegna” lo *ius eligendi sepulchrum* alla persona la quale, più di altri, ha vissuto a contatto con il deceduto, anche al convivente *more uxorio* viene dato tale diritto, purché manchi una disposizione specifica del defunto e sempre che particolari circostanze familiari ed ambientali non facciano prevalere la contraria volontà del nucleo familiare legittimo del defunto.