

## ALLEGATO 1

### Cremazione, destinazione delle ceneri ed affidamento dell'urna cineraria. Problematiche sull'istituto dell'affidamento

#### **1. Introduzione**

Come largamente noto, l'art. 3, comma 1, lett. e) L. 30 marzo 2001, n. 130 prevede:

*“e) 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; ...”*

cioè delle forme ammesse di conservazione di urna cineraria.

Tra queste modalità è considerata quella dell'affidamento ai familiari, rispetto a cui la legge statale di riferimento, citata, non va oltre all'enunciazione della sua ammissibilità.

Tale istituto è stato poi declinato, in leggi regionali, in modo non sempre uniforme, ad esempio introducendo l'istituto dell'AFFIDAMENTO PERSONALE (Emilia Romagna, Sicilia), oppure prevedendo che *“soggetto affidatario dell’urna cineraria possa essere qualunque persona, ente o associazione, scelta liberamente dal defunto o dai suoi familiari”* (Toscana, Campania, Basilicata), fino a prevedere la figura dell'*esecutore testamentario* (Puglia, Veneto, Abruzzo) o, infine, ricorrendo alla formulazione della *“conservazione in ambito privato”* (Veneto, Abruzzo), o anche prevedendo, genericamente, che la *“persona affidataria possa essere anche diversa dal familiare”* (Friuli-Venezia Giulia). Per quanto si debba considerare come, in proposito, non possa riconoscersi la sussistenza di una potestà legislativa regionale, sia essa concorrente che esclusiva, vertendosi in materia di c.d. ordinamento civile art. 117, comma 2, lett. l) Cost.), queste “variazioni” riguardanti l'istituto dell'affidamento delle urne cinerarie traggono origine dalla situazione per cui il termine di “familiari”, usato dal legislatore statale, è esposto ad indeterminatezza.

Indeterminatezza che non si pone quando si tratti di cremazione di cadaveri, nel senso tecnico del termine, regolata dall'art. 3, comma 1, lett. b) L. 30 marzo 2001, n. 130, né di cremazione nei casi di cui all'art. 3, comma 1, lett. g) L. 30 marzo 2001, n. 130, dal momento che qui si fa riferimento a persone con cui il defunto aveva rapporti giuridici espressamente individuati e provabili.

Se tale termine – FAMILIARI – possa apparire, nel linguaggio comune, abbastanza definito, in realtà esso rappresenta poco o nulla quando sottoposto ad una più rigorosa interpretazione: infatti, ed in linea di massima, si potrebbe dire che, sempre nel linguaggio comune, esso possa riferirsi al coniuge, ai parenti e agli affini (richiamando in ciò il codice civile), non si può non osservare come, in materia di cremazione, questi ultimi (affini) non siano proprio considerati, rilevando unicamente i rapporti giuridici di coniugio o, mancando questi, quelli di parentela, secondo principi di prossimità, approccio risalente all'art. 79 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

È stato con il citato articolo 79 DPR 285/1990 che, per la prima volta, è stata riconosciuta una legittimazione a disporre per la cremazione anche in capo a persone diverse dal defunto. Incidentalmente, va ricordato come questa disposizione altro non sia se non una sintesi dell'elaborazione giurisprudenziale, sostanzialmente uniforme, in materia di individuazione dei soggetti che hanno titolo a disporre delle spoglie mortali, quale ne sia lo stato in cui si trovino, con la conseguenza che quest'impostazione ha, e conserva, portata generale, dato che il riferimento al criterio della maggioranza assoluta, in caso di pluralità di parenti nel grado più prossimo, trova applicazione unicamente nei casi regolati dall'art. 3, comma 1, lett. b) (e per rinvio espresso, anche lett. g) L. 30 marzo 2001, n. 130 <sup>(1)</sup>).

Per altro, le sopra ricordate “variazioni” riguardanti l'istituto dell'affidamento delle urne cinerarie sono state originate, a volte motivate, dalla constatazione del fatto che, nelle realtà concrete, sono presenti forme e modalità di “aggregazione” di tipo familiare o para-familiare, non sempre e necessariamente corredate da rapporti giuridici formalmente provabili, come è il caso delle convivenze *more uxorio*, oltretutto sempre maggiormente visibili nel nostro Paese.

L'evoluzione della società ha visto il crescere delle convivenze *more uxorio*, spesso con figli, tanto che, abbastanza recentemente, è stata emanata la L. 10 dicembre 2012, n. 219 (e atti normativi conseguenti).

Accanto alle convivenze *more uxorio* sono emerse nella società linee propositive volte ad un qualche riconoscimento di forme ulteriori di “aggregazione” di tipo familiare o para-familiare, tra cui il riconosci-

---

<sup>(1)</sup> Per lo meno nelle regioni in cui questa legge regionale sia attuata o attuabile (accanto alle situazioni, ormai poche, in cui non siano state emanate norme regionali, se necessarie, occorre ricordare, per la cremazione dei cadaveri, l'art. 2 L.R. Piemonte 31 ottobre 2007, n. 20 e succ. modif., nonché l'art. 2 L.R. Sicilia 17 agosto 2010, n. 18).

mento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, istituto già adottato in altri Stati dell'Unione europea, ma anche in Stati terzi.

Non si tratta di fenomeni particolarmente nuovi, se non per il fatto di avere assunto nel tempo una maggiore visibilità, per il cadere o l'attenuarsi di stigmi culturali, e sociali, un tempo maggiormente accentuati, cosa che ha favorito la tendenza a ricercare un qualche riconoscimento anche normativo.

Si tratta di aspetti carichi di fattori valoriali e culturali, che vedono comprensibilmente approcci differenti, che alcuni possono condividere, altri osteggiare, altri ancora affrontare con atteggiamenti intermedi, ma che richiedono di essere affrontati, qualora se ne presenti l'occasione nei termini dei principi sempre imprescindibili codificati all'art. 97, comma 1 Cost..

Il termine "familiari" ha richiesto, anche nel contesto del diritto dell'Unione europea specificazioni, proprio per il fatto che esso è abbondantemente impreciso, in particolare considerando le diverse strutturazioni delle leggi nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il concetto di "famiglia" più o meno allargata od allargabile <sup>(2)</sup>.

Di qui, l'importanza delle questioni che si vengono ad affrontare, anche sotto il profilo dell'affidamento delle urne cinerarie, evitando di dolersi dell'indeterminatezza dell'art. 3, comma 1, lett. e) L. 30 marzo 2001, n. 130, in quanto, alla fin fine, sostanzialmente necessitata.

## **2. Il caso di specie**

A seguito del decesso di una persona per cui è stato fatto ricorso alla cremazione, altra persona, avente la qualità sia di esecutore testamentario, sia di convivente – stabilmente, e da lungo tempo (25 anni) – con il defunto stesso, ha richiesto l'affidamento dell'urna cineraria, istanza che il Comune interessato ha ritenuto di non accogliere (ma la situazione specifica è stata un po' di più articolata), consentendo all'istante di avvalersi dei rimedi della giurisdizione.

La maggiore articolazione è individuabile nel fatto che l'istanza volta ad ottenere l'affidamento dell'urna cineraria non aveva trovato riscontri, né in senso positivo né in senso denegatorio, in un arco temporale (5 mesi) ben superiore ai termini per la conclusione del procedimento stabiliti dall'art. 2 L. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif., con ciò inducendo l'istante a citare (citazione, non ricorso) il Comune interessato e chiedendo al giudice ordinario, in composizione monocratica, di disporre per il richiesto affidamento dell'urna cineraria della persona defunta. A seguito dell'azione giudiziaria così avviata, il Comune procedeva, un po' tardivamente, alla comunicazione dei motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione all'affidamento dell'urna cineraria, ai sensi dell'art. 10-bis stessa L. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif., cui seguiva, dopo circa 3 mesi, provvedimento di diniego.

Il Comune interessato, costituitosi, sollevava in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione, argomentando come l'azione contro il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione dovesse essere fatto valere avanti al giudice amministrativo, nonché, esperito tale giudizio sul silenzio-inadempimento, spettasse pur sempre al giudice amministrativo la giurisdizione ritenendo che la situazione giuridica soggettiva dell'attore nei confronti del Comune avesse natura di interesse legittimo e non corrispondesse ad un diritto soggettivo.

Inoltre, il Comune, attraverso la propria avvocatura, contestava altresì la sussistenza di una legittimazione attiva dell'attore, sulla base del fatto che né l'art. 3 L. 30 marzo 2001, n. 130, né l'art. 49 L.R. (Veneto) 4 marzo 2010, n. 18 e succ. modif. "... non consentirebbero di ritenere che l'erede e/o il convivente rientrino nel novero dei soggetti aventi titolo per richiedere l'affidamento dell'urna cineraria".

## **3. La sentenza**

Il giudice adito, tralasciando qui aspetti procedurali, quali l'assegnazione dei termini di cui all'art. 183, comma 6 C.P.C., l'istanza di anticipazione dell'udienza ed altri non sostanziali (quanto meno per le questioni che maggiormente rilevano), decideva sulle diverse questioni, ed eccezioni, del caso (sentenza del Tribunale di Treviso, Sez. 1<sup>a</sup> civ., n. 2876/2014 del 15 dicembre 2014).

---

<sup>(2)</sup> Senza pretese di esaustività e solo per ragioni di esemplificazione, si potrebbe richiamare la definizione di "familiari" data dall'art. 2, paragrafo 1, n. 2) della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (Testo rilevante ai fini del SEE) (e dall'Italia attuata con il D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e succ. modif.), oppure l'art. 1, paragrafo 1, lett. j) Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (e succ. modif.) che rinvia alle singole legislazioni nazionali, segno di come la definizione di "familiare" sia, nei diversi Stati membri, tutt'altro che univoca.

#### **4. Il riparto di giurisdizione**

Avendo la questione sulla giurisdizione carattere pregiudiziale, questa è stata affrontata in via preliminare, questione che, come noto, è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, anche d'ufficio (per quanto, nel caso, eccipita dal Comune convenuto).

Oltretutto, nella fattispecie, la questione della giurisdizione è stata posta sotto due profili, quella avente ad oggetto il silenzio-inadempimento (inerzia) della pubblica amministrazione e quella avente riguardo al fatto se si vertesse di interessi legittimi oppure attorno a diritti soggettivi, dove quest'ultima appare di maggior peso in questa sede.

Il giudice considera come “... *la necessità di qualificare correttamente la posizione giuridica fatta valere dall'attore ... impone in primo luogo una valutazione inerente la natura dei poteri conferiti al Comune di ... 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. ...*, in ciò richiamando l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 120/2007 con cui è stato 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, ... principio condivisibile in via generale che è stato meglio enucleato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8 del 24 maggio 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*”<sup>(3)</sup>.

Questo approccio ha permesso al giudice di sottrarsi dall'affrontare l'altra questione di giurisdizione, avendo in tal modo affermata la sussistenza della propria giurisdizione. Per altro, non può omettersi dal considerare come l'eccezione, pregiudiziale, avente ad oggetto il rimedio contro il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione sia stata del tutto ignorata.

#### **5. La tematica dell'affidamento dell'urna cineraria, nel contesto**

All'interno di tale valutazione, è presa in considerazione la disciplina dapprima dell'art. 3 L. 30 marzo 2001, n. 130 e poi dell'art. 49 L.R. (Veneto) 4 marzo 2001, n. 18 e s.m.i. che pur specificando i soggetti legittimati alla richiesta di affidamento dell'urna cineraria e le modalità di consegna di quest'ultima, ritiene che tale disposizione attribuisca ai Comuni il compito di determinare le “*prescrizioni relative all'affidamento e alle caratteristiche delle urne cinerarie*”.

Ora, il richiamato art. 49 legge regionale, più che considerare i soggetti legittimati alla richiesta, considera i soggetti legittimati a ricevere la consegna dell'urna cineraria<sup>(4)</sup> parlando genericamente di “*aventi diritto*” (comma 2) in funzione di una “*conservazione in ambito privato*”.

Per altro la genericità della formulazione sugli “*aventi diritto*” viene in larga parte a doversi superare considerando la successiva previsione del comma 5 dello stesso art. 49 in cui si parla di “... *consegna dell'urna cineraria al coniuge o ad altro familiare avente diritto, all'esecutore testamentario o al rappresentante legale dell'associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statutari la cremazione dei cadaveri dei propri associati, ...*”, per cui si dovrebbe dedurre che siano costoro i possibili affidatari (aventi diritto). Mentre per la seconda parte il riferimento normativo da farsi sarebbe all'art. 3, comma 2, lett. e) della legge regionale, che ne dispone in termini di contenuto del regolamento comunale, per cui entrano in gioco le tematiche sulla competenza regolamentare comunale (consiglio comunale) e le questioni riguardanti l'entrata in efficacia dei regolamenti comunali in materia.

La deliberazione consiliare con cui il Comune ha stabilito prescrizioni relative all'affidamento delle urne cinerarie è valutata dal giudice quale “*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. .... 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*

---

<sup>(3)</sup> 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.

<sup>(4)</sup> Ben potendosi avere distinzione da richiedente ed affidatari e senza considerare, nella legge regionale, che la consegna, da parte dell'impianto di cremazione potrebbe vedere soggetti diversi dall'affidatario, sempre che ciò possa ritenersi ammissibile, dato che la legge regionale neppure considera l'ipotesi.

*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.*"

Dopo la formulazione di considerazioni attorno al fatto se la natura vincolata attribuita all'Amministrazione *"sia stabilita nell'interesse primario del privato o se il Comune agisca per la salvaguardia in via diretta dell'interesse generale, il giudice afferma come la ratio delle norme in questione sia, in via principale la tutela della salute pubblica e solo in via subordinata e secondaria la tutela dell'interesse privato,"* pervenendo di seguito a considerare come *"... altrettanto non può dirsi per la singola situazione giuridica soggettiva attinente all'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 ..., 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."*

Da ciò si trae la conclusione per la quale la posizione soggettiva del privato debba essere qualificata in termini di diritto soggettivo.

## **6. Sui requisiti degli affidatari**

La pronuncia prosegue quindi:

*"... 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 statuari la cremazione dei cadaveri dei propri associati."*

Nel caso, come già esposto, la persona istante ha argomentato la propria legittimazione con due argomenti:

a) da un lato con la qualità di erede unico testamentario;

b) dall'altro sul fattore del rapporto di stabile convivenza con il defunto, sostenendo che, *"anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e della normativa sovranazionale, il termine "familiare" ... dovesse essere interpretato estensivamente, ricomprendendo anche l'erede e/o il convivente more uxorio"*.

Quest'ultimo approccio (escluse le considerazioni sull'esecutore testamentario per il fatto che il testamento nulla disponeva in proposito), è stato ritenuto meritevole di *"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."*

In ciò considerando come *"... la locuzione "familiare" .... non si ritrova nella Costituzione e neppure nel Codice civile, i quali si riferiscono all'istituto della famiglia fondata sul matrimonio (...) o al diverso concetto di parentela tra due soggetti (...)"*, e – tra l'altro – rigettando l'impostazione del Comune convenuto che, con un ragionevole, quanto comprensibile, approccio sistematico, si riallacciava alle disposizioni dell'art. 3, comma 1, lett. b), n. 2 L. 30 marzo 2001, n. 130, rigetto che con acume ricorre all'argomentazione seguente:

*"... Deve però osservarsi che i parenti più prossimi, invero, vengono citati dalla legge (...) 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."*

## **7. La posizione dei "conviventi"**

Una volta esclusa la posizione dell'esecutore testamentario, nonché quella della parentela (e, prima, del coniugio), l'attenzione argomentativa si sposta sulla situazione di convivenza.

*"... 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. ..."*

Sulla base di questa premessa viene citata ampia evoluzione giurisprudenziale, via via sempre più aperturista sul concetto di famiglia <sup>(5)</sup>. E, inoltre: *"il rispetto della dignità e della personalità di ogni componente*

---

<sup>(5)</sup> Viene ricordata la sentenza della Corte Costituzionale n. 404 del 7 aprile 1988 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra l'altro, dell'art. 6, primo comma, della L. 27 luglio 1978, n. 392 (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*, ricordando, altresì, come conseguentemente la Corte di Cassazione (Sez. 2<sup>a</sup> civ., sent. n. 7214 del 21 marzo 2013; Sez. 2<sup>a</sup> civ. sent. n. 7 del 2 gennaio 2014), in riferimento alla *"possibilità per il convivente more uxorio di esperire l'azione di reintegra-*

del nucleo domestico, pertanto, 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. 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.” (6).

“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 ...

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.” (7).

---

zione del possesso ex art. 1168 cod. civ.”, abbia 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, si da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata e da legittimare la tutela possessoria, ricordando come: “ ... In particolare, la sentenza de quo sottolinea la rilevanza giuridica e la dignità umana del rapporto di convivenza, ai sensi dell’art. 2 Cost., riconoscendo che esso da 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 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. 2372542008, n. 12278782011, n. 15481/92013, 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).

(6) E ancora: 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 dimostrato dall’azione di reintegro nel possesso e di risarcimento nel 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, e 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. 299/2014).

(7) Dato il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 404 del 7 aprile 1988, pare opportuno ricordare come pressoché tutte (dato che spesso hanno fatto riferimento ad una deliberazione del Comitato per l’edilizia residenziale, C.E.R.), se non tutte, le legislazioni regionali in materia di edilizia residenziale pubblica presentino disposizioni in tal senso.

Ad esempio, per rimanere nell’ambito territoriale di riferimento, l’art. 2, comma 4 L.R. (Veneto) 2 aprile 1996, n. 10 e succ. modif., prevede: “ ... 4. Per nucleo familiare si intende la famiglia costituita dai coniugi ovvero da un genitore e dai figli legittimi, naturali, riconosciuti e adottivi e dagli affiliati con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo familiare il convivente more uxorio, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il concorrente abbia avuto inizio almeno due anni prima dalla data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge. Possono essere considerati conviventi anche persone non legate da vincoli di parentela o affinità, qualora la convivenza istituita abbia carattere di stabilità e sia finalizzata alla assistenza di persone presenti nel nucleo familiare stesso con le condizioni soggettive di cui al comma 1, lettera a), numeri 4 e 5 dell’ articolo 7. Tale ulteriore forma di convivenza deve, ai fini dell’ inclusione economica e normativa nel nucleo familiare, essere stata instaurata da almeno due anni precedenti alla data di pubblicazione del bando di concorso e risultare da certificazione anagrafica. ...”. E si vedano, per quanto pertinenti, anche i successivi artt. 12 e 13 della stessa legge regionale.

Altri riferimenti, sostanzialmente omogenei, si possono trovare (e senza pretese di esaustività, né di completezza) nella L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 6/2003 e succ. modif., nonché L.R. Friuli-Venezia Giulia 4 giugno 2009, n. 11, nella L.R. Puglia 7 aprile 2014, n. 10, nella L.R. Puglia 20 dicembre 1984, n. 54, nella 12 L.R. Liguria 29 giugno 2004, n. 10, nella L.P. Provincia autonoma di Bolzano 11 agosto 1997, n. 13, nella L.R. Basilicata 18 dicembre 2007, n. 24, nella L.R. Lombardia 4 dicembre 2009, n. 27, nella L.P. Provincia autonoma di Trento 7 novembre 2005, n. 15, nella L.R. Sicilia 3 novembre 1994, n. 43, nella L.R. Marche 16 dicembre 2005, n. 36, nella L.R. Molise 4 agosto 1998, n. 12, nella L.R. Lazio 6 agosto 1999, n. 12, nella L.R. Emilia-Romagna 14 marzo 1984, n. 12, nella L.R. Lazio 20 giugno 1987, n. 33, nella L.R. Sardegna 6 aprile 1989, n. 13, nella L.R. Pie-

## **8. La specificità della convivenza omosessuale**

Fin qui, sono state affrontate principalmente le questioni inerenti le convivenze *more uxorio* o, se lo si voglia, le c.d. "famiglie di fatto", giungendo ad un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata sull'argomentazione della valutazione da parte del giudice sulla sussistenza o meno di restrizioni, oltretutto di fonte legislativa, il che potrebbe essere, del tutto grossolanamente, ricondotto all'espressione per cui quanto non è vietato è permesso.

Peraltro, nel caso di specie, ogni riferimento alle convivenze *more uxorio* potrebbe essere in sé stesso debole, potendosi contro-argomentare come queste possano richiedere diversità di genere, con la conseguenza della necessità di affrontare anche la specificità della convivenza omosessuale (per la quale il giudice ricorre all'avverbio "brevemente", come a relegarla a risvolto bagatellare).

*"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<sup>(8)</sup> fra i coniugi ai sensi dell'art. 29 della Costituzione e degli artt. 143 e seguenti 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."*

## **9. L'affidamento dell'urna cineraria come "destinazione" eccezionale, oppure pari-ordinata?**

Dopo avere affrontato l'aspetto delle convivenze omosessuali, la sentenza affronta altro tema, sollevato dalla parte attorea e riguardante la natura dell'istituto dell'affidamento delle urne cinerarie, quale una delle possibili "destinazioni" delle ceneri derivanti dalla cremazione.

*"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."*

## **10. Incidenza (ed effetti) del giudicato sull'atto amministrativo, oppure accertamento di una posizione giuridica rilevante sotto il profilo del diritto soggettivo?**

Va segnalato inoltre come venga affrontato altresì il tema degli effetti della sentenza richiesta al giudice ordinario, rispetto alla pretesa (che pare, sempre essere stata attorea) di ottenere una dichiarazione di nullità, od un annullamento, dell'atto amministrativo, a contenuto denegatorio, adottato dal Comune.

*"Infine, deve osservarsi che l'interpretazione degli artt. 4 e 5 dell'Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248<sup>(9)</sup> 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 dell'illegittimità dell'atto, ritenendo di aderire alla tesi secondo cui la sentenza non debba con tenere nel dispositivo l'invalidazione del provvedimento amministrativo, la cui contrarietà all'ordinamento si desume dalla presente motivazione."*

---

monte 28 marzo 1995, n. 46, nella L.R. (Abruzzo) 25 ottobre 1996, n. 96, nella L.R. Toscana 20 dicembre 1996, n. 96, nella L.R. Campania 2 luglio 1997, n. 18 e, comprensibilmente, loro succ. modif..

<sup>(8)</sup> Cosa contraddetta dal numero degli Stati membri dell'Unione europea (nonché di Stati terzi) le cui legislazioni matrimoniali sono andate in altre direzioni, non senza ricordare, in via di prospettiva, come l'art. 81 (ex art. 65 T.C.E.), paragrafo 3 T.F.U.E., preveda: "... 3. In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. ... (omissis i periodi successivi)."

<sup>(9)</sup> Merita di essere ricordato come tale legge, per alcuni (per altro, pochi) aspetti tuttora vigente, fosse composta da una serie di "Allegati", ciascuno dei quali costituente, sotto il profilo sostanziale, un "testo unico" nella materia considerata.

Andrebbe aggiunta la considerazione per la quale, laddove la P.A. non provveda, magari anche ricorrendo all'istituto dell'auto-tutela, alla revoca, annullamento o alla riforma del provvedimento amministrativo, verrebbe in gioco la giurisdizione amministrativa (sempreché sussistano le condizioni, incluse quelle sui termini per introdurre l'azione, per avvalersene). Al contrario, il giudice ordinario è chiamato ad accertare la sussistenza di una posizione di diritto soggettivo e statuire in conseguenza di questo accertamento.

### **11. Le conclusioni**

*“Per tutti i motivi esposti, quindi, stante il rapporto di stabile convivenza tra l'attore e il defunto ..., 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.”*

### **12. Il dispositivo**

Il dispositivo della sentenza accerta il diritto di ... all'affidamento dell'urna cineraria di ..., custodita nel cimitero di ... e condanna il Comune alla consegna di tale urna (entro e non oltre 10 giorni dal deposito della sentenza; termine abbastanza poco rilevante), compensando, come visto, le spese.

### **13. Conclusioni**

Dal momento che nel sistema italiano una pronuncia giurisprudenziale, per quanto motivata e meditata, non incide sulle norme positive, spettando al legislatore lo stabilimento di queste ultime e considerandosi come la questione nel caso affrontata attenga al c.d. “ordinamento civile” concernendo l'esercizio di diritti personali, se non del tutto personalissimi, quali il titolo a disporre delle spoglie mortali (o, se si vuole, del corpo *post mortem*), va posta la questione di come affrontare situazioni simili, se non anche identiche, qualora ulteriormente si presentino.

Infatti, non si può evitare di ricordare come l'autorità amministrativa competente (competenza che ha due basi, tra loro concorrenti, quella funzionale e quella territoriale) all'adozione di provvedimenti autorizzatori sia carente di legittimazione ad una valutazione nel merito, meno ancora ad operare interventi aventi carattere interpretativo delle norme positive, in quanto quest'ultima attiene alla giurisdizione, che spetta all'autorità giudiziaria (art. 2907 C.C.), anche alla luce dell'art. 24 Cost. che assicura a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Ora, essendo la titolarità a disporre del corpo *post mortem*, anche per quanto riguarda le pratiche funerarie (e quando ne consegua, magari anche nel tempo) sostanzialmente abbastanza ben definita dalle leggi, assumendo un'indubbia qualificazione di diritto soggettivo, in presenza di norma positiva ritenuta carente o imprecisa (o simili), non può che essere il giudice ordinario a poter accertare la sussistenza della situazione che sia reclamata e che presenti elementi che non possano essere apprezzati dall'autorità amministrativa.

Infatti, il giudice, a differenza dell'autorità amministrativa, non solo è chiamato all'interpretazione della legge, in funzioni dell'accertamento della sussistenza del diritto, ma altresì può ricorrere a mezzi di prova di cui non può avvalersi l'autorità amministrativa <sup>(10)</sup>.

Per altro, questa pronuncia, come altre (si cita, unicamente per la considerazione che si formulerà di seguito, il T.A.R. per la regione Toscana, Sez. 2<sup>^</sup>, n. 2583/2009 del 2 dicembre 20096, in materia di competenza, territoriale), sembra riproporre il tema del riparto della giurisdizione tra giudizio ordinario e amministrativo, ampiamente legata al *petitum*, cioè a quale sia l'oggetto dell'istanza d'introduzione del giudizio o, se si vuole, a quale sia, nella singola fattispecie, la materia della instauranda controversia.

Tra l'altro ed incidentalmente, nella testé citata pronuncia del T.A.R. per la regione Toscana, oggetto della controversia riguardava la competenza dell'autorità amministrativa, oltretutto unicamente sotto il profilo territoriale.

---

<sup>(10)</sup> Si pensi, a titolo di esempio, alla prova testimoniale avente ad oggetto la volontà espressa, magari in carenza di forme, dal defunto per una scelta o per altra. Si può richiamare a titolo esemplificativo la vicenda sfociata nella sentenza del T.A.R. per la regione Veneto, Sez. 1<sup>^</sup>, n. 884/2013 del 21 giugno 2013, dove per l'appunto il giudice (nella fattispecie, amministrativo stante la natura della questione sollevata) ha apprezzato prove testimoniali, che l'autorità amministrativa proprio non poteva prendere in considerazione.