Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare

Nota Direttore 07/07/2017, n. 510883

“Approfondimento su temi oggetto di quesiti e comunicazioni in materia funeraria in applicazione della LR 19/04 e successivi provvedimenti – Dichiarazione della manifestazione della volontà del defunto”

Ai Sindaci dei Comuni della Regione Emilia-Romagna

Alle Associazioni di Imprese di Onoranze Funebri

Ai Direttori dei Dipartimenti di Sanità Pubblica delle Aziende USL della Regione Emilia-Romagna

A seguito dei quesiti pervenuti in materia funeraria relativi all'applicazione della L.R. 19/04 e delle successive disposizioni e per fornire una linea interpretativa che tenda ad attualizzare i contenuti delle direttive regionali rispetto anche all'evoluzione interpretativa giurisprudenziale formatasi negli ultimi anni, si riportano di seguito le considerazioni svolte, anche al fine di rendere omogenea e coerente l'azione amministrativa.

In particolare, si è voluto affrontare, in collaborazione con il Servizio Affari Legislativi della Regione, un tema molto delicato riguardante le modalità con le quali gli aventi diritto possono presentare la dichiarazione relativa alla volontà del defunto in materia di autorizzazione alla cremazione, dispersione delle ceneri e affidamento personale delle ceneri.

a) Inquadramento normativo

Per affrontare la questione occorre innanzitutto effettuare una ricostruzione circa il quadro normativo di riferimento per la materia in analisi.

Il vecchio regolamento di polizia mortuaria (D.P.R. 803/1975) contemplava un iter molto rigido per la cremazione: l'autorizzazione poteva avvenire solo su presentazione di un documento da cui emergesse chiaramente ed in modo incontrovertibile l'opzione del *de cuius* per questa destinazione del proprio corpo dopo la morte.

Tale regime autorizzatorio è stato profondamente novellato dal D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (approvazione del regolamento di polizia mortuaria), attualmente in vigore.

Il D.P.R. n. 285, all'articolo 79, commi 1, 2 e 3, stabilisce che:

- “1. La cremazione di ciascun cadavere deve essere autorizzata dal sindaco sulla base della volontà testamentaria espressa in tal senso dal defunto. In mancanza di disposizione testamentaria, la volontà deve essere manifestata dal coniuge e, in difetto, dal parente più prossimo individuato secondo gli articoli 74 e seguenti del codice civile e, nel caso di concorrenza di più parenti nello stesso grado, da tutti gli stessi.*
- 2. La volontà del coniuge o dei parenti deve risultare da atto scritto con sottoscrizione autenticata da notaio o dai pubblici ufficiali abilitati ai sensi dell'art. 20 della legge 4 gennaio 1968, n. 15.*
- 3. Per coloro i quali, al momento della morte, risultino iscritti ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati, è sufficiente la presentazione di una dichiarazione in carta libera scritta e datata, sottoscritta dall'associato di proprio pugno o, se questi non sia in grado di scrivere, confermata da due testimoni, dalla quale chiaramente risulti la volontà di essere cremato. La dichiarazione deve essere convalidata dal presidente dell'associazione”.*

Successivamente, la legge n. 130 del 2001 (Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri), all'art. 3, ha previsto modifiche al regolamento di polizia mortuaria.

Secondo una prima interpretazione, a cui si era attenuta anche la direttiva regionale n. 10 del 2005, le parziali innovazioni al D.P.R. n. 285 del 1990, non venivano considerate operanti per effetto della mancata emanazione del regolamento statale previsto al comma 1 dell'art. 3.

Diversa interpretazione è stata fornita dal Consiglio di Stato, Sez. I, n. 2957/2003 del 29 ottobre 2003, secondo il quale *“non è sostenibile che [...], la mancata emanazione del regolamento privi la legge di qualsiasi efficacia, specialmente in ordine alla normativa preesistente di rango secondario”*.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ha stabilito che *“mentre la disciplina della dispersione delle ceneri deve ritenersi incompleta, richiedendo la definizione di molteplici aspetti applicativi, altrettanto non può dirsi per l'affidamento ai familiari dell'urna cineraria, compiutamente regolata dalla lett. e) del comma 1 del citato art. 3 della legge n. 130/2001, attraverso la previsione dell'obbligo di sigillare l'urna e di consentire l'identificazione dei dati anagrafici del defunto.”*

A complicare il quadro interpretativo, è intervenuta la circolare del Ministero dell'Interno n. 37/2004 del 1/9/2004, avente ad oggetto *“Art. 79 del D.P.R. 285/90 – Manifestazione di volontà per la cremazione di una salma. Applicabilità delle norme del D.P.R. 445/2000”*.

La circolare interviene sulla possibilità di autocertificazione di volontà per la cremazione, specificando che, ove vi sia l'espressione da parte dei familiari non di una volontà propria, ma di una volontà espressa in vita dal *de cuius*, è doveroso fare riferimento per le modalità di sottoscrizione al comma 3 dell'art. 38 del D.P.R. n. 445 del 2000, che prevalgono anche su quelle di cui all'art. 21, comma 2, del medesimo D.P.R. ⁽¹⁾.

Per quanto di interesse, di seguito si segnalano le norme *“self executing”* desumibili dall'art. 3 della legge statale n. 130 del 2001:

- la lett. b) del comma 1, stabilisce che *“l'autorizzazione alla cremazione è concessa nel rispetto della volontà espressa dal defunto o dai suoi familiari”* e poi indica le modalità di espressione di tale volontà consentite: disposizione testamentaria del defunto ovvero iscrizione ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini statuari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati ovvero ancora, in assenza delle predette condizioni, *“la volontà del coniuge o, in difetto, del parente più prossimo individuato ai sensi degli articoli 74, 75, 76 e 77 del codice civile e, in caso di concorrenza di più parenti dello stesso grado, della maggioranza assoluta di essi, manifestata all'ufficiale dello stato civile del comune di decesso o di residenza”*;
- la lett. e) del comma 1, sull'affidamento ai familiari dell'urna cineraria, prevede l'obbligo di sigillare l'urna e di consentire l'identificazione dei dati anagrafici del defunto;

Le disposizioni riguardanti la dispersione delle ceneri, contenute alle lett. c) e d) del comma 1, invece, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, riportano una disciplina incompleta, stante la necessità della definizione di molteplici aspetti applicativi (mai intervenuta a livello statale).

Nel complesso quadro normativo statale, si inserisce la disciplina regionale contenuta nella legge regionale n. 19 del 2004 (Disciplina in materia funeraria e di polizia mortuaria) ⁽²⁾, la quale, all'articolo 11 si occupa di cremazione.

Innanzitutto, il primo comma riguarda l'autorizzazione alla cremazione. La legge regionale fa un rinvio alla disciplina statale *“[...] anche relativamente alle forme di manifestazione della volontà espressa dal defunto o dai suoi familiari.”*

La scelta regionale appare corretta, anche alla luce del fatto che questi aspetti attengono precipuamente alla sfera di competenza esclusiva statale relativa all'ordinamento civile.

Per quanto riguarda, invece, la dispersione delle ceneri, di cui al comma 2 dell'art. 11, fatto salvo il richiamo al soggetto individuato dalla normativa statale per rilasciare la relativa autorizzazione, si osserva che la Regione disciplina tale ipotesi discostandosi dal tenore letterale della norma statale, prevedendo che tale pratica possa avvenire solo nel caso in cui *“vi sia volontà espressa del defunto”* (la norma statale invece parla genericamente di *“rispetto della volontà del defunto”*).

⁽¹⁾ Si ricorda a questo proposito, che la direttiva regionale n. 10 del 2005, nell'applicare l'art. 11 della legge regionale n. 19 del 2004, non ha richiamato l'interpretazione data dal Ministero dell'Interno sull'applicabilità delle norme del D.P.R. n. 445 del 2000 alle manifestazioni di volontà per la cremazione di una salma.

⁽²⁾ La disciplina della cremazione coinvolge una pluralità di aspetti, quali, in particolare: la scelta di tale pratica (e quindi, di conseguenza, le forme di volontà per accedervi), le condizioni di accesso, le competenze al rilascio dell'autorizzazione, le operazioni di cremazione e le specifiche destinazioni delle urne (conservazione o dispersione delle ceneri). È evidente che questa pluralità di aspetti attengono sia a profili igienico-sanitari e alla tutela della salute, materie di competenza legislativa regionale, sia a profili attinenti all'ordinamento civile e al diritto penale, rientranti nella sfera della potestà legislativa esclusiva statale.

La previsione regionale, che sottende ad un'espressione di volontà "rafforzata" da parte del *de cuius*, non appare lesiva delle prerogative legislative statali, ma sembra al contrario sottolineare la tutela della volontà del defunto, nel rispetto delle norme penali previste per la dispersione delle ceneri contro la manifestazione di volontà del defunto (art. 411 C.P.).

Ne è la riprova quanto specificato nella direttiva regionale approvata con DGR n. 10 del 2005, dove alla lettera b) ci si occupa della dispersione delle ceneri.

Il comma 2 del richiamato art. 11 regola anche le modalità di dispersione delle ceneri, che *"può avvenire unicamente in aree a ciò destinate all'interno dei cimiteri o in natura o in aree private; la dispersione in aree private deve avvenire all'aperto e con il consenso dei proprietari e non può comunque dare luogo ad attività aventi fini di lucro; la dispersione delle ceneri è in ogni caso vietata nei centri abitati; la dispersione in mare, nei laghi e nei fiumi è consentita nei tratti liberi da manufatti. La dispersione delle ceneri è eseguita dal coniuge o da altro familiare avente diritto, dall'esecutore testamentario o dal rappresentante legale di associazione riconosciuta che abbia tra i propri fini statuari quello della cremazione dei cadaveri degli iscritti cui il defunto risultava iscritto o, in mancanza, dal personale appositamente autorizzato del Comune o delle imprese che esercitano l'attività funebre di cui all'articolo 13."*

Rispetto a questi specifici aspetti, per i quali la legge statale risulta non completa, la Regione legittimamente interviene utilizzando la propria potestà legislativa in materia.

Per quanto riguarda poi la conservazione dell'urna, la specifica disciplina regionale è conforme ai principi contenuti alla lettera e) del comma 1 dell'art. 3 della L. 130 del 2001.

b) Natura della manifestazione della volontà

Entrando nel merito della questione, al fine di individuare le corrette forme con le quali manifestare la volontà della cremazione, il dubbio fondamentale da sciogliere è quello di individuare la natura della dichiarazione in base alla quale viene concessa l'autorizzazione alla cremazione, dispersione delle ceneri e affidamento personale delle ceneri, che in estrema sintesi può essere:

- a) esercizio di un diritto non patrimoniale, di disposizione del cadavere in termini di "pietas" riconosciuto al coniuge e ai parenti di cui agli artt. 74-77 del c.c.;
- b) rappresentazione di una volontà del defunto.

Da questa ricostruzione discende, rispettivamente, che:

- a) ai famigliari è riconosciuta la possibilità di esprimere una volontà propria;
- b) i famigliari non esprimono una volontà propria ma semplicemente effettuano una dichiarazione di conoscenza, "riportando" la volontà espressa in vita dal defunto.

Sulla questione la giurisprudenza non fornisce soluzioni univoche.

Secondo parte della giurisprudenza emerge la tesi secondo la quale la scelta della forma di sepoltura attiene all'esercizio di un diritto che riguarda i familiari, potere afferente a fattori di *pietas* e alla sfera degli affetti.

Emblematica appare, sotto questo profilo, la decisione del Trib. Roma Sez. VIII, Sent. 23/02/2012, secondo la quale: *"[...] la dichiarazione di volontà del coniuge non è una semplice dichiarazione di conoscenza di una delle volontà espressa in vita dal defunto, né un atto notorio, giacché esprime un diritto proprio del dichiarante di natura non patrimoniale⁽³⁾ produttivo di determinati effetti giuridici, atteggiandosi come manifestazione di volontà direttamente riferibile al dichiarante e come tale non suscettibile di dichiarazione sostitutiva. In tal senso la dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio resa da F.L. il 3/10/09 con sottoscrizione accompagnata da fotocopia del documento d'identità, e quindi nelle forme previste dall'art. 38 comma terzo e art. 47 del D.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000, facendo esplicito riferimento alla manifestazione di desiderio di essere cremato che avrebbe espresso in vita T.C., è inidonea a fondare il provvedimento amministrativo di autorizzazione alla cremazione [...], perché la volontà del defunto non è uno stato, né una qualità personale, e neppure un fatto, suscettibile di dichiarazione sostitutiva, e perché l'art. 79 del D.P.R. n. 285 del 1990 richiede che, in mancanza di testamento donde desumere la volontà del defunto, la cremazione dipenda dalla decisione degli stretti familiari, a*

⁽³⁾ Vedi anche Trib. Temi, 28/02/2011 *"[...] il diritto del familiare di disposizione del cadavere altrui (che costituisce una cosa extra commercium) non integra un diritto personalissimo ma, esclusivamente, un diritto privato non patrimoniale, desumibile dalla consuetudine, che spetta ai congiunti del defunto in ragione del sentimento di pietà che li lega allo stesso (cfr. Trib. Torino, 16 ottobre 1995)[...]"*.

tanto abilitati, che esprimano una volontà propria. Ancora nella successiva dichiarazione [...] F.L. continua a non esprimere una volontà propria, bensì si fa testimone di un desiderio che avrebbe espresso in vita il defunto, nelle forme della dichiarazione sostitutiva di atto notorio di cui all'art. 21 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, senza coerenza con il Regolamento di Polizia Mortuaria che all'art. 79 richiede, in caso di volontà del defunto non desumibile da disposizioni testamentarie, una manifestazione di volontà direttamente riferibile al coniuge dichiarante e come tale non suscettibile di dichiarazione sostitutiva.”.

Posto che il Tribunale di Roma non richiama espressamente l'art. 3 della L. 130 del 2001, si osserva che anche secondo questa più recente disciplina, la lettera b) del comma 1 del citato articolo stabilisce che *“l'autorizzazione alla cremazione è concessa nel rispetto della volontà espressa dal defunto o dai suoi familiari”.*

La stessa lettera b) al punto 3) prevede che in mancanza di disposizione testamentaria o altra espressione di volontà da parte del defunto, l'autorizzazione alla cremazione venga concessa sulla base della manifestazione di volontà del coniuge, o in difetto, del parente più prossimo individuato ai sensi degli articoli 74-77 del C.C., e, in caso di concorrenza, di più parenti dello stesso grado, della maggioranza assoluta di essi, manifestata all'ufficiale dello stato civile del comune del decesso o di residenza.

La valenza di un riconoscimento proprio dell'autonoma dichiarazione dei familiari, sembrerebbe confermata anche con l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 7-bis D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 2001, n. 26. Infatti, questa legge, ha disposto che l'inumazione, l'esumazione ordinaria e la cremazione, siano gratuite unicamente in tre ipotesi; due che vengono a collocarsi all'interno della casistica individuata dalla Legge 8 novembre 2000, n. 328 (indigenza od appartenenza a famiglia bisognosa) e l'ultima concernente una situazione di disinteresse da parte dei familiari. In questa prospettiva, i familiari sembrano assumere una posizione giuridica tale da essere considerati titolari di un “onere di sepoltura” del congiunto defunto.

Secondo altra tesi, il principio fondamentale è l'assoluto rispetto della volontà del defunto.

A tale proposito, si ricorda il T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, Sent. 21/12/2015, n. 1746, secondo il quale : *“[...] centrale, rispetto al procedimento che porta all'autorizzazione alla cremazione, è l'accertamento della volontà del defunto, che non è mai sostituita da quella dei congiunti: questi intervengono nel solo caso in cui non vi sia alcuna disposizione del primo, ma “non esprimono un personale atto di volontà, ma si fanno in ogni caso portatori del desiderio del defunto in merito alla cremazione della propria salma”, per ricostruire la volontà del quale si può fare ricorso anche a “dichiarazioni testimoniali rese da familiari e conoscenti ... dalle quali è possibile trarre univocamente e concordemente” la volontà della persona deceduta (così TAR Veneto, I, 21 giugno 2013, n. 884).”.*

La questione è particolarmente delicata in quanto vi potrebbe essere l'interesse da parte dei familiari a contrastare la volontà del *de cuius*, laddove questa comporti particolari oneri (ad es. se avesse scelto la tumulazione in cimitero) per sostituirla con modalità meno onerose (quali appunto l'affidamento familiare dell'urna o la dispersione).

Pertanto, la dichiarazione da rendere, da parte degli aventi titolo, deve riportare la usuale specificazione per rendere edotti delle conseguenze di dichiarazioni mendaci o forzate.

Secondo infine, una ulteriore tesi, che sembra essere la più condivisibile, sposata anche dal T.A.R. Lazio Roma Sez. Il bis, Sent. 04/04/2013, n. 3407, solo in mancanza della disposizione testamentaria, o di qualsiasi altra espressione di volontà del defunto, possa valere *“la volontà del coniuge o, in difetto, del parente più prossimo individuato ai sensi degli articoli 74, 75, 76 e 77 del codice civile e, in caso di concorrenza di più parenti dello stesso grado, della maggioranza assoluta di essi, manifestata all'ufficiale dello stato civile del comune di decesso o di residenza (art. 3, comma 1, n. 3, L. n. 130 del 2001)”.*

Di questo orientamento, si veda anche il Trib. Reggio Emilia, Ord. 12/09/2013, secondo il quale: *“[...] che lo ius eligendi sepulchrum [...] spetta, innanzitutto, alla stessa persona e, solo in mancanza di una disposizione del defunto, deve essere riconosciuto ai suoi parenti più vicini per vincolo di sangue, e particolarmente a quelli che facevano parte dell'organico nucleo familiare strettamente inteso cui apparteneva il defunto al momento della morte.”.*

Il diritto dei congiunti di provvedere alla destinazione della salma autonomamente, opererebbe, quindi, solo in via sussidiaria, quando non risulti la volontà del defunto (e al riguardo prevale lo *ius coniugii* sullo *ius sanguinis*, e quest'ultimo sullo *ius successionis*; cfr. Cass., 1527/1978). Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. 1214312006), poi, la volontà del *de cuius* può essere manifestata in qualsiasi forma.

c) Forme di manifestazione della volontà

Per quanto riguarda le forme di manifestazione di volontà, il problema si pone in particolar modo con riguardo alla dispersione delle ceneri.

In questo ambito può esserci di aiuto la decisione del T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, Sent. 05/02/2014, n. 100, il quale in merito *“condivide la censura di carattere sostanziale dedotta dai ricorrenti, secondo i quali non esisterebbe alcuna norma vigente che subordini la dispersione delle ceneri del defunto alla presentazione di una dichiarazione di volontà manifestata per iscritto da parte del defunto.*

“Pertanto tale disposizione nulla precisa in ordine alle modalità formali di espressione e di dimostrazione della scelta del de cuius in ordine alla dispersione delle proprie ceneri. dal che consegue – -se non altro in base ai fondamentali principi civilistici di “libertà di forma negoziale” e di “salvaguardia della volontà del de cuius” – che deve considerarsi valida anche una volontà verbalmente espressa ai propri familiari e da questi “attestata” con propria dichiarazione conforme, come nel caso di specie.”.

d) Conclusioni

Tornando alle ipotesi prospettate in precedenza, si può sostenere in sintesi quanto segue:

- in tutti i casi in cui non sia desumibile in alcun modo la volontà del defunto, il coniuge e i parenti previsti dalla disciplina statale, potranno manifestare la propria volontà autonomamente, come previsto all'art. 79, comma 2 del D.P.R. n. 285 del 1990. Tale manifestazione dovrà risultare da atto scritto, con sottoscrizione autenticata;
- nei casi in cui i parenti rappresentino una volontà del defunto, ci si riferisce alle norme in materia di documentazione amministrativa, e quindi a quanto indicato nella circolare ministeriale n. 37 del 2004. Infatti, la circolare stessa dà un'interpretazione della norma statale secondo la quale *“poiché il coniuge o i parenti del de cuius non esprimono in concreto un atto di volontà propria, ma riferiscono semplicemente un desiderio del defunto in merito alla cremazione della salma – debba trovare applicazione il disposto dell'articolo 38, comma 3, del D.P.R. n. 445 del 2000”.*

Occorre quindi, che nella richiesta di autorizzazione presentata dai parenti sia possibile levare gli elementi per poter distinguere tra volontà rivelata dal *de cuius* (e solo riportata dai familiari) e volontà degli aventi titolo che, nel silenzio postumo del defunto, si sostituisce all'intimo volere di quest'ultimo. Questo perché, come si è cercato di argomentare sopra, la forma di dette dichiarazioni non è la medesima.

Infine, si coglie l'occasione per rispondere ad un tema oggetto di numerosi quesiti, relativo alle modalità di rilascio dell'autorizzazione alla dispersione delle ceneri. La questione è resa particolarmente complessa a causa dello “scostamento” della norma regionale da quella statale.

La materia, in questa Regione, è regolata dall'art. 11, co. 2, L.R. 19/04, ove è previsto che l'autorizzazione alla dispersione delle ceneri sia rilasciata a fronte della espressa volontà del defunto, mentre la norma statale parla genericamente di *“rispetto della volontà del defunto”*, Pertanto, stante l'attuale assetto normativo regionale, l'autorizzazione alla dispersione delle ceneri, va iscritta nel regime della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio del coniuge o dei familiari, con sottoscrizione accompagnata da fotocopia del documento di identità, in quanto ricade nel caso di cui alla seconda alinea delle “Conclusioni”.

La presente nota si iscrive nell'ambito degli approfondimenti di cui alla comunicazione PG/2016/144118 del 3 marzo 2016 e della determina dirigenziale n. 18104 del 15/11/2016 che completa il tema delle procedure per il trasporto salme, cadaveri e resti mortali.

I documenti citati sono allegati alla presente nota.

Cordiali saluti.

KYRIAKOULA PETROPULACOS