

- Federnotizie - <https://www.federnotizie.it> -

La scelta del luogo di sepoltura: modalità, forme e legittimazione

Scritto da *Ruben Israel* il 23 Settembre 2022 @ 8:30 Argomento: Approfondimento giuridico |

Il caso

Una recente ordinanza della Cassazione del 13 luglio 2022, n. 22180, intervenuta in una controversia relativa allo spostamento del luogo di sepoltura di una defunta, ha espresso alcuni principi che possono tornare utili nella redazione di testamenti o, comunque, nell'ambito di una consulenza coinvolgente situazioni rilevanti *post mortem*.

La decisione della Cassazione è una buona occasione per fare il punto su quali siano i poteri, ma anche a chi spettino, in relazione alla scelta del luogo da destinare alla sepoltura. Essa ha infatti chiarito quale sia il rapporto, nella scelta del luogo di sepoltura, tra la volontà del defunto e quella dei prossimi congiunti, spiegando inoltre come e con quali strumenti giuridici il defunto possa veicolare tale volontà *post mortem*. Esulano invece dalla presente trattazione le pure interessanti problematiche che riguardano, se così si può dire, la consistenza e la natura del diritto al sepolcro: per la relativa analisi si segnala una recente contributo del Consiglio di Stato nel campo, quindi, della giustizia amministrativa^[1] con tutte le commistioni, che coinvolgono l'oggetto del diritto, a cavallo tra la sfera del diritto amministrativo e del diritto privato. Esulano dal presente contributo anche le questioni che si agitano, sempre con riferimento all'oggetto, tra le due diverse nature, pubblicistica e privatistica, del diritto al sepolcro^[2]. Ci si limiterà, quindi, a trattare la questione relativa alla facoltà di scelta e alle modalità per esprimerla, spettante a ogni persona fisica, circa il luogo della propria sepoltura. Si parla al riguardo dello *ius eligendi sepulchrum* o anche di *electio sepulchri*.

La soluzione della Corte sull'ordine dei legittimati alla scelta, sulle forme della stessa e il possibile ricorso al mandato *post mortem*

La Corte, confermando la decisione di appello e richiamando una sua precedente decisione ha chiarito la natura residuale della scelta postuma dei congiunti, dal momento che solo "in mancanza di una disposizione testamentaria, che rendesse evidente la volontà della defunta, il

luogo della sepoltura avrebbe dovuto essere individuato tenendo presenti le richieste avanzate dai coniungi, prescelti fra quelli a lei più strettamente legati da vincoli, comparando – e dando prevalenza – allo *ius coniugii* rispetto allo *ius sanguinis*^[3]. La Corte, inoltre, si occupa di chiarire le possibili modalità, alternative al testamento, per veicolare tale scelta: essa ha stabilito che, laddove manchi l'indicazione testamentaria, la volontà del defunto (c.d. *electio sepulchri*) può essere espressa, senza rigore di forma, attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi coniungi^[3] e l'esistenza ed il contenuto di un simile mandato costituisce questione di fatto, rimessa al giudice di merito, insindacabile se congruamente motivata^[4]. Il punto è molto interessante in quanto, secondo la Corte, il mandato *post mortem*, qui certamente ammissibile^[5], non avendo ad oggetto diritti da veicolare necessariamente attraverso il testamento^[6], potrebbe rivestire anche forma non scritta^[7]. Tuttavia, il suggerimento di chi scrive è quello – laddove la volontà non sia espressa in un testamento – di (far) rivestire, comunque, di forma scritta, anche non autenticata, un mandato di tal genere, avendo ad oggetto questioni non patrimoniali di gran rilevanza per chi intende conferire l'incarico e in sostanza per chi intende indicare il luogo dove le proprie spoglie possano riposare in eterno. In diverse decisioni, infatti, il *thema decidendum* si appuntava proprio sulla necessità di ricostruire chiaramente la volontà del defunto, per testi o per presunzioni, non essendo stata espressa in forma univoca e quindi scritta.

Il pensiero della Corte è coerente con sue precedenti decisioni, cui essa stessa fa riferimento. Già la Corte aveva infatti chiarito che “le spoglie mortali possono costituire oggetto di disposizione da parte del *de cuius* in ordine alla loro destinazione e tale diritto rientra tra quelli per loro natura assoluti ed intrasmissibili”, mentre “il diritto dei coniungi di provvedere alla destinazione della salma opera solo in via sussidiaria, quando non risulti la volontà del defunto, con prevalenza dello *ius coniugii* sullo *ius sanguinis* e di questo sullo *ius successionis*”^[8]. Lo *ius eligendi sepulchrum* rientra nella categoria dei diritti della personalità e, come tale, non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*; ove, tuttavia, la *electio* non sia stata esercitata dal defunto durante la sua vita, la scelta del luogo di sepoltura può essere fatta dai prossimi coniungi, senza alcun rigore di forme^[9].

In sostanza, ha chiarito la Corte che la scelta del luogo di sepoltura compete in primo luogo al *de cuius* e tale diritto, preminente su quello di analogo contenuto spettante *iure proprio* ai coniungi più prossimi, rientra – quali atti di disposizione del proprio corpo, disciplinati dall'art. 5 C.C., e comunque secondo una radicata consuetudine – tra i diritti della personalità, per loro natura assoluti e intrasmissibili. Il predetto *ius eligendi sepulchrum*, mentre non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*, cosicché non può ad esso applicarsi la disciplina successoria (né legale né testamentaria), può dare vita ad un mandato *post mortem exequendum* e in tal caso il mandatario che dà esecuzione all'incarico ricevuto esercita l'*electio sepulchri* del *de cuius*^[10].

Conclusioni anche in relazione al ruolo del convivente di fatto

Tirando le fila alla luce delle considerazioni del Supremo Collegio e volendo fornire un ordine dei mezzi con cui formalizzare tale volontà, si può concludere che, secondo il pensiero della Corte e che risulta in piena sintonia ai principi tanto in materia testamentaria quanto con quelli sui diritti della personalità, al soggetto che vuole impartire disposizioni sul luogo della propria sepoltura,

rientrando queste nel più ampio *genus* dei diritti di disposizione della salma quali diritti personalissimi, compete un diritto esercitabile *inter vivos* con un mandato *post mortem exequendum*, oppure esercitabile attraverso una indicazione testamentaria che ne costituirà contenuto non patrimoniale. In subordine e, quindi, in mancanza di tali prescrizioni, la scelta si concentrerà *iure proprio*, in capo ai prossimi coniungi: nell'ordine e secondo le indicazioni riassunte alla nota 9, essa spetterà al coniuge, ai figli, ai genitori e ad altri parenti di sangue. Secondo alcuni, in via del tutto subordinata, essa potrebbe competere anche agli eredi. E', infine, da notare che la giurisprudenza[11] ha ampliato la cerchia dei soggetti legittimati alla scelta, svincolandola da un rapporto di coniugio o di parentela. Esso è stato infatti riconosciuto anche in capo al convivente *more uxorio* che, nella decisione citata in nota, è stato considerato financo prevalente rispetto a quello spettante ai coniungi. Per concludere questa disamina in un'ottica evolutiva[12], in sintonia con i principi costituzionali che emergono dagli artt. 2 e 3 della Carta, ed ora anche dalla Legge 20 maggio 2016, n. 76[13], la giurisprudenza ha dato grande risalto al ruolo del convivente: sulla scorta di tale normativa egli ha infatti facoltà di designare l'altro quale rappresentante con poteri pieni o limitati, oltre che in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere per le decisioni in materia di salute anche, per il caso di morte, per le decisioni che riguardano la donazione di organi, il trattamento delle spoglie e le celebrazioni funerarie[14]. Si tratta, quindi, di un mandato *post mortem* o l'oggetto di una disposizione testamentaria non patrimoniale che, quando investono il convivente, assumono un rilievo meritevole di ancora maggior tutela. Si tratta di interpretazione coerente con l'evoluzione normativa che valorizza, anche a scapito di quello dei coniungi, il ruolo dei soggetti che sono stati legati al defunto da un rapporto stabile per quanto solo di fatto.

Note

[1] Ci si riferisce a Cons. Stato – Sez. I, Parere 15 febbraio 2021, n. 194 e al relativo commento di R. Giovannelli, *I modi di trasmissione del diritto al sepolcro*, in *Il Dir. Amm.*, luglio 2022, che tratta a fondo le questioni che si agitano intorno alla natura giuridica ibrida di tale diritto, attualmente reperibile a questo URL <https://www.ildirittoamministrativo.it/modi-di-trasmissione-del-diritto-al-sepolcro-Remo-Giovanelli/gamm776>. In particolare viene chiarito come per diritto al sepolcro si intende quel "complesso di situazioni giuridiche corrispondenti a distinti ed autonomi diritti" specificando che il diritto primario di sepolcro scaturisce da un provvedimento concessorio di un'autorità amministrativa che rilascia ad un privato "un'area di terreno o di porzione di edificio in un cimitero pubblico di carattere demaniale" e che, una volta conseguito il diritto primario di sepolcro, il concessionario acquisisce un diritto soggettivo perfetto di natura reale trasmissibile *inter vivos* o *mortis causa*, da cui scaturisce la possibilità di essere seppellito (c.d. *ius sepulchri*) o quella di seppellire qualcun altro (c.d. *ius inferendi mortuum in sepulchro*). Ciò premesso, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza il diritto di sepolcro è equiparabile e va trattato come un diritto di superficie: perciò, esso è opponibile *-iure privatorum- erga omnes*; tuttavia, qualora l'Amministrazione agisca *iure auctoritatis* ai fini della tutela degli interessi pubblici coinvolti, e la posizione del concessionario venga lesa, il suddetto diritto degrada ad interesse legittimo, come nel caso in cui venga determinata la revoca della suddetta concessione.

[2] Il riferimento è alla nota decisione della Cassazione, SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17122 che, tra le altre questioni affrontate, ha ribadito la fondamentale distinzione, quanto all'oggetto, tra diritto al sepolcro "ordinario" e "gentilizio". Secondo la Corte che richiama anche precedente giurisprudenza della stessa, nel sepolcro ereditario lo *ius sepulchri* si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos o mortis causa*, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, mentre nel sepolcro gentilizio o familiare – tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio – lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari del sepolcro stesso, acquistandosi dal singolo iure proprio sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, iure sanguinis e non iure successionalis, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o mortis causa, imprescrittabilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma da familiare in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa*.

[3] Una conferma legislativa dell'idoneità del mandato *post mortem* a regolare la sorte di diritti della personalità tra i quali rientra quello dei dati personali dopo il decesso dell'interessato, si trova oggi nell'art. 2 terdecies del c.d. codice della privacy, modificato dal D. Lgs. n. 101/2018. Il primo comma della norma prevede che: "I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione."

[4] La volontà del defunto è prevalente su quella degli altri soggetti e può quindi essere manifestata in qualsiasi forma e può risultare anche indirettamente, in base ad elementi indiziari presuntivi. In questo senso, Cass., 23 maggio 2006, n. 12143.

[5] Secondo Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Riv. not.*, 2007, 689 ss., con nota di G. Musolino, *Le disposizioni sulla sepoltura tra testamento e mandato post mortem*. Il contributo è significativo in quanto inquadra la questione nell'ambito della tematica più generale dei limiti all'ammissibilità del mandato *post mortem*.

[6] Quanto alla compatibilità sul versante successorio, il ricorso al mandato *post mortem*, ogni volta che viene utilizzato, pone la pregiudiziale questione di escludere che il contratto si ponga in contrasto con il principio generale e imperativo per cui la ricchezza si trasferisce *mortis causa* esclusivamente per testamento o per legge (art. 457, comma 1°, C.C.) senza cadere nel divieto dei patti successori, andando perciò incontro all'inevitabile sanzione della nullità (art. 458 C.C.). Diventa perciò cruciale, per l'interprete, verificare il contenuto esatto dell'incarico conferito al mandatario; e la verifica postulata dovrà escludere che il mandato sia stato utilizzato dal defunto per realizzare scopi prettamente dispositivi e attributivi di diritti, cioè, in sostanza, per far pervenire a terzi non contemplati in un testamento beni dell'asse ereditario.

[7] Anche la dottrina risulta allineata sulla non necessità di osservare un rigido formalismo. In questo senso, G. Bonilini, *Il diritto al sepolcro*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto delle*

successioni e donazioni, Vol. I, La successione ereditaria, Milano, 2009, 789 ss., 814-815. L'autore, da una parte, concorda per l'operatività anche per tali atti del principio di libertà delle forme, ma risulta peraltro più dubioso circa la possibilità di ammettere la loro prova con qualsiasi mezzo, compresa la prova testimoniale, visto il confine molto labile tra l'accertamento di un desiderio e quello di una volontà che possa ritenersi, *ex post*, giuridicamente rilevante.

[8] Sostanzialmente nello stesso senso già Cass., 4 aprile 1978, n.1527 e, più di recente, Cass., 14 novembre 2019, n.29548.

[9] E' dibattuto quale debba essere l'ordine preferenziale tra coniuge e parenti e, quindi, tra questi. E' infatti discusso se la decisione del coniuge prevalga su quella di figli e genitori del defunto, oppure se a prevalere sia lo *ius sanguinis*, o se, ancora, il coniuge e i parenti siano sullo stesso piano dovendo compiere congiuntamente la scelta. In assenza di volontà del coniuge vi è pure discussione sull'ordine dei parenti cui riconoscere il diritto di determinare il luogo della sepoltura. Pare prevalere la tesi per cui essa competa al parente più prossimo, indipendentemente dalla circostanza che questo soggetto sia allo stesso tempo erede del *de cuius* trattandosi di diritto che si acquista *iure proprio*. Se vi fossero più parenti nel medesimo grado, per l'esercizio del diritto si richiede che tutti manifestino la medesima volontà. Più volte, infatti, la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere liti tra figli e parenti in ordine alla destinazione delle spoglie dei genitori, chiarendo che è necessario il consenso di tutti i discendenti. Infine, secondo l'opinione prevalente, soltanto ove manchino parenti prossimi il diritto potrebbe essere riconosciuto, in via residuale, agli eredi. Il principio e la regola da seguire per individuare un ordine ai legittimati nella scelta è bene espresso da Cass., 12 maggio 1975, n. 1834, secondo cui in mancanza di una disposizione del defunto quando era in vita, il diritto di scelta del sepolcro deve essere riconosciuto ai parenti più vicini al defunto per vincoli di sangue o particolarmente a quelli che facevano parte dell'organico nucleo familiare strettamente inteso, cui apparteneva il defunto al momento della morte.

[10] In questo senso Cass. 13 marzo 1990, n.2034.

[11] Il Tribunale di Frosinone ha riconosciuto al convivente *more uxorio* il diritto di esercitare la scelta del luogo di sepoltura del defunto, ove sia dimostrata la stabilità e durevolezza del legame affettivo, equiparabile al rapporto coniugale, come manifestazione costituzionalmente riconosciuta dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. La decisione è molto significativa in quanto, accertata la stabilità della convivenza, il giudice ha riconosciuto come prevalente il diritto del convivente rispetto a quello dei familiari. Per una completa disamina del perimetro normativo in cui si muove la decisione cfr. E. Fernandes, *Ius eligendi sepulchrum e convivenza di fatto, nota a Trib. Frosinone n. 1057 del 21.08.2017*, in *Nuova Temi Ciociara*, 2018, 31 ss.

[12] Non è un caso che Il Tribunale, infatti, ha deciso di non optare per l'applicazione «di strette e ottuse gerarchie tra i soggetti che risultino legati al *de cuius*», ma ha affrontato la questione «tenendo conto dell'interesse dei vari soggetti coinvolti» tra i quali, appunto, un ruolo preminente è stato attribuito al convivente.

[13] Si tratta della c.d. Legge Cirinnà che porta la Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

[14] Il riferimento è a quanto stabilito dagli artt. 40 e 41 della citata Legge 20 maggio 2016, n. 76.

La scelta del luogo di sepoltura: modalità, forme e legittimazione

ultima modifica: 2022-09-23T08:30:07+02:00 da Ruben Israel

Vuoi ricevere una notifica ogni volta che Federnotizie pubblica un nuovo articolo?

Inserisci la tua e-mail... * Inserisci la tua e-mail... *

Iscriviti

Iscrivendomi, accetto la [Privacy Policy](#) di Federnotizie.

Attenzione: ti verrà inviata una e-mail di controllo per confermare la tua iscrizione. Verifica la tua Inbox (o la cartella Spam), grazie!

AUTORE

[Ruben Israel](#)

Ruben Israel è nato a Trieste ove si è laureato in giurisprudenza col massimo dei voti e lode. Dopo aver superato l'esame da avvocato presso la Corte d'Appello di Milano esercita l'attività di notaio con residenza nella stessa città dal 1999. È stato docente alla scuola di notariato della Lombardia produce contributi e partecipa come relatore a convegni in materie giuridiche collegate alla professione notarile.

Condividi:

[Facebook](#)

[Twitter](#)

[WhatsApp](#)

[LinkedIn](#)

Articolo pubblicato su Federnotizie: <https://www.federnotizie.it>

Indirizzo Web articolo: <https://www.federnotizie.it/la-scelta-del-luogo-di-sepoltura-modalita-forme-e-legittimazione/>

Copyright © 2020 Federnotizie. Tutti i diritti riservati.