

LA “SCELTA” DELLA CREMAZIONE IN STATO DI PANDEMIA

THE “CHOICE” OF CREMATION IN A PANDEMIC STATE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 86-95



Annalisa
COCCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Lo scritto analizza la questione della cremazione dei defunti in rapporto ad una fase emergenziale come quella causata dalla diffusione pandemica del virus COVID-19. Si delineano le norme applicabili sul territorio italiano per effetto degli interventi legislativi d'urgenza, considerando anche gli interessi personalistici in rilievo nel caso concreto e la tutela che l'ordinamento giuridico nazionale riserva ai medesimi.

PALABRAS CLAVE: Cremazione; pandemia; tutela della salute; solidarietà; diritti fondamentali.

ABSTRACT: *The paper analyses the issue of cremation in relation to the emergency caused by the pandemic spread of the COVID-19 virus. It outlines the applicable rules within the Italian territory due to urgent legislative measures, also considering the personal interests at stake in the specific case and the protection that the national juridical system reserves to them.*

KEY WORDS: *Cremation; pandemic; health protection; solidarity; fundamental rights.*

I. L'emergenza determinata dallo stato pandemico (dichiarato l'11 marzo 2020 dal direttore generale dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, www.who.int) insorto con la diffusione del virus "COVID-19" ha sovvertito l'ordine dei Paesi colpiti e, più in profondo, la vita delle persone che li abitano: paralizzate nella circolazione fisica e soggette a gravi limitazioni della libertà, in nome della salute pubblica, quella "della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo" (Cons. St., 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it). In ragione di un evento straordinario, nel quale sono confluiti il rischio che una malattia si diffondesse fra molteplici Nazioni e l'esigenza di una gestione coordinata del fenomeno patologico (secondo la definizione fornita dalle International Health Regulations, c.dd. IHR, spec. art. I, della c.d. PHEIC: Public Health Emergency of International Concern, dichiarata dall'OMS il 30 gennaio 2020), sono state formulate in Italia disposizioni normative incidenti su diritti anche fondamentali della persona, relative al movimento, al lavoro, alla *privacy* (cfr. NAPOLITANO, G.: "I pubblici poteri di fronte alla pandemia", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 145 ss.; LUCIANI, M.: "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza", in www.comparativecovidlaw.it; AZZARITI, G.: "Il diritto costituzionale d'eccezione", in www.constituzionalismo.it, I, 2020).

Risale al 31 gennaio 2020 la deliberazione dello stato di emergenza nazionale di durata semestrale, dovuta alla già evidente crisi internazionale per la presenza di agenti virali trasmissibili e alla ricorrenza di "eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiat[i] con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo" (presupposti indicati dagli artt. 7, comma I, lett. c, e 24, comma I, d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1, Codice della Protezione civile, per la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale).

In Europa e nel mondo intero, seppur con approcci differenti e strategie parzialmente autodeterminate, ciascun legislatore è intervenuto in un'ottica sinergica sul proprio territorio per predisporre un piano di reazione alla pandemia (cfr. "ELI Principles For The COVID-19 Crisis", in www.europeanlawinstitute.eu, secondo i quali "It is essential that the legal measures taken to address the hardship and other difficulties caused by COVID-19 take into account principles of solidarity

• **Annalisa Cocco**

Dottoranda di ricerca in Diritto privato, Università degli Studi del Molise. Correo electrónico: annalisacocco13@gmail.com

and fairness as well as the need for co-ordinated action between States at an international or EU level as appropriate"). Per quanto attiene al coordinamento dell'azione fra il legislatore italiano e quello europeo, l'art. 168 TFUE precisa che l'intervento dell'Unione europea si limita a "completare" le politiche nazionali in tema di sanità pubblica e prevenzione delle malattie; mentre l'art. 117, comma 1, lett. q, della Costituzione italiana affida alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni la tutela della salute, rimettendo a quella esclusiva dello Stato la materia della profilassi internazionale. Al contempo, l'art. 6 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, imputa alla competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffuse, nonché gli interventi contro le epidemie.

Nello scenario giuridico e sanitario delineatosi, dunque, ingerenze dello Stato nella sfera privata dei cittadini hanno assunto il carattere della legittimità, condizionando non soltanto le abitudini di vita, ma anche le scelte relative al momento della morte, propria e di eventuali congiunti i quali – spesso colpiti improvvisamente da un virus che ne abbia pregiudicato lo stato di coscienza (cfr. FEMIA, P.: "Sedazione palliativa profonda continua e soggettività morente", in *Annali Sisdic*, 2019, 3, pp. 93 ss.) – nulla avevano disposto in merito alla destinazione delle proprie spoglie mortali.

2. Ha destato risonanza e dolore, fra gli altri eventi occorsi, il trasporto con mezzi militari delle salme dei contagiati da una Regione a quelle limitrofe, a causa della saturazione dei cimiteri e dei forni crematori locali. La cremazione dei congiunti è apparsa, in molti casi, come una "scelta necessitata" dal sentimento di *pietas*; trasposizione di quel valore di solidarietà familiare e dell'*affectio* che lega eternamente i suoi componenti, in adesione ai quali si è preferito optare per la cremazione del cadavere e la richiesta di affidamento ovvero la dispersione delle ceneri, piuttosto che consentirne la tumulazione in una zona cimiteriale molto lontana dal luogo di residenza precludendo così il futuro esercizio di un fondamentale diritto, di natura personalissima e intrasmissibile, qual è il c.d. diritto secondario di sepolcro (CARRESI, F.: "Aspetti privatistici del sepolcro", in *Rivista di diritto civile*, 1970, I, pp. 270 ss.; SCARANO, G.: "Il c.d. «diritto al sepolcro»", in *Notariato*, 1996, pp. 355 ss.; CAGGIA, F.: "Il diritto al sepolcro e la comunione nel sepolcro familiare", in *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 73 ss.).

L'ordinamento giuridico italiano riconosce, invero, in modo sistematico e assiologico il c.d. diritto di sepolcro a tutti gli individui (PERLINGIERI, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rassegna di diritto civile*, 1982, pp. 434 ss.; PERLINGIERI, P.: "Sul diritto ad essere inumato nella cappella familiare", in

PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 577 ss.).

L'istituto viene declinato in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive che garantiscono, da un lato a ciascuno di scegliere autonomamente la modalità e il luogo della propria sepoltura (ad es. tramite tumulazione o inumazione, c.d. *ius eligendi sepulchrum*); dall'altro di pronunciarsi anche in merito a quella dei propri cari, esprimendo la volontà che siano seppelliti (c.d. *ius inferendi in sepulchrum*) in un sepolcro comune eventualmente fondato *ad hoc* (c.d. sepolcro gentilizio ovvero ereditario; cfr. MAZZACANE, E.: "Osservazioni sui sepolcri familiari", in *Diritto ecclesiastico*, 1952, pp. 89 ss.; MASCOLO, M.: "In tema di sepolcri familiari", *ivi*, 1967, pp. 94 ss.; PALMA, A.: "Sepolcro (dir. rom.)", in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990, pp. 1 ss.) oppure che siano cremati, nel rispetto delle condizioni imposte dalla l. 30 marzo 2001, n. 130, contenente disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri.

Nello stesso diritto, inoltre, si rinviene il titolo per apporre i nominativi su un monumento funebre (c.d. *ius nomini sepulchri*) ovvero presentare opposizione verso tutti quegli atti che precludano la facoltà di far visita o arrechino nocumento o disonore al corpo o alla dignità dei defunti (c.d. diritto secondario di sepolcro, v. JEMOLO, A.C.: "Fondamenti del diritto di sepolcro", in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, cc. 53 ss.; CORMIO, B.: "Diritto di scelta della sepoltura", *ivi*, 1958, cc. 1261 ss.). In ogni caso, al diritto dei congiunti di esprimersi sulla destinazione delle spoglie mortali altrui si attribuisce un carattere di mera sussidiarietà, ritenendo che trovi efficacia soltanto in assenza di una volontà individuale, comunque manifestata dal diretto interessato (WEIGMANN, R.: "Nota sul diritto di fissare il luogo di sepoltura", in *Giurisprudenza italiana*, 1992, c. 11 ss.; BONILINI, G.: "La soluzione del contrasto, tra prossimi congiunti, circa la destinazione dei resti mortali del *de cuius*", in *Famiglia persone e successioni*, 2009, pp. 582 ss.).

La cremazione del cadavere, invece, è concepita quale oggetto di un servizio pubblico garantito dallo Stato, a domanda individuale e di carattere oneroso (TAR Piemonte, 16 maggio 2018, n. 614; Cons. St., 2 aprile 2019, n. 2175), rispondente senza dubbio a bisogni esistenziali dell'individuo, ma implicante il simultaneo coinvolgimento di interessi connessi alla salute pubblica quale valore partecipe del bilanciamento operato dal legislatore italiano nella redazione della l. 30 marzo 2001, n. 130. La Repubblica italiana, infatti, tutela la salute non soltanto "come fondamentale diritto dell'individuo", ma anche quale "interesse della collettività" (art. 32 Cost.) che trova riconoscimento e protezione sia nell'ambito dell'Unione europea (art. 35 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) sia in quello della comunità internazionale (art. 12 Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali).

La pratica dell'ignizione, talvolta, può integrare il rito prescritto dalla religione osservata dal defunto, talaltra può soddisfare un'esigenza dettata dalla coscienza e corrispondere, quindi, all'esercizio di una fondamentale libertà di pensiero tutelata nella Costituzione italiana (artt. 2 e 19), nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 9) nonché nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 10). Nel disciplinare dettagliatamente l'attività della cremazione, tuttavia, il legislatore italiano ha attribuito un rilievo primario alla tutela della salute pubblica (BONILINI, G.: "Il diritto, sussidiario, dei famigliari in merito alla sepoltura del congiunto", in *Famiglia e diritto*, 2020, pp. 145 ss.) riconoscendo sí meritevolezza agli interessi privati, ma a condizioni rigidamente predeterminate.

3. In ossequio al quadro regolamentare vigente in uno stato di "non-emergenza" (composto dalla citata l. n. 130 del 2001; dal Regolamento di Polizia Mortuaria, promulgato con d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285; nonché dal Testo Unico delle leggi sanitarie, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, spec. art. 343), la cremazione può avvenire soltanto su autorizzazione del Sindaco del Comune di decesso, dopo aver acquisito un certificato del medico necroscopo dal quale risulti escluso il sospetto di reato, ovvero, in caso di morte improvvisa o sospetta, il "nulla osta" dell'autorità giudiziaria recante specifica indicazione che il cadavere possa essere cremato. È necessario, comunque, che ciò risponda alla volontà del defunto o dei suoi familiari, consentendo la legge che si proceda d'ufficio soltanto con salme inumate da almeno dieci anni, ovvero tumulate da almeno venti, rispetto alle quali si constati l'irreperibilità dei familiari (art. 3, lett. g, l. n. 130 del 2001).

Preferibilmente, si ricerca una volontà ascrivibile al defunto che deponga in tal senso, potendo questa rinvenirsi sia all'interno di un testamento (GIAMPICCOLO, G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, rist., Esi, Napoli, 2010, pp. 3 ss.; PERLINGIERI, G.: "La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento", in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 511 ss.; BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Esi, Napoli, 2018, pp. 50 ss.) sia in un atto *inter vivos* qualificabile come mandato contrattuale *post mortem exequendum* conferito dallo stesso ad un'associazione riconosciuta che abbia tra i fini statutari quello della cremazione dei cadaveri dei propri associati (BONILINI, G.: "Iscrizione a «società» di cremazione e mandato *post mortem*", in *Famiglia persone e successioni*, 2007, pp. 524 ss.; Cass. 29 aprile 2006 n. 10035, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, pp. 334 ss.). L'iscrizione a tale tipo di associazione, invero, se certificata dal legale rappresentante e non contraddetta da alcuna dichiarazione autografa del defunto riconducibile ad una data successiva, vale anche contro il parere eventualmente discordante dei familiari.

In mancanza di disposizione testamentaria o di qualsiasi altra manifestazione di volontà da parte dell'interessato, l'ufficiale dello stato civile può concedere ugualmente l'autorizzazione quando ciò sia voluto dal coniuge o dal parente più prossimo (individuato ai sensi degli artt. 74 ss. c.c.), posto che in caso di concorrenza di più parenti dello stesso grado decide la maggioranza assoluta dei medesimi.

3.1. Nel vigore di uno «stato di emergenza di rilievo nazionale» trovano applicazione, tuttavia, ulteriori disposizioni normative tese al bilanciamento degli interessi in gioco, non ascrivibili soltanto alle singole persone coinvolte nel lutto, ma riconducibili alla generalità dei consociati e, in particolare, alla sistematica tutela della loro salute. Il settore funebre è stato colpito – al pari di altri importanti rami della vita socio-economica del Paese – da un'improvvisa e anomala saturazione delle strutture, non predisposte alla ricezione subitanea e contestuale di un numero così elevato di salme.

Una circolare del Ministero della Salute, dell'8 aprile 2020 (in www.salute.gov.it), si è posta il precipuo intento di individuare procedure adeguate per il settore funebre, cimiteriale e della cremazione nella fase emergenziale determinata dall'epidemia di COVID-19, valide per l'intero territorio nazionale fino ad un mese dopo la cessazione dell'emergenza. Oggetto di esplicito richiamo applicativo sono le norme predisposte per il contrasto al rischio di contagio da malattie infettive, formulate con riguardo agli addetti ai servizi autoptici, necroscopici e di pompe funebri (c.dd. Linee guida per la prevenzione del rischio biologico, approvate dalla Conferenza Stato-Regioni il 9 novembre 2017, in www.regioni.it) nonché quelle relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (cfr., particolarmente, gli artt. 266 ss. e 286 bis ss., d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, attuazione dell'art. 1, l. 3 agosto 2007, n. 123).

L'ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 25 marzo 2020, n. 655 (contenente "Ulteriori interventi urgenti di Protezione Civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", in www.protezionecivile.gov.it), inoltre, prevede espressamente che "al fine di superare le criticità dovute al crescente numero di decessi e all'accumulo straordinario di feretri in giacenza contenenti salme di defunti positivi al COVID-19, con la conseguente saturazione dei cimiteri e degli impianti di cremazione" si possa procedere alla tumulazione e all'inumazione dei feretri nei campi a prato verde dei cimiteri ogniqualvolta non sia possibile dare séguito alla volontà di cremazione del defunto entro tre giorni dal decesso poiché risultano saturi gli impianti di cremazione della Provincia (art. 4, comma 2).

Per effetto della modifica del Titolo V della Costituzione e della riconosciuta potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, compete attualmente alle Regioni l'elaborazione di "piani regionali di coordinamento per la realizzazione dei crematori da parte dei Comuni, anche in associazione tra essi, tenendo conto della popolazione residente, dell'indice di mortalità e dei dati statistici sulla scelta crematoria da parte dei cittadini di ciascun territorio comunale, prevedendo, di norma, la realizzazione di almeno un crematorio per Regione" (ex art. 6, l. n. 130 del 2001).

Le linee guida elaborate dalla Conferenza Stato-Regioni impongono l'applicazione del "principio di precauzione", in virtù del quale tutti i soggetti deceduti devono di regola essere considerati potenzialmente infetti da chiunque ne venga a contatto, ponendo in luce il bisogno di garantire *standard* ambientali minimi e misure organizzative, informative e formative adeguate a minimizzare il rischio di contrazione della malattia infettiva. La circolare ministeriale, invece, invoca il "principio di gradualità" per far sì che le misure delineate siano adottate in funzione del livello di mortalità delle singole Province interessate e delle dotazioni di strutture cimiteriali e di cremazione presenti. In tutti i casi di morte nei quali possa ritenersi che la persona defunta sia stata affetta da COVID-19 si applicano delle cautele specifiche (come l'isolamento del defunto all'interno di un sacco impermeabile sigillato e disinfettato esternamente), sebbene una volta cessate le funzioni vitali si riduca il pericolo di contagio, che avviene principalmente tramite *droplet* e contatto.

Per quanto attiene, in particolare, alla cremazione, è indicato quale luogo di destinazione finale dei feretri "un crematorio disponibile", rammentando che in ogni crematorio provinciale abbiano priorità i cadaveri del bacino di riferimento stabilito dalla pianificazione regionale e che le cremazioni di quelli provenienti dall'esterno siano eseguite soltanto in subordine. Nonostante il potenziamento e l'ottimizzazione nella fase emergenziale della rete di crematori sull'intero territorio nazionale, gli episodi di saturazione non sono stati completamente arginati a causa dell'elevato e imprevedibile numero di decessi pressoché contestuali avvenuti nell'ambito del medesimo territorio.

4. La crescente domanda di cremazione registrata in Italia nella fase pandemica, lungi dall'essere imposta da ragioni di ordine medico-sanitario, ha trovato spesso origine nei bisogni esistenziali delle persone coinvolte; parenti e congiunti del defunto, privati – per motivi connessi alla tutela della salute – sia della facoltà di visita ospedaliera nel tempo del ricovero sia della possibilità di svolgere liberamente cerimonie funebri al momento della morte.

Il combinato disposto dell'art. 1, comma 2, lett. f, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, e della lett. b, n. 7, circolare del Ministero della salute, 8 aprile 2020, ha imposto per un lungo periodo il divieto esplicito ed assoluto di cerimonie funebri, mentre in ossequio al più recente d.P.C.M. 26 aprile 2020 (contenente ulteriori disposizioni attuative del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale) queste sono divenute lecite, sia pur "con l'esclusiva partecipazione di congiunti e, comunque, fino a un massimo di quindici persone, con funzione da svolgersi preferibilmente all'aperto, indossando protezioni delle vie respiratorie e rispettando rigorosamente la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro" (art. 1, lett. i).

Permanendone la natura di servizio pubblico a carattere oneroso, la cremazione presenta sempre dei costi i quali sono di regola imputati ai privati cittadini che ne abbiano fruito; tuttavia, in ragione della straordinarietà e urgenza che ne hanno enormemente ampliato il raggio di domanda, si rivelerebbe opportuna una netta riduzione delle tariffe imposte o finanche una rinuncia alla riscossione degli importi da parte degli enti territoriali. In alcune città, invero, (ad es. in quella di Bergamo, in convenzione con Bologna) il servizio di cremazione delle salme è stato concesso ad un prezzo calmierato, pari alla metà di quello normalmente fissato, applicabile con efficacia retroattiva e per tutta la durata dell'emergenza da COVID-19.

Alla cremazione del cadavere può seguire la dispersione delle ceneri (divenuta attività lecita a séguito della l. n. 130 del 2001 che ha modificato l'art. 411 c.p., rubricato "Distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere", aggiungendovi il comma 3, secondo il quale "[n]on costituisce reato la dispersione delle ceneri di cadavere autorizzata dall'ufficiale dello stato civile sulla base di espressa volontà del defunto") ovvero la tumulazione, l'interramento o l'affidamento delle stesse ai familiari, purché l'urna che le contiene sia correttamente sigillata e le modalità di conservazione consentano l'identificazione dei dati anagrafici del defunto (ex art. 3, lett. e, l. n. 130 del 2001). In una realtà socio-giuridica nella quale la nozione di "famiglia" è irriducibile al *vinculum sanguinis*, non aderente al dato anacronistico della mera "legittimità", bensì espressione del suo valore affettivo, anche la locuzione di "familiari" – contenuta nella disposizione normativa dell'art. 3, lett. e, l. n. 130 del 2001 – riceve un'interpretazione diffusamente estensiva da parte della giurisprudenza italiana, la quale ne fa uso con un riferimento generico a qualsiasi relazione affettiva stabile nella vita dell'interessato, come quella sussistente fra i conviventi *more uxorio* (Trib. Treviso, 15 dicembre 2014, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 905 ss., con nota di CINQUE, M.: "Finché morte non ci... unisca: il convivente (omosessuale) è un "familiare" ai fini dell'affidamento delle ceneri del *partner*").

La cremazione del cadavere e la successiva richiesta di affidamento dell'urna contenente le ceneri del defunto appaiono, dunque, come concrete modalità conservative del legame familiare, rispondenti al valore di solidarietà che l'ordinamento giuridico italiano riconosce e tutela nell'ambito della formazione sociale primaria ove ciascuno realizza la propria personalità (artt. 2 e 29 Cost.); divenendo tale esigenza ancor più sentita quando si palesi il rischio di una sepoltura da realizzare in luoghi lontani dal comune di residenza, difficilmente raggiungibili dai congiunti, pregiudicati nella sfera emotiva e in quella giuridica da un'impossibilità – o, comunque, da una maggiore difficoltà – futura della visita ai propri cari.