

## I TRASPORTI FUNEBRI: concessione di pubblico servizio o appalto di servizi?

di Elisa Bertasi

Per trasporto funebre si intende il trasferimento con mezzi idonei delle salme al cimitero. Il regolamento di polizia mortuaria vigente (D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) all'articolo 16, ne elenca due configurazioni:

- trasporto a pagamento<sup>1</sup>, secondo una tariffa stabilita dall'autorità comunale, quando vengono richiesti servizi o trattamenti speciali;
- trasporto a carico del Comune in ogni altro caso, facendo però "...salve le speciali disposizioni dei regolamenti comunali". Vale a dire che il Comune ha la facoltà di porre l'onere della spesa a carico dei privati richiedenti il servizio e non indigenti.

Il servizio in esame rientra nei casi in cui l'ente pubblico può assumere il servizio con diritto di privativa ai sensi dell'articolo 1 del R.D. 15 ottobre 1925, n. 1578, *testo unico sull'assunzione dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie*.

Sicché nella prassi è accaduto che in alcune realtà il servizio sia gestito direttamente dal Comune, appunto in regime di monopolio, mediante apposite aziende municipalizzate, oppure sia dato in concessione a ditte private. Vi sono poi numerosi casi di gestione diretta in economia, cioè a mezzo di dipendenti comunali ed un unico caso di gestione a mezzo S.p.A. a prevalente capitale pubblico locale.

L'assunzione diretta del servizio delle pompe funebri può estendersi anche ai trasporti funebri fuori Comune.

La gestione diretta può essere estesa inoltre alle prestazioni accessorie, come ad esempio, la provvista di casse mortuarie. Detto servizio, però, può essere solo municipalizzato ed esercitato mediante azienda speciale o in economia, in quest'ultimo caso anche con appalto di porzioni di esso, senza però ledere la libera concorrenza, dal momento che la privativa è limitata solo ai trasporti funebri in senso stretto (carro e personale occorrente e non anche al feretro). Al riguardo si riporta la seguente massima:

### **Consiglio di Stato, sezione V, 28 settembre 1962, n. 687**

*Il Comune non può assumere un'attività economica con diritto di privativa, fuori dai casi stabiliti dalla legge. Questa massima, più volte affermata in passato dalla giurisprudenza, trova ora più sicuro fondamento nel principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica (art. 41 della Costituzione repubblicana). Il T.U. sull'assunzione dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie, approvato con R.D. 15. 10. 1925, n. 2578, indica nell'articolo 1 i casi nei quali l'ente pubblico può assumere il servizio con diritto di privativa; e l'indicazione ha carattere evidentemente tassativo. In particolare il T. U. stabilisce che il Comune può assumere con diritto di privativa; e l'indicazione ha carattere evidentemente tassativo. In particolare il T.U. stabilisce che il Comune può assumere con diritto di privativa i trasporti funebri (art. 1 n. 8)), ma non contempla anche la fornitura dei feretri e degli accessori funebri. Dal che segue che il Comune può comprendere nei servizi pubblici municipalizzati anche la fornitura dei cofani e degli accessori funebri, ma non può stabilire per questo commercio un regime di monopolio. È pertanto illegittima la deliberazione consiliare che stabilisca in tal senso.*

Nel caso in cui il Comune abbia assunto il servizio in regime di monopolio, i privati - con l'eccezione delle congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite per il trasporto soci -

<sup>1</sup> Ai sensi dell'articolo 19 comma 1, reg. cit.: "Il trasporto dei cadaveri dal luogo del decesso al deposito di osservazione, all'obitorio o al cimitero si esegue a cura del comune, in carro chiuso, sempre che non sia richiesto dagli interessati di servirsi di mezzi speciali di trasporto ai sensi dell'articolo 16, comm 1, lettera a).", sembrerebbe che, nel caso il trasporto sia svolto non in carro chiuso, fosse da considerarsi a pagamento.

non possono eseguire il trasporto di salme nel territorio comunale, estendendosi la privativa a tutti i tipi di trasporto di cadavere anche a quelli antecedenti e susseguenti il funerale o indipendenti da esso. Risulta interessante la lettura della massima:

**Cassazione Civile, Sez. I, 23 aprile 1994, n. 3936**

*La delibera comunale avente ad oggetto l'assunzione diretta con diritto di privativa, e salva la possibilità di successivo affidamento a terzi concessionari, del servizio dei trasporti funebri é legittima, essendo, in tali termini, consentita già dal R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578 (art. 1) e poi dai regolamenti di Polizia mortuaria di cui al R.D. 21 dicembre 1942 n. 1880 ed al D.P.R. 21 ottobre 1975 n. 803 (art.17), con la conseguenza che il privato, il quale, in violazione delle relative disposizioni, eserciti l'attività oggetto della detta privativa, é, per questo solo fatto, passibile delle previste sanzioni amministrative, non rilevando in contrario l'eventuale illegittimità della concessione con la quale l'ente abbia poi affidato ad altri l'attività medesima.*

Orbene in ogni Comune, il regolamento locale o un'ordinanza del sindaco disciplina l'organizzazione del servizio: stabilendo le modalità delle due forme di trasporto (gratuito e a pagamento). Spetta poi al Consiglio Comunale stabilire la prima volta l'importo delle tariffe, ma soprattutto con quali modalità fra quelle previste dall'articolo 22 legge 8 giugno 1990, n. 142 (in economia <sup>(2)</sup>, a mezzo di azienda speciale, o di società in concessione a terzi), verrà gestito il servizio. In seguito la competenza all'adeguamento delle tariffe passa alla Giunta Municipale. Per quanto riguarda, invece, i diritti fissi (di cui all'art. 19 commi 2 e 3 del D.P.R. n. 285 del 1990) rimangono sempre di competenza del Consiglio Comunale, dal momento che hanno natura tributaria. Si riporta in proposito la seguente massima:

**Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 giugno 1968, n. 1694**

*La possibilità che un servizio, legittimamente assunto da un Ente pubblico in regime di monopolio, sia gestito, anziché da questo direttamente, per mezzo di un concessionario, non importa trasferimento al privato del monopolio, del quale titolare e beneficiario rimane sempre l'Ente; pertanto é manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 8, T. U. 15 ottobre 1925 n. 2578, che consente ai Comuni di assumere l'impianto e l'esercizio diretto del servizio dei trasporti funebri anche con diritto di privativa, stabiliscono la necessità di un apposito progetto di massima tecnico-finanziario e di un regolamento che disciplini il servizio, soggetti all'approvazione della GPA debbono essere osservate quando si tratti di gestione diretta da parte del Comune (in economia o mediante la creazione di un azienda speciale), non quando la gestione sia affidata a privati concessionari o appaltatori.*

Nella prassi si assiste all'utilizzo sia della concessione di pubblico servizio, sia dell'appalto di servizi. Ci si domanda pertanto, quali siano le caratteristiche dei due istituti e in che cosa si differenzino.

Ma procediamo ad una distinzione fra i due istituti in oggetto:

**1. La concessione di pubblici servizi**

Si tratta di un istituto che nonostante sia empiricamente piuttosto conosciuto, presenta notevoli difficoltà concettuali e connotazioni eterogenee. In ogni caso i suoi caratteri salienti sono i seguenti:

1. Deve avere ad oggetto un'attività di *facere* rivolta ai cittadini, intesi sia *uti singuli* sia *uti universi* (a seconda delle modalità di erogazione del servizio stesso) stanziati in un determinato territorio. Corollario di tale "destinazione al pubblico" é la modalità di finanziamento dello

---

<sup>(2)</sup> Si deve tenere presente che, la bozza del disegno di legge del Governo che riforma la materia dei servizi pubblici locali e che sostituirà interamente il DDL 1388-ter, prevede il tramonto della gestione in economia: il testo, infatti, la consente solo in casi eccezionali, quando per le modeste dimensioni e per le caratteristiche del servizio, ne viene dimostrata la convenienza economica. La scelta dovrà comunque essere motivata dall'ente locale attraverso una relazione economico-finanziaria.

stesso: vale a dire attraverso il pagamento di una tariffa, per il servizio reso, da parte degli utenti, ovvero attraverso apposite tasse, nei casi previsti dalla legge. Per quanto riguarda le tariffe, va precisato che la tendenza attuale é nel senso di assicurare con esse l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione (cfr. art. 12 comma 4, legge 23 dicembre 1992, n. 498 e art. 19 comma 2-*bis*, legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109). Sicché si può dire che la tariffa costituisce il corrispettivo dei servizi pubblici.

2. Il "pubblico servizio" deve appartenere ai compiti istituzionali dell'ente concedente, in altre parole il servizio pubblico deve essere assunto dall'Amministrazione come suo compito specifico, attraverso l'uso dei poteri amministrativi, di cui essa dispone, ovvero sulla base di scelte legislative. Si deve trattare cioè, di un servizio che potrebbe essere gestito direttamente dall'Amministrazione, ovvero mediante un'azienda speciale o negli altri modi indicati (relativamente ai servizi pubblici locali) dall'articolo 22 della legge 142 cit. Tale servizio deve risultare riservato ad una Pubblica Amministrazione: in tutto, allorché vi sia un monopolio, o in parte, allorché sia assunto solo in modo limitato, senza escludere la concorrenza delle imprese private.
3. Con la concessione si attua un trasferimento di compiti propri dell'Amministrazione all'impresa privata, che in questo modo acquisisce la posizione di mercato riservata all'Amministrazione (il concessionario é remunerato in tutto o almeno in parte dagli utenti), ma anche l'esercizio di potestà amministrative.

## 2. L'appalto pubblico di servizi

Ai sensi dell'articolo 1655 c.c., l'appalto di servizi é, anzitutto, un contratto, vale a dire una manifestazione di autonomia privata e non di potestà pubblicistica. Inoltre esso ha ad oggetto prestazioni di *facere* a favore del committente, infatti per quest'ultimo é a titolo oneroso, né si tratta certo di un contratto a favore di terzi. Pertanto la distinzione fra i due istituti appare evidente.

Risulta invece più complessa la distinzione con l'appalto pubblico di servizi, così come disciplinato dalla Direttiva 92/50. Infatti, in un contesto comunitario, non costituisce un *discrimen* la natura pubblica o privata dell'atto fonte, ciò che rileva é l'oggetto del rapporto, a nulla rilevando la fonte.

Un ulteriore elemento di difficoltà é dato dalla circostanza che gli allegati alla Direttiva 92/50 ricomprendono, tra gli appalti cui essa si applica, tutta una serie di servizi che nella prassi sono di solito forniti in regime di concessione: anche perché si tratta di servizi svolti normalmente a favore dei terzi. Con la conseguenza che si potrebbe dubitare che la distinzione fra appalti e concessioni si basi sui diversi destinatari del servizio: rispettivamente l'Amministrazione committente e gli utenti.

Tuttavia é possibile ugualmente pervenire a criteri distintivi sufficientemente chiari.

Innanzitutto, sotto il profilo del corrispettivo, va rilevato che gli appalti di servizio sono contratti a titolo oneroso per l'Amministrazione, invece le concessioni di pubblico servizio traggono i propri compensi in tutto o in parte dagli utenti. Non é rilevante il fatto che vi siano casi in cui, sussistendo un sistema di tassazione e non di tariffe, il concessionario riceve i propri compensi dall'Amministrazione e non direttamente dagli utenti, infatti nei trasporti urbani vi é un contributo per chilometro, in quanto la tariffa non é remunerativa, lo stesso accade nei trasporti funebri qualora la tariffa non sia remunerativa. Infatti non rivestono alcuna importanza le modalità di pagamento, dipendenti dal sistema di prelievo, ciò che rileva ai fini del nostro ragionamento é che il carattere oneroso del servizio va inteso in senso economico e finanziario. Le tasse infatti, costituiscono pur sempre ricavi dell'utilizzo del servizio stesso.

## 3. Conclusioni

Pertanto con gli appalti di servizi, un'Amministrazione si avvale di un'impresa pubblica o privata che svolge normalmente tali attività imprenditoriali, con le concessioni invece, si conferisce all'impresa privata o pubblica appartenente ad altro ente locale un servizio di pertinenza pubblica

e, così, un ambito di mercato riservato all'Amministrazione. In altri termini, tramite la concessione ha luogo un conferimento di un servizio, già assunto come proprio dall'Amministrazione, quindi la *sostituzione* di un soggetto privato a propri compiti istituzionali.

In merito al concetto di *sostituzione*, che fu elaborato dallo Zanobini e dal Miele, e successivamente è stato ripreso dal Sandulli<sup>(3)</sup>, si rende opportuno effettuare un breve *excursus*. Dunque, l'idea della sostituzione era collegata allo svolgimento da parte del concessionario di attività riservate al concedente ed anche di poteri autoritativi ad esso attribuiti: si affermava infatti che l'attività veniva esercitata dal concessionario in nome e per conto di un soggetto diverso, in luogo ed in vece dell'Amministrazione titolare. A parere della dottrina più risalente, alla concessione conseguiva il trasferimento dell'esercizio delle pubbliche funzioni anche sotto il profilo soggettivo, intendendosi sostituito al soggetto pubblico istituzionale il concessionario privato che, nell'esercizio delle potestà pubbliche trasferite, non operava *jure privatorum*, ma partecipava allo stesso pubblico potere proprio dell'Amministrazione concedente.

Numerose pronunce giurisprudenziali, in tempi più recenti, avevano aderito a tale costruzione, dalla quale poi discendeva anche la configurazione del concessionario quale organo indiretto dell'Amministrazione concedente.

In dottrina invece esisteva anche una diversa opinione, la quale accoglieva il concetto di *sostituzione* soltanto ad un livello descrittivo, prescindendosi del tutto da implicazioni di carattere propriamente giuridico. Comunque, indipendentemente dal fatto che il termine di *sostituzione* non potesse essere usato che in senso atecnico ed improprio, tale dottrina sosteneva che l'atto di concessione desse luogo ad una *sostituzione*, diversamente dall'appalto: dal momento che, in quest'ultimo caso, l'appaltatore si obbligava verso l'Amministrazione, ma non si sostituiva a questa nei rapporti con i terzi e gestiva il servizio in nome e per conto di essa.

In conclusione va osservato che la dottrina più recente ha individuato, quale elemento determinante della distinzione, il carattere traslativo della gestione del servizio. In altre parole, il *discrimen* è dato dall'oggetto del rapporto: limitato alla sola esecuzione del trasporto, nel caso di appalto, comprensivo invece dell'intera organizzazione del servizio (fissazione degli orari, riscossione dei corrispettivi a carattere tariffario<sup>(4)</sup>, ecc.) nel caso di concessione.

Recentemente sull'argomento si è anche espressa la Commissione europea, con la comunicazione interpretativa in materia di concessioni, approvata il 24 febbraio scorso, che ha elaborato una definizione di concessione con riguardo al settore delle opere pubbliche senza prevedere tuttavia un'autonoma nozione relativa al settore dei servizi.

In particolare, a giudizio della Commissione ciò che caratterizza una concessione, è l'elemento del rischio connesso alla gestione, e pertanto tale figura può essere invocata solo laddove il privato se ne assuma una quota considerevole.

(3) ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Tratt. Orlando, II, vol. VIII*, Milano, 1935; MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

(4) SCOLARO, *Antigone*, supplemento ordinario al n. 4, 1995, 69 ss.: "...la natura della concessione produce, in capo al concessionario, la titolarità del potere di riscossione e, abbastanza recentemente, questa indicazione, per altro implicita nel rapporto di concessione di servizi, è stata esplicitamente riaffermata in termini normativi (art. 12, comma 5, ultimo periodo, Legge 23 dicembre 1992, n. 498), con la conseguenza che essa è divenuta non derogabile. A dire il vero, tale inderogabilità sussisteva anche in precedenza, sulla base delle costruzioni di diritto amministrativo e della differenza sostanziale di rapporto tra la concessione di servizi e il contratto di appalto, nel quale l'appaltatore ha titolo al compenso per l'opera realizzata o il servizio prestato da parte del committente e non vi sono soggetti che entrino in rapporti con l'appaltatore.

Nella concessione, invece, è il concessionario che viene abilitato, con l'atto di concessione, ad instaurare rapporti con i terzi che fruiscono del servizio.

Va anche tenuto presente come, in linea di massima, il concessionario sia tenuto a corrispondere un canone relativo alla concessione ottenuta al Comune concedente, che potrà variare da un canone meramente ricognitorio fino ad un vero e proprio corrispettivo.

Infine, compete sempre al concessionario la riscossione, oltre che delle tariffe aventi natura di corrispettivo del servizio, anche di eventuali altre tariffe, anche a carattere para-tributario, che il Comune abbia titolo ad esigere (come nel caso del "diritto fisso" previsto per i trasporti funebri o simili), riversandole successivamente alla Tesoreria comunale".