

Legittimità della privativa nei trasporti funebri

di Costantino Tessarolo (*)

Con la sentenza in epigrafe il TAR per la Puglia ha ritenuto l'art. 1, n. 8 del T.U. n. 2578 e l'art. 19 del DPR 285/90 implicitamente abrogati dall'art. 64, comma 2, della L. 142/90.

In effetti, di abrogazione "espressa" non può parlarsi, posto che tra le norme abrogate con il comma 1 dell'art. 64 della L. 142/90 non vi sono quelle dianzi citate. Ma, in realtà, neppure di abrogazione implicita, ex comma 2 art. 64 cit., può, nella specie, parlarsi con riferimento al disposto dell'art. 1, n. 8 del T.U. del 1925. Quest'ultima norma è, infatti, del tutto aderente alla previsione dell'art. 22, comma 2 della L. 142/90, in quanto la "privativa" in essa contemplata è, per l'appunto come vuole detto articolo, stabilita "dalla legge".

Con l'art. 22, comma 2 della L. 142/90 il legislatore, del resto, altro non ha fatto se non conformarsi, puramente e semplicemente, all'art. 43 della Costituzione, che, come noto, demanda alla "legge" la possibilità di "riservare" anche ad enti pubblici servizi pubblici e altre attività economiche.

L'art. 22, comma 2 citato non ha, quindi, alcun carattere innovativo, come è anche dimostrato dal fatto che, ancor prima della sua emanazione, la giurisprudenza era costante nell'affermare che "le attività assumibili con privativa da parte del comune non possono essere che quelle tassativamente indicate dall'art. 1, T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, in relazione all'essenzialità del servizio, in armonia con la riserva di cui all'art. 43 Cost." (1).

Né rileva che la decisione di istituire l'esclusiva del servizio di trasporti funebri spetti all'Autorità amministrativa.

Il diritto di privativa è, invero, previsto da una norma di legge (art. 1, n. 8, T.U. n. 2578/25), la quale attribuisce ai comuni la facoltà di esercitare tale diritto, ragion per cui è ovvio che poi occorra un provvedimento amministrativo per il concreto esercizio del diritto stesso; il diritto, in definitiva, trae origine dalla legge, mentre è l'esercizio che si attua con un provvedimento amministrativo. I due concetti non possono essere confusi come, nell'occasione, è stato fatto. È da aggiungere che in fattispecie di privativa "facoltativa" del tutto analoga alla presente (in quel caso trattavasi della privativa relativa all'impianto e al funzionamento delle "centrali del latte") la Corte costituzionale ha riconosciuto la piena legittimità delle norme (L. 851 del 1938), che la contemplavano. Infatti, ha osservato la Corte, l'art. 43 della Costituzione "consente alla legge, tra l'altro, la possibilità di attribuire a enti pubblici [nella specie comuni e Consorzi di comuni] per ragioni di utilità generale la facoltà di concedere, in esclusiva, determinate categorie di imprese, e, tra le altre, quelle relative a servizi pubblici essenziali che abbiano carattere di preminente interesse generale" (2).

Sicché per poter sostenere che il diritto di privativa e il suo concreto esercizio sono illegittimi (per contrasto con l'art. 43 Cost.) si dovrebbe anche sostenere che il servizio dei trasporti funebri non è un "servizio pubblico essenziale" e non ha "carattere di preminente interesse generale": il che, francamente, appare arduo, atteso che il fine che assolve il servizio di trasporti funebri è quello della tutela dell'igiene e della salute pubblica ossia di garantire (cfr. art. 32 Cost.) un "fondamentale diritto dell'individuo" (3).

(*) Avvocato libero professionista di Roma.

(1) Cons. St., sez. V, 27 gennaio 1986, n. 71 e 28 settembre 1962, n. 687, in *Cons. Stato*, 1986, I, 82 e 1962, I, 1406.

(2) Corte cost., 23 marzo 1960, n. 11, in *Giur. It.*, 1960, I, 1, 490.

(3) Con sentenza n. 1694 del 6 giugno 1968 (in *Foro it.*, 1968, I, 2128) le sezioni unite della Cassazione hanno, del resto, dichiarato "manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, n. 8 del T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, in riferimento all'art. 43 Cost., anche se l'art. 1, n. 8, viene interpretato nel senso che i comuni possono municipalizzare servizi pubblici esercitandoli poi mediante concessione a privati imprenditori".

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA PUGLIA
Sede di Bari – Sezione Prima
ha pronunciato la presente

sentenza

sul ricorso n. 1281 del 1999 proposto da LUCIANI Alessia Lucrezia e LUCIANI Daniela Luisa, rappresentate e difese dagli avv. ti Alfonso Palieri e Francesco Numo ed elettivamente domiciliate presso il loro studio in Bari alla via Q. Sella n. 5,

contro

il Comune di Molfetta, in persona del sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Rosaria Larizza, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Molfetta via Q. Sella n. 13 e in Bari via Costituente, 43 (studio avv. Minervini),

e nei confronti

– della ditta "Humanitas" di Felice Befe, in persona dell'omonimo titolare, rappresentata e difesa dall'avv. Nicolò Mastropasqua, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Bari via Principe Amedeo n. 234 (studio avv. P. Lorusso);
– della ditta "La Cattolica" di Giuseppe Spagnoletti, non costituitasi;

per l'annullamento

– della nota prot. n. 6218 del 19/22.2.1999 del sindaco del Comune di Molfetta;
– della delibera n. 53 del 28.5.1991 del Consiglio Comunale di Molfetta e del relativo regolamento per l'affidamento in concessione del servizio di trasporto funebre;
– dell'ordinanza sindacale n. 7842 del 4.3.1999;
– delle concessioni n. 1 e 2 del 1992 rilasciate agli attuali concessionari, ditte "La Cattolica" di Giuseppe Spagnoletti e "Humanitas" di Felice Befe;
– di tutti gli atti presupposto, conseguenti o comunque connessi, con particolare riferimento ad altri atti istitutivi della privativa comunale del servizio di trasporto funebre;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Molfetta e della ditta "Humanitas";

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese; Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del 26 gennaio 2000 la relazione del Cons. Amedeo Urbano e udito, altresì, l'Avv. A. Palieri per il ricorrente e l'avv. M. R. Larizza per il Comune di Molfetta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

Fatto

Con ricorso notificato in data 23.4.1999 le ricorrenti LUCIANI Alessia Lucrezia e LUCIANI Daniela Luisa, socie e legali rappresentanti della impresa funebre "La Madonnina" con sede in Molfetta,

titolare della licenza commerciale n. 2427/95 rilasciata dal sindaco del Comune di Molfetta per la vendita di articoli funerari e della licenza di pubblica sicurezza cat. 13.B/3 rilasciata dal Questore di Bari il 6.9.1995 per il disbrigo delle pratiche amministrative necessarie per lo svolgimento delle esequie, hanno impugnato il provvedimento n. 6218 del 22.2.1999 col quale il sindaco di Molfetta ha respinto l'istanza del 27.11.1998 e successiva diffida del 18.2.1999 intese ad ottenere l'autorizzazione all'espletamento del servizio di trasporto funebre, in quanto lo stesso servizio è affidato solo in concessione come da deliberazione del Consiglio comunale di Molfetta n. 53 del 28.5.1991, pure gravata unitamente al relativo regolamento; viene anche impugnata l'ordinanza n. 7842 del 4.3.1999 recante ordine alla impresa ricorrente di servirsi per il trasporto delle salme esclusivamente delle due concessionarie comunali "La Cattolica" e "Humanitas", titolari delle concessioni per il trasporto funebre n. 1 e 2 del 1992, atti che vengono anche impugnati.

Vengono dedotti i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione e malgoverno dell'art. 22 comma 2 e dell'art. 64 comma 2 della L. n. 142 dell'8.6.1990; violazione e malgoverno dell'art. 19 del DPR n. 285 del 10.9.1990; violazione e mal governo della Circolare del Ministero della sanità n. 24 del 24.6.1993. Il diritto di esclusiva a favore del comune del servizio di trasporto funebre istituito con delibera consiliare n. 53/1991 e quindi l'affidamento in concessione ditale servizio previsto dal RD n. 2578/25 sarebbe venuto meno a seguito dell'art. 22 della L. n. 142/90, come ritenuto nel parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 14 luglio 1998, per cui per svolgere il servizio di trasporto funebre sarebbe sufficiente la sola autorizzazione amministrativa;
 2. Violazione e malgoverno dell'art. 3A del trattato della Comunità Europea introdotto dall'art. G § 4 del trattato di Maastricht; violazione dei principi di concorrenza ormai imminenti nell'ordinamento giuridico; violazione e malgoverno dell'art. 97 della Costituzione; violazione dei principi di buona Amministrazione; eccesso di potere per sviamento in quanto la sottoposizione di servizio di trasporto funebre al regime concessorio fondato su una privativa pubblicistica contrasta col principio della libera concorrenza del mercato interno degli Stati membri della Comunità Europea, con la conseguenza che per lo svolgimento di tale servizio sarebbe sufficiente un'autorizzazione a fronte della istanza, in conformità delle leggi sanitarie di pubblica sicurezza, senza ulteriori e ingiustificati requisiti, secondo l'art. 20 DPR n. 285/90.
 3. Violazione e malgoverno degli art. 1 e 26 del RD 2578/25; violazione e malgoverno degli art. 265 e 267 comma 1 del RD 1175/31; violazione e malgoverno dell'art. 3 comma 1 della L. n. 2411/90; eccesso di potere per sviamento e difetto di istruttoria, in quanto sia il diniego di autorizzazione per l'espletamento di servizio di trasporto funebre che le concessioni già rilasciate ai controinteressati sono illegittime, in quanto adottate senza l'espletamento di procedura concorsuale di evidenza pubblica e senza indicazioni delle ragioni giustificative dell'affidamento a trattativa privata.
- Si è costituito il Comune di Molfetta che ha chiesto la reiezione del ricorso perché infondato, eccependo preliminarmente inammissibilità per tardiva impugnazione della delibera CC. n. 53/91 e delle concessioni amministrative n. 1 e 2 del 1992 rilasciate ai controinteressati, nonché per parziale carenza di interesse di Luciani Daniela Luisa. Si è costituita in giudizio, altresì, la ditta "Humanitas" che ha sostenuto la infondatezza nel merito del ricorso, nonché l'inammissibilità della impugnazione della delibera n. 53/91, del relativo regolamento e delle concessioni n. 1 e 2/92, perché ormai inoppugnabili. All'udienza pubblica il ricorso è stato riservato per la decisione.

Diritto

In via preliminare va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa del Comune di Molfetta per parziale carenza di interesse limitatamente alla ricorrente Luciani Daniela Luisa all'impugnazione degli atti indicati in epigrafe.

Ed infatti, la suddetta, al pari dell'altra ricorrente Luciani Alessia Lucrezia, agisce nella qualità di socia e legale rappresentante in via disgiunta della ditta "La Madonnina di Luciani Giuseppe e figli s.n.c." titolare (come da atto costitutivo) della licenza della vendita di articoli funerari e della licenza di pubblica sicurezza per il disbrigo delle pratiche amministrative, onde va riconosciuta alla stessa la legittimazione ad impugnare il provvedimento n. 6218 del 22.2.1999 del sindaco di Molfetta di rigetto dell'istanza intesa ad ottenere l'autorizzazione al servizio del trasporto funebre richiesta con istanza del 27.11.1998 e successiva diffida del 18.2.1999 prodotte da Luciani Alessia Lucrezia, nonché degli altri atti gravati.

Quanto all'eccezione di tardività del ricorso sollevata sia dalla difesa del comune che della controinteressata ditta "Humanitas", la stessa deve ritenersi fondata solo limitatamente all'impugnazione delle concessioni n. 1/92 e n. 2/92 rilasciate per l'espletamento del servizio di trasporto funebre alle ditte controinteressate "La Cattolica" e "Humanitas", atteso che dette concessioni, come la ricorrente ammette nel ricorso, erano ben note alla stessa sin dal 1995, data di rilascio dell'autorizzazione per la vendita di articoli funerari della licenza di pubblica sicurezza per il disbrigo delle pratiche amministrative, in quanto la ricorrente per provvedere al trasporto funebre ha dovuto necessariamente avvalersi dell'attività dei due concessionari comunali.

Infondata è, invece, l'eccezione di tardività della deliberazione del Consiglio comunale di Molfetta n. 53/91 di istituzione in privativa e affidamento in concessione del servizio municipalizzato del trasporto funebre, con approvazione del relativo regolamento, in quanto, in vero, tale atto a contenuto generale ha assunto efficacia lesiva per la ricorrente non già di per sé all'epoca della pubblicazione, bensì in occasione del rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esercizio del trasporto funebre richiesta dalla ricorrente, rigetto contenuto nel provvedimento n. 6218 del 22.2.1999 del sindaco del Comune di Molfetta, notificato in data 24.2.1999, poiché tale rigetto è fondato proprio sulla deliberazione n. 53/91, di cui si è fatta applicazione; ebbene, tale provvedimento è stato tempestivamente impugnato dalla ricorrente con ricorso in data 23.4.1999, unitamente alla deliberazione consiliare presupposta n. 53/91 che, per effetto del diniego di autorizzazione, ha assunto il carattere attuale di lesività della posizione giuridica della ricorrente.

Tempestiva è pure l'impugnazione dell'ordinanza sindacale n. 7842 del 4.3.1999, recante diffida alla ditta "La Madonnina" di richiedere il trasporto funebre solo alle due ditte concessionarie.

Ciò premesso, il ricorso nel merito è fondato.

Il Comune di Molfetta, avvalendosi del disposto di cui agli artt. 1 n. 8 e 26 del RD n. 2578 del 15.10.1925 (T.U. per l'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del comune), ha assunto in privativa il servizio pubblico del trasporto funebre e ha istituito lo stesso servizio in concessione, approvando il relativo regolamento che disciplina le modalità dell'affidamento.

Successivamente in base a tale regolamentazione, a seguito di istanze prodotte dai titolari delle ditte "La Cattolica" e "Humanitas", con provvedimenti n. 1 e 2 del 20.2.1992 ha rilasciato alle stesse, concessione amministrativa per l'espletamento del servizio di trasporto funebre.

La ricorrente Luciani Alessia Lucrezia, già titolare dal 1995 di licenza commerciale della vendita di articoli funerari di pubblica sicurezza per le pratiche amministrative, con istanza del 27.11.1998, cui seguiva la diffida in data 18.2.1999, chiedeva di essere autorizzata allo svolgimento di servizio di trasporto funebre, relativamente ai funerali curati dalla stessa, previo accertamento dell'idoneità sanitaria dell'automezzo da utilizzare.

Il sindaco del Comune di Molfetta con provvedimento n. 6218 del 22.2.1999 ha rigettato l'istanza sul presupposto che il servizio di trasporto funebre può essere affidato solo in concessione, in applicazione della deliberazione consiliare n. 53 del 28.5.1991.

Col primo motivo di ricorso la ricorrente, invocando il parere espresso ai sensi dell'art. 22 della L. 10.10.1990 n. 287 dall'Autorità garante

della concorrenza e del mercato in data 14 luglio 1998, sostiene l'illegittimità della deliberazione consiliare n. 53/91 istitutiva del servizio municipalizzato di trasporto funebre in privativa, in quanto assunta in violazione dell'art. 22 comma 2 della L. n. 142/90 abrogativa di qualsiasi disposizione di legge anteriore incompatibile e in particolare delle norme di cui al RD 2578/25 che consentiva ai comuni di riservarsi in via esclusiva il servizio di trasporto funebre. La censura è fondata.

L'art. 22 comma 2 della L. 8.6.1990 n. 142 (in vigore dal 13.6.1990) dispone in via generale che "i servizi (pubblici) riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge", ossia che la riserva in privativa da parte del comune di servizi pubblici deve trovare un fondamento normativo in una espressa disposizione di legge, cui viene demandato il compito di determinare quali siano i servizi che il comune può riservare alla propria attività esclusiva – e quindi affidare in concessione ai privati – escludendo, perciò, qualsiasi possibilità di istituire un servizio pubblico in privativa attraverso un provvedimento di natura amministrativa.

L'art. 64 comma 2 della stessa legge 142/90 stabilisce, poi, che "con effetto dalla data di entrata in vigore della legge sono abrogate tutte le disposizioni con essa incompatibili, salvo che la legge stessa preveda tempi diversi per la cessazione della loro efficacia".

Orbene, poiché l'art. 1, n. 8 del RD n. 2578/25 demanda alla decisione dell'Autorità amministrativa l'assunzione in privativa del servizio di trasporto funebre, tale disposizione non può che ritenersi abrogata tacitamente, in quanto incompatibile col citato art. 22 comma 2 della L. n. 142/90 che, invece, riserva alla legge la determinazione dei servizi da gestire in via esclusiva da parte dei comuni.

Considera, infatti, il Collegio che l'abrogazione tacita del RD 2578/25 art. 1 n. 8 consegue, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni della legge in generale, dalla incompatibilità con l'art. 22 comma 2 della successiva L. 142/90, sussistendo indubbiamente fra le due leggi una contraddizione tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea e quindi la coesistenza della nuova norma con la precedente sullo stesso oggetto, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge deriva necessariamente la inosservanza o disapplicazione della precedente (cfr. Cass. civile sez. lavoro n. 7840/98, 1760/95; C.d.S. IV n. 538/95; Cons. giust. amm. va Sicilia n. 146/99).

Pertanto, con effetto dalla data di entrata in vigore della L. n. 142/90 (13.6.1990) ha cessato di produrre effetto, perché abrogato, il RD n. 2578/25 nella parte relativa alla possibilità di istituire da parte dei comuni un regime di esclusiva per i trasporti funebri.

Né può condividersi la tesi – sostenuta dai difensori delle controparti – secondo cui tale effetto abrogativo non si sia ancora prodotto, poiché la norma dell'art. 22 in questione avrebbe natura programmatica e non immediatamente precettiva, per cui l'effetto abrogativo sarebbe rinviato al successivo necessario intervento ivi previsto del legislatore ordinario che dovrà stabilire quali siano i servizi pubblici riservati in via esclusiva ai comuni ed inoltre perché, in caso contrario, si verrebbe a creare una *vacatio legis* che renderebbe privi di regolamentazione i servizi pubblici indicati nell'art. 1 nel RD 2578/25.

La tesi è priva di pregio.

Considera infatti il Collegio che l'art. 64 comma 2 espressamente dispone l'abrogazione per incompatibilità di tutte le altre disposizioni con effetto dalla data di entrata in vigore della legge *salvo che la legge stessa preveda tempi diversi per la cessazione della loro efficacia*.

Ebbene, né l'art. 22 citato né altra norma della legge 142/90 prevedono tempi – per la cessazione della efficacia delle norme contenute nel RD n. 2578/25 – diversi dalla data di entrata in vigore della stessa legge 13.6.1990; pertanto, sotto tale profilo, proprio in virtù della precisazione contenuta nel citato art. 64 deve esser riconosciuta natura necessariamente precettiva al disposto di cui al comma 2 art. 22 L. n. 142/90 per quanto attiene all'effetto abrogativo dello stesso comma, e ciò indipendentemente dal contenuto della disposizione circa la indicazione dei servizi pubblici da gestire in esclusi-

va da parte dei comuni fissata per legge, contenuto che non è certo di natura solo programmatica (perché riservata a successivi interventi legislativi), ma anche precettiva, perché riferita alle privative già espressamente previste dalla legge.

Né in tal modo può ritenersi che subentri una *vacatio legis* in ordine alla regolamentazione dei servizi pubblici locali, ex art. 1 RD 2578/25, poiché l'espletamento detti servizi, escluso il carattere esclusivo riservato all'ente pubblico, non potrà che essere assoggettato all'ordinario regime della semplice autorizzazione amministrativa, fermo restando la gestione diretta dello stesso servizio da parte del comune, non già in via di privativa esclusiva, ma in regime di libera concorrenza secondo le modalità prevista dal comma 30 dello stesso art. 22 della L. 142/90.

Dall'abrogazione tacita del RD 2578/25 consegue inevitabilmente anche l'abrogazione tacita dell'art. 19 del DPR 10.9.1990 n. 285, art. 19 nella parte in cui fa riferimento alla privativa comunale del servizio di trasporto funebre, e ciò indipendentemente dalla data ditale regolamento (successiva all'entrata in vigore della legge n. 142/90), essendo venuto meno il fondamento legislativo che giustifica tale regolamentazione, costituito dall'art. 1 del RD 2578/25 che legittimava la previsione della privativa comunale contenuta nell'art. 19 del regolamento statale di polizia mortuaria (approvato con DPR n. 285/90); deve, perciò, concludersi per la cessazione della efficacia anche di tale norma regolamentare con decorrenza dal 13.6.1990. Dalle considerazioni esposte consegue, nel caso di specie, che la deliberazione del Consiglio comunale di Molfetta n. 53 del 28.5.1991 e l'unito regolamento che hanno istituito il servizio pubblico locale del trasporto funebre, prevedendo l'affidamento in concessione a privati dello stesso servizio, è illegittima, per violazione dell'art. 22, comma 2 della legge n. 142/90, in quanto adottato sul fondamento normativo di cui all'art. 1 n. 8 RD 2578/25 (norma abrogata) e in assenza di una norma di legge che attribuisca al comune la potestà di svolgere in via esclusiva il servizio in questione, con conseguente illegittimità dell'affidamento del servizio stesso in concessione.

Illegittimo, perché assunto in applicazione di tale deliberazione, è perciò il provvedimento sindacale n. 6218 del 22.2.1999 di diniego di rilascio di autorizzazione all'esercizio del servizio di trasporto funebre, nonché l'ordinanza sindacale n. 7842/99 recante invito ad avvalersi dei due concessionari.

La fondatezza della esaminata assorbente censura dedotta col 1° motivo consente di per sé l'annullamento degli atti gravati.

Il ricorso va, perciò, accolto, salvo la inammissibilità per tardività della impugnazione delle concessioni n. 1 e 2/92 rilasciate ai controinteressati.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – sede di Bari, sezione prima, in ordine al ricorso in epigrafe così dispone:

1) dichiara inammissibile il ricorso limitatamente alla impugnazione degli atti concessori n. 1 del 20.2.1992 e n. 2 del 20.2.1992;

2) per il resto lo accoglie e per l'effetto annulla i seguenti atti:

a) atto sindacale 6218/99;

b) delibera del Consiglio comunale n. 53 del 28.5.1991;

c) Ordinanza sindacale 7842/99.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella Camera di Consiglio del 26.1.2000 con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Gennaro FERRARI (Presidente)

Dott. Amedeo URBANO (Consigliere, rel.)

Dott. Stefano FANTINI (Referendario)

Depositato in Segreteria il 20/3/2000