

Rubriche

## La separazione tra attività in monopolio ed in concorrenza in ambito funebre e cimiteriale

di Sereno Scolaro

### 1. Introduzione

Il monopolio è la situazione per la quale un prodotto, un bene, un servizio è offerto sul mercato da un unico soggetto, con la conseguenza che gli acquirenti non hanno libertà di scelta del venditore (e si contrappone al monopsonio in cui si ha un unico acquirente rispetto ad una pluralità di venditori).

Allorquando viene affrontato il tema del “monopolio” si deve considerare come questo presenti quanto meno due diverse tipologie, quella del c.d. monopolio legale e quella del c.d. monopolio di fatto. Si ha “monopolio legale” quando la situazione monopolistica discenda da norme di legge che attribuisca ad un particolare soggetto la situazione di monopolio, mentre si ha monopolio di fatto quando essa derivi dalla situazione del mercato in un determinato momento e, spesso, luogo.

La situazione di monopolio legale richiede la sussistenza di una fonte legislativa dal momento che la Costituzione (art. 41) afferma la libertà di iniziativa economica, seppure subordinata ad un'utilità sociale e all'assenza di pericoli per la sicurezza, libertà e dignità umana, attribuendo alla legge le forme attraverso cui l'attività economica, sia essa pubblica che privata, sia indirizzata a fini sociali. In altre parole, la libertà dell'iniziativa economica è fondamentalmente libera, anche se con forti temperamenti, ma proprio per questo sussiste una riserva di legge a che un'attività economica sia affidata ad un unico soggetto. Tra l'altro, va osservato come, a partire dal l'adesione al Trattato di Roma e, via via, con il crescere dei processi che hanno portato alla costituzione dell'Unione europea accanto alla Comunità europea, sia stato ampliato l'ambito della libertà dal momento che il processo di costruzione europeistica si fonda sulle quattro libertà di circolazione delle persone (viste come lavoratori, in senso del tutto estensivo), dei beni, dei servizi e dei capitali cioè dell'attività economica. Va per altro precisato come la normativa comunitaria non escluda i monopoli in quanto tali, limitandosi a richiederne un *riordinamento*, almeno con riguardo ai monopoli nazionali che presentino un carattere commerciale nella

direzione che sia esclusa qualsiasi discriminazione tra cittadini comunitari, con riguardo a qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, *de jure* o *de facto*, controlli, diriga od influenzi sensibilmente le importazioni o le importazioni tra Stati membri <sup>(1)</sup>.

Da ciò consegue che la sussistenza di un monopolio legale debba essere considerata sempre più come un'ipotesi residuale e, probabilmente, confinabile nell'ambito di quelle attività pubbliche in cui la pubblica amministrazione agisca quale regolatore, quale titolare della *potestas imperii*, cioè di un potere di supremazia proprio della sua essenza di pubblica amministrazione, mentre va considerata quanto meno anomala allorquando il monopolio legale sia attribuito ad un soggetto imprenditoriale. Questo indirizzo, per altro, non deve far confondere la titolarità dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione con le forme con cui questa la svolga, anche se non va dimenticato quanto previsto dall'art. 86 (*ex* art. 90) Trattato CE che pone limitazioni agli Stati membri in materia di emanazione o mantenimento, nei confronti di imprese pubbliche e di imprese cui si riconoscono diritti speciali od esclusivi, misure in contrasto ai principi del Trattato e con l'assoggettamento delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale alle regole delle concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento - sia in linea di fatto che di diritto - della specifica funzione loro attribuita. Come si può notare, anche in ambito comunitario è ben presente la distinzione tra situazioni di diritto e situazioni di fatto.

Storicamente, i monopoli di diritto sono stati particolarmente presenti in ambito tipicamente fiscale (si pensi: al sale, ai tabacchi, ecc.) anche se talvolta è permeato da valenze sociali (come nel caso italiano del chinino di Stato), anche se non vanno dimenticati, risalendo nel tempo, i monopoli, o private, per l'esercizio di attività economiche (ad esempio, quella

<sup>(1)</sup> Art. 31 (*ex* art. 37) Trattato CE.

per l'esercizio di linee di trasporto su navi a vapore o, ancor più anticamente, per l'esercizio di attività imprenditoriali (nella serenissima Repubblica di Venezia lo stesso esercizio di alcune attività manifatturiere era soggetto a "privativa" <sup>(2)</sup>). Senza disperderci in analisi sull'origine storica dei monopoli di diritto, basti ricordare come fino ad epoca recente le attività imprenditoriali oggetto di monopolio rivestissero caratteri fortemente fiscali, nel senso di essere direttamente correlate con specifiche imposizioni fiscali e, quindi, tali da determinare "entrate" per il bilancio dello Stato. In alcuni casi, il monopolio di diritto era collegato ad altre tipologie di prevalente interesse dello Stato, come nel caso delle produzioni militari. Non va dimenticato come, a seguito delle vicende economiche conseguenti al crack delle Borse del 1929 e della conseguente depressione economica, lo Stato abbia assunto un ruolo ben diverso dallo Stato ottocentesco, in qualche modo autodelimitantesi negli ambiti della difesa e della sicurezza, che vedeva un intervento, anche diretto, nelle attività economiche, con un ruolo propriamente imprenditoriale, cosa avvenuta non solo in Europa, ma anche negli USA, paese da taluni ritenuto, impropriamente, il prototipo della libera impresa <sup>(3)</sup>. In Europa, l'intervento dello Stato nell'attività d'impresa è stato variamente presente in pressoché tutti gli Stati; in Italia ha visto dapprima il sorgere dell'IRI, oltretutto in un contesto corporativo, ma il fenomeno dello Stato-imprenditore ha subito trasformazioni e si è diffuso a vari settori, attraverso le partecipazioni al capitale di aziende nei settori più disparati, in una certa fase storica, anche se questo non sempre ha voluto significare la presenza di un effettivo monopolio di diritto (anche se, a volte, con caratteri di monopolio di fatto, che è ben altro). Talora i monopoli di fatto si sono coperti, strumentalmente, del mantello del monopolio di diritto (pensiamo alle telecomunicazioni ed al c.d. Codice postale), copertura che ha determinato resistenze al superamento di monopoli sostanzialmente di fatto. Si

<sup>(2)</sup> Ma va ricordato anche il decreto 23 ottobre 1821 del Regno delle Due Sicilie con cui *si accordò ad un particolare la privativa per anni cinque sulla fabbrica e vendita delle coperte di mollettone all'uso Inglese, e di Lucca*, oppure, in negativo, il decreto 9 gennaio 1808 dello stesso regno delle Due Sicilie con cui *venne proibita l'introduzione di tutte le mercanzie di cotone forestiere, ad eccezione di quelle di Francia, e d'Italia. E ciò anco in esecuzione dell'antecedente Decreto dé 13 Marzo 1806, con cui si proibì l'introduzione di tutte le mercanzie Inglesi. Ciò si fece per far migliorare le manifatture su questo genere, e la coltivazione del cotone, che in effetti si estese assai, specialmente nelle Province di Napoli, Terra di Lavoro, e Capitanata. Ora però si è quasi totalmente abbandonata, perché avvilito il prezzo di esso cotone per l'immissione del forestiero.*

<sup>(3)</sup> Si ritiene abbastanza noto il caso della TVA (*Tennessee Valley Authority*).

fa solo l'esempio delle comunicazioni telefoniche: nel T.U. sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni (od, in ambito provinciale, da parte anche delle province) la costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale rientrava tra le possibili pubblici servizi propri dei comuni (art. 1, comma 1, lett. 4 <sup>(4)</sup>), mentre le comunicazioni tra comuni erano affidate all'A.A.S.S.T. <sup>(5)</sup>, che agiva "in privativa". Tale situazione ha subito un colpo notevole dall'evoluzione tecnologica con l'introduzione della c.d. teleselezione (1962), anche se è rimasta la sanzione normativa del monopolio. Astrattamente, la "vecchia" SIP <sup>(6)</sup>, acquisite gran parti delle reti telefoniche pre-esistenti, non avrebbe potuto operare nelle connessioni telefoniche inter-comunali, restando queste "privativa" dell'A.A.S.S.T., ma proprio l'evoluzione tecnologica ha, nei fatti, superato questa situazione, con l'effetto (sempre sotto il profilo di fatto) di trasformare la "privativa" dell'Azienda di Stato in privativa dell'allora SIP, situazione monopolistica che si è consolidata a tal punto da avere resistito a diverse temperie, anche recenti, specie in relazione, oggi, alla problematica del c.d. ultimo miglio <sup>(7)</sup>. Nel caso delle telecomunicazioni è stato ben presente il *mix* tra monopolio di fatto e monopolio legale, in cui l'ultimo si è sovrapposto al primo (senza qui indagarne le ragioni). Il monopolio legale, accademicamente, non dovrebbe avere caratteri di protezione di un settore di attività economica, quanto essere riferito a funzioni e servizi che rispondano ad funzioni, a carattere istituzionale, della pubblica amministrazione, specie quando queste funzioni rispondano a quel concetto di utilità sociale che la Costituzione evidenzia all'art. 41 (ma anche ai successivi artt. 42 e 43, al punto che può giustificarsi l'esproprio o la riserva a favore dello Stato, fino a prevedere - espressamente, art. 43 - situazioni di monopolio. Ne discende che il monopolio di diritto, fer-

<sup>(4)</sup> Vedi, anche: artt. 166 e ss., 197 e ss. R.D. 27 febbraio 1936, n. 645.

<sup>(5)</sup> Azienda Autonoma di Stato per i Servizi Telefonici, nella sua ultima accezione. È stata soppressa in virtù dell'art. 1, comma 3 L. 29 gennaio 1992, n. 58.

<sup>(6)</sup> Società Idroelettrica Piemontese, ex azienda idroelettrica che ha impiegato i capitali ottenuti con la c.d. "nazionalizzazione" dell'energia elettrica (L. 6 dicembre 1962, n. 1643) nel settore delle telecomunicazioni, mentre altre aziende elettriche si sono rivolte al mercato della chimica. Poi, ha mutato ragione sociale in Telecom Italia Spa, previa una lontana acquisizione del capitale sociale da parte del Ministero del tesoro, attraverso il sistema delle partecipazioni statali.

<sup>(7)</sup> Termine che si riferisce al tratto di rete tra l'utente finale e la centrale cui è connesso. Anche in questo caso, un grande peso all'intera situazione di monopolio, di fatto, viene dalla tecnologica, a seguito della diffusione dei sistemi di telefonia mobile.

ma restando la riserva di legge, costituisce fattispecie esplicitamente considerata dalla Costituzione.

La situazione di monopolio di fatto è quella che non ha fondamento da una riserva di legge, quanto da una situazione economica che ha portato un soggetto operante nel mercato alla condizione di essere il solo soggetto "produttore" di un determinato bene, servizio o prestazione in un mercato dato.

In situazione, per alcuni versi, intermedia, va ricordata la situazione della c.d. privativa industriale (8), principalmente l'istituto dei brevetti per invenzioni industriali (9), ma che non esclude le nuove varietà vegetali (10), laddove i diritti di privativa costituiscono diritti patrimoniali, prima che anche morali, in termini di proprietà intellettuale.

## 2. L'esercizio delle attività in regime di monopolio legale, con riferimento alle attività funebri e cimiteriali.

Per entrare nel merito e delimitando la presente analisi al contesto delle attività funebri e cimiteriali, occorre preliminarmente individuare quali possano essere, allo stato attuale, le attività per le quali sussista una situazione di monopolio legale.

2.a. Il deposito di osservazione e l'obitorio.

Va presa in considerazione per prima, secondo un ordine che risente della successione delle funzioni, l'attività di esercizio del deposito di osservazione, dell'obitorio (fattispecie in cui vanno comprese anche le attività concernenti le celle frigorifere prescritte dall'art. 15 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, seppure esse siano limitate ai comuni individuati come tenuti-vi). Le considerazioni che possono valere, con le dovute differenziazioni, anche per i servizi mortuari che

gli ospedali e luoghi di cura sono tenuti a disporre<sup>(11)</sup> e che devono assicurare le caratteristiche tecniche stabilite con il D.P.R. 14 gennaio 1997<sup>(12)</sup>.

Il deposito di osservazione e l'obitorio costituiscono impianti obbligatori in ogni comune, con l'avvertenza che i comuni fino a 5.000 abitanti è ammesso che il relativo servizio avvenga in locali non distinti. Nei fatti, la disposizione che li rende obbligatori in ogni singolo comune<sup>(13)</sup> non è sempre osservata, in considerazione della scarsamente frequente utilizzazione<sup>(14)</sup>. Infatti, i locali del deposito di osservazione e quelli di obitorio sono destinati ad un impiego eventuale e, in particolare il deposito di osservazione, solo nel caso in cui l'osservazione non possa congruamente farsi nel luogo di decesso, situazione quest'ultima da considerare come normale, residuando eccezionale l'utilizzo del deposito di osservazione che il comune è obbligato a tenere disponibile, con la conseguenza che il costo dell'impianto e dell'esercizio, pur se obbligatorio, risulta privo di relazioni con l'effettivo utilizzo (o, domanda di servizio). Prescindendo da questi aspetti, va rimarcato come tali impianti rientrino, al pari dei cimiteri, in quelli che i comuni hanno l'obbligo di disporre<sup>(15)</sup>, dove disporre significa non solo la presenza, ma-

<sup>(11)</sup> R.D: 30 settembre 1938, n. 1631 (in G.U. del 25 ottobre 1938, n. 245).

<sup>(12)</sup> "Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private." (in Suppl. Ord. n. 37, alla G.U. n. 42, del 20 febbraio 1997).

<sup>(13)</sup> Artt. 12, 13 e 14 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

<sup>(14)</sup> Ad esempio, un comune di circa 40.000 abitanti ha mediamente un decesso al giorno, ma di questi i decessi in abitazioni che siano inadatte e, contemporaneamente, pericolose perché si osservi il periodo di osservazione o di decessi sulla pubblica via od in altro luogo pubblico sono stimabili in poche unità per anno, valori che si rarefanno ulteriormente quando si prendano in considerazione comuni di minore popolazione.

<sup>(15)</sup> Il fatto che su abbia un obbligo non significa, necessariamente, che si tratti di un servizio il cui onere debba essere a carico del comune, ma solo di cui il comune debba assicurarne la disponibilità sul territorio, così che l'utilizzo potrebbe legittimamente essere sottoposto a tariffazione. Del resto, dopo l'entrata in vigore (2 marzo 2001) dell'art. 1, comma 7.bis D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 2001, n. 26, neppure la sepoltura ad inumazione (intesa non solo come "prima sepoltura", ma anche come fornitura del cippo distintivo, conservazione della sepoltura per la durata del turno di rotazione ordinario fino all'esumazione ordinaria compresa, ricordando che l'esumazione ordinaria comporta la collocazione delle ossa rinvenute nell'ossario comune) risulta oramai più a carico del bilancio comunale, salvi i soli casi di indigen-

<sup>(8)</sup> Che, per inciso, sono demandati alla tutela, in termini di compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni, della Guardia di Finanza (art. 2, comma 2, lett. l) D.Lgs. 19 marzo 2001, n. 68 (in Suppl. Ord. alla Gazz. Uff., 26 marzo, n. 71) - Adeguamento dei compiti del Corpo della Guardia di finanza, a norma dell'articolo 4 della legge 31 marzo 2000, n. 78).

<sup>(9)</sup> R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 e Regolamento approvato con regio decreto 5 febbraio 1940, n. 244, e loro successive integrazioni e modificazioni.

<sup>(10)</sup> D.Lgs. 3 novembre 1998, n. 455 (in Gazz. Uff., 30 dicembre, n. 303) - Norme di adeguamento alle prescrizioni dell'atto di revisione del 1991 della convenzione internazionale per la protezione delle novità vegetali. Tra l'altro non dimenticando che tale privativa è soggetta a tassa di concessione governativa, avendo l'art. 25 introdotto la seguente modificazione: "All'articolo 9, titolo IV, della tariffa indicata nella tabella allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 641, modificato da ultimo con decreto 28 dicembre 1995 del Ministro delle finanze, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 303 del 30 dicembre 1995, sono apportate le seguenti modifiche."

teriale, dei locali destinati alle funzioni di deposito di osservazione e (distintamente per i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti) di obitorio, ma anche del relativo servizio che si renda necessario (pulizia, custodia, osservazione, disinfezione, ecc.) all'assolvimento della funzione.

Trattandosi di una funzione che è attribuita unicamente al comune e che ha finalità di igiene e sanità pubblica (deposito di osservazione), nonché finalità igienico-sanitarie che si integrano con quelle di giustizia (obitorio), i servizi del deposito di osservazione e di obitorio costituiscono, allo stato, attività proprie del comune e, in quanto tali, aventi carattere istituzionale, tanto che la loro gestione viene a collocarsi nel quadro di riferimento dell'art. 113.bis D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modifiche<sup>(16)</sup>, che individua le forme di gestione - tra l'altro, prevedendo l'affidamento diretto<sup>(17)</sup> - pur consentendo la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ad istituzioni<sup>(18)</sup> <sup>(19)</sup>, ad aziende speciali<sup>(20)</sup>, anche consortili oppure a società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile (cioè aventi autonoma personalità giuridica di diritto civile). Data la marginalità della domanda di questa tipologia di servizi, in molti casi sembrerebbero sussistere le condizioni che ancora consentono la gestione in economia, ma qualora si ritenesse, localmente, di ricorrere ad altre forme di gestione esse vanno individuate in via esclusiva in quelle del comma 1 dell'art. 113.bis (e lasciando, intenzionalmente, *a latere* la questione delle modalità di affidamento<sup>(21)</sup>, limitandoci ai soggetti che possano "gestire" questi servizi).

za, appartenenza a famiglia bisognosa, disinteresse da parte dei familiari.

<sup>(16)</sup> In particolare, l'art. 113.bis è stato inserito dall'art. 35, comma 15, L. 28 dicembre 2001, n. 448.

<sup>(17)</sup> Aspetto che è stato preso in considerazione dalla Commissione dell'Unione europea nella nota del 26 giugno 2002 con cui ha ritenuto che l'Italia abbia violato gli obblighi delle direttive 92/50/CE e 93/38/CEE, nonché gli obblighi derivanti dagli artt. 43 e seguenti e 49 e seguenti del Trattato CE.

<sup>(18)</sup> Le istituzioni e le aziende speciali qui prese in considerazione sono definite dall'art. 114 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modifiche.

<sup>(19)</sup> L'istituzione è organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale.

<sup>(20)</sup> L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale.

<sup>(21)</sup> Se non altro per il fatto che la questione delle modalità di affidamento potrà, prima o poi, essere oggetto di

In questo quadro di riferimento, l'attività di gestione implica l'intero complesso delle attività, non solo di ordine materiale o strumentale, ma anche l'instaurazione dei rapporti giuridici concernenti il servizio o l'attività gestita, sia quando essa si svolga in economia, sia in affidamento ad istituzione, azienda speciale o società di capitali, costituite o partecipate dal comune. Nel caso di gestione in economia o con affidamento diretto ad istituzione il "soggetto agente" rimane il titolare della funzione, palesemente per la gestione in economia, ma anche nel caso dell'istituzione, essendo questo un ente strumentale che manca di personalità giuridica<sup>(22)</sup>. Negli altri casi (azienda speciale o società di capitali, si è in presenza di un'autonoma figura giuridica che, separatamente dal comune, agisce sulla base di un affidamento, svolgendo una funzione che è riservata al comune con la conseguenza che il soggetto affidatario (azienda speciale o società di capitali) viene ad assolvere a quelle funzioni riservate al comune e, in quanto tali, costituenti un monopolio legale, con l'ulteriore conseguenza che ad esse non si applicano le disposizioni degli articoli da 1 a 7 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, ma anche con l'altra conseguenza, a questa direttamente collegata, che viene a trovare applicazione l'art. 8, commi 2.bis, 2.ter, 2.ater della L. stessa, quali aggiunti dall'art. 11 della L. 5 marzo 2001, n. 57. La questione risulta particolarmente rilevante proprio in considerazione della marginalità di quest'area di attività, che può agevolmente indurre a valutarla come accessoria ad altre attività.

Nell'ipotesi dei servizi mortuari degli ospedali e delle case di cura, si ha una situazione abbastanza analoga rispetto a quella che si è appena vista per il deposito di osservazione e per l'obitorio, dove la situazione di monopolio legale non ha, come titolare, il comune, bensì l'ospedale o la casa di cura<sup>(23)</sup> <sup>(24)</sup>, poiché la

modifiche in conseguenza dell'intervenuta mezza in mora da parte della Commissione dell'Unione europea.

<sup>(22)</sup> Rispetto all'istituzione si esprime l'avviso, pur con la prudenza del caso, che in prospettiva l'affidamento diretto della gestione del servizio non presenti particolari elementi di incompatibilità con la normativa comunitaria in relazione all'assenza di personalità giuridica di questo organismo, neppure ente, e della sua esplicita strumentalità.

<sup>(23)</sup> E ciò a prescindere dal fatto che l'ospedale costituisca uno stabilimento dell'A.U.S.L., oppure uno stabilimento di specifica A.S.O. (Azienda Sanitaria Ospedaliera), oppure abbia personalità giuridica regolata dal codice civile e costituisca un'impresa di proprietà privata.

<sup>(24)</sup> Tali indicazioni si estendono alle RSA (Residenze sanitarie Assistenziali) di cui all'art. 20 L. 11 marzo 1988, n. 67, per le quali con il D.P.C.M. 22 dicembre 1989 sono stati dettati le prescrizioni sulle tipologie e sui requisiti, anche dimensionali, individuati in apposito allegato A, non sottovalutando un coordinamento con le

presenza - e la sua idoneità - del servizio mortuario costituisce una delle condizioni di funzionamento e, per le strutture diverse da quelle delle A.U.S.L. o delle A.S.O., condizione per l'autorizzazione al funzionamento, comunque denominata (riconoscimento, accreditamento, convenzione, ecc.).

In altri termini, anche in questo caso si ha una situazione di monopolio legale costituendo l'attività del servizio mortuario un segmento necessario dell'attività dell'ospedale, della casa di cura, della R.S.A. che può venire meno solo con la cessazione della funzione principale. Cioè, se l'attività propria dell'ospedale, della casa di cura, della R.S.A. non costituisce attività soggetta a riserva od a monopolio legale, una delle condizioni per cui questa possa svolgersi è che sia assicurato anche l'idoneo servizio mortuario, e questo assume qualificazione di attività "riservata".

Per quanto riguarda il servizio mortuario degli ospedali, case di cura, R.S.A. non vengono ad applicarsi le disposizioni concernenti i servizi pubblici locali, in quanto si tratta di servizi propriamente sanitari per cui non vengono prese in considerazione le particolari forme di gestione di questi. Se l'eventualità della gestione in economia diretta, fisiologicamente ordinaria in questi casi, appare abbastanza scevra di aspetti che importino valutazioni, ciò non di meno si deve considerare come gli ospedali, le case di cura, le R.S.A. possano assicurare l'espletamento del servizio ricorrendo ad modalità diverse dalla gestione in economia, principalmente attraverso il ricorso all'istituto dell'appalto (artt. 1655 e ss. c.c.)<sup>(25)</sup>. Non si entra sull'aspetto dell'affidamento, in quanto esso può essere soggetto a vincoli o prescrizioni oppure non soggetto, in relazione alla natura del soggetto titolare della funzione<sup>(26)</sup>, mettendo in evidenza unicamente l'aspetto per il quale, costituendo il servizio mortuario un monopolio legale oggettivo, l'affidamento dovrà tenere conto delle disposizioni di cui all'art. 8 L. 10 ottobre 1990, n. 287, con la conseguenza che dell'affidamento potranno essere destinatari soggetti imprenditoriali che assicurino tali condizioni, cioè che

---

prescrizioni tecniche del d.P.R. 14 gennaio 1997, nel senso che devono essere soddisfatte entrambe le normative.

<sup>(25)</sup> Poiché rimane fermo che i locali e le attrezzature devono necessariamente essere poste a disposizione dall'ospedale o dagli altri soggetti qui considerati, il servizio viene a riguardare le prestazioni e le attività, magari anche la fornitura di materiali di consumo, con il rischio di sconfinare nel contratto di prestazione d'opera (artt. 2222 e ss. cc.).

<sup>(26)</sup> Ad esempio gli ospedali delle A.U.S.L. e delle A.S.O. o le R.S.A. aventi personalità giuridica di diritto pubblico sono tenute ad osservare procedure di affidamento a volte diverse rispetto agli ospedali o case di cura o R.S.A. di diritto privato.

non svolgano attività in mercati diversi da quello della gestione del servizio mortuario, oppure che operino in mercati diversi attraverso società separate e, in questo caso, con le cautele dell'art. 8, comma 2.ter e con i vincoli del successivo comma 2.ater L. 10 ottobre 1990, n. 287. In altri termini, da un lato la separazione societaria non deve essere meramente formale, dall'altro il soggetto gestore del servizio mortuario degli ospedali, case di cura o R.S.A. è tenuto a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese, anche se direttamente concorrenti su altri mercati, obbligazione che dovrebbe essere espressa chiaramente nel titolo contrattuale.

Non va dimenticato come spesso la gestione del servizio mortuario degli ospedali, case di cura, R.S.A. costituisca una situazione favorevole a determinare le condizioni di cui all'art. 3 L. 10 ottobre 1990, n. 287<sup>(27)</sup>.

2.b. Il trasporto di cadaveri.

La prima fase di attività che va affrontata è quella concernente il trasporto di cadaveri, dal momento che l'art. 1, n. 8) del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 individuava tra i pubblici servizi che potevano essere esercitati dai comuni i *trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali*, sia in relazione alla natura sia in relazione alla "privativa" (che; nel richiamato testo unico, poteva riguardare anche gli stabilimenti per la macellazione, i mercati pubblici (ma non la nettezza pubblica e lo sgombero delle immondizie, la cui "privativa" (art. 4, comma 4, lett. c), n. 2) L. 23 ottobre 1992, n. 421; art. 58 D.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507; art. 21, comma 1 D.Lgs. 22 febbraio 1997, n. 22). Il trasporto funebre è attività sostanzialmente regolata dall'art. 16 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 che al comma 1, nel suo testo originario, prevedeva che esso fosse svolto a pagamento, secondo tariffe stabilite dall'autorità comunale, allorché fossero richiesti servizi e trattamenti speciali (eccezione), mentre avvenisse *a carico del comune* in ogni altro caso (regola). Nella seconda ipotesi, l'attribuzione del relativo onere al bilancio del comune determinava la conseguenza che si trattasse di un servizio "istituzionale", dovuto e da erogare a tutti, a prescindere dalle situazioni economiche soggettive dei fruitori, collocando quello livello di attività al di fuori dei servizi pubblici locali, mentre in tale ambito rientra il trasporto funebre effettuato a pagamento, in presenza delle condizioni previste perché avvenisse a titolo oneroso per i fruitori.

Va osservato come tra i due livelli di prestazioni del servizio di trasporto funebre, quello "normale"

---

<sup>(27)</sup> Con l'unica differenziazione relativamente alla dimensione del mercato in cui tali comportamenti si verificano.

dell'onere a carico del bilancio comunale e quello "eccezionale" del servizio a pagamento, suscettibile, se del caso, di essere esercitato in termini di servizio pubblico locale e con le forme del titolo V parte prima D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modifiche, vi sia stata spesso sovrapposizione e poca chiarezza.

Con l'art. 1, comma 7.bis D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 2001, n. 26, tra l'altro, è stabilito che il trasporto funebre sia sempre a pagamento, anche quando sussistano le condizioni di gratuità della sepoltura, sia che essa avvenga con sistema d'inumazione oppure con il ricorso alla cremazione (la tumulazione è sempre stata una forma di sepoltura a titolo oneroso e qualificabile come sepolcro privato e rispetto a cui i comuni non hanno obblighi a provvedere di qualsiasi genere), con la conseguenza che, attualmente, si ha l'unica fattispecie del trasporto funebre a pagamento (con un'abrogazione implicita dell'art. 16, comma 1, lett. b) D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 ed una modifica, anch'essa implicita, della precedente lett. a) non avendo più alcun significato la condizione della richiesta di servizi e trattamenti speciali).

Sulla portata dell'art. 1, n. 8) R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 e, nel particolare, all'ipotesi della privativa (sinonimo di monopolio legale) è stato variamente discusso e ci si limita a ricordare il parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato del 14 luglio 1998, decisamente auto-contraddittorio su questioni di non poco conto<sup>(28)</sup>, su cui si sono allineate alcune, ma non tutte, decisioni di T.A.R., spesso senza grandi approfondimenti giuridici. Si tratta di questioni che vanno affrontate, ora, con altra logica, dopo che è intervenuto l'art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448, con cui sono state dettate nuove norme in materia di servizi pubblici locali: con il comma 12, lett. g) è stato modificato il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli

enti locali di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, abrogandone l'art. 123, comma 3. L'art. 123 di quest'ultimo testo unico prevedeva la conferma dell'obbligo di adeguamento delle aziende speciali, "strumenti" per l'esercizio dei servizi pubblici locali, e dell'iscrizione nel registro delle imprese, avendo le aziende speciali propria personalità giuridica (comma 1)<sup>(29)</sup>, la salvaguardia degli atti e contratti posti in essere dalle aziende speciali prima dell'attuazione del registro delle imprese (comma 2) e, infine, il comma 3 prevedeva che le norme del testo unico di cui al R.D. 2578/1925 si applicassero fino all'adeguamento delle aziende speciali alla disciplina dettata dal testo unico di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Con l'abrogazione di tale ultimo comma si è aperta la questione se il testo unico di cui al R.D. 2578/1925 dovesse ritenersi abrogato (totalmente abrogato) o se sia stata abrogata unicamente la norma transitoria dello stesso art. 125, comma 3 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Infatti, non è insostenibile che l'abrogazione sia delimitata unicamente alla norma transitoria, nel senso che quanto viene meno sia unicamente la normativa "transitoria" sulle aziende speciali, considerando che esse non sono state superate, come forma di gestione dei servizi pubblici locali, se non con riguardo ai servizi pubblici di rilevanza industriale, rimanendo (art. 113.bis D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, quale introdotto dall'art. 35, comma 15 L. 28 dicembre 2001, n. 448) come forma di gestione possibile per i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale. L'individuazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale avrebbe dovuto avvenire con apposito regolamento (art. 35, comma 16 L. 28 dicembre 2001, n. 448), emanazione che non ha avuto luogo non solo per ritardi, più o meno, tecnici, ma principalmente per il fatto che le modifiche dell'art. 35 stesso sono state ritenute non sufficienti al rispetto delle regole del mercato determinate in sede comunitaria, tanto da portare la Commissione dell'Unione europea a mettere in mora l'Italia su questo punto con atto del 26 giugno 2002, cosa che ha determinato l'esigenza di una revisione della normativa, al momento non ancora realizzata. Vi è, comunque, un forte orientamento a ritenere, almeno in via interpretativa, abrogato il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, almeno per i servizi pubblici locali con rilevanza industriale, tra i quali il servizio di trasporto funebre non sembra proprio dover rientrare e, laddove venisse confermata la qualificazione di servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, si dovrebbe concludere che il R.D. 2578/1925 debba considerarsi ancora pienamente applicabile ad esso.

<sup>(28)</sup> Il parere è stato emanato in vigenza della L. 8 giugno 1990, n. 142, e con riferimento all'art. 22, sottovalutando che la riserva di legge da questa norma giustamente pretesa era assolta proprio dal T.U. di cui al R.D. 2578/1925, ma, soprattutto, evidenzia un'insostenibile contraddizione tra l'affermazione per la quale l'art. 22 L. 142/1990 "avrebbe" abrogato detto testo unico rispetto alle conclusioni finali in cui "si auspica" che il Governo, e per giunta con una norma di rango secondario (anziché primario, come correttamente richiesto dal citato art. 22) modifici un Regolamento che, per inciso, non aveva pertinenza alla questione del monopolio legale. Se effettivamente abrogazione vi fosse stata, l'auspicio non aveva proprio senso, mentre l'auspicio aveva senso partendo dal presupposto della vigenza della disposizione attorno alla "privativa" (monopolio legale) e si ritenesse, per ragioni di merito, di non farvi ricorso. Tra l'altro, tale parere non prende in considerazione i principi della legislazione comunitaria in materia di concorrenza e mercato, cosa del tutto significativa.

<sup>(29)</sup> Per altro, tali prescrizioni avevano natura confirmatoria delle disposizioni del D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito, con modificazioni, nella L. 29 marzo 1995, n. 95.

In tale situazione di incertezza interpretativa e di prospettica evoluzione della normativa, non è sostenibile, in termini certi ed inoppugnabili, che possa parlarsi ancora di una situazione di monopolio legale per quanto riguarda il trasporto pubblico, tanto che anche i soggetti interessati, attraverso le proprie organizzazioni, non sostengono questa linea, ma si sono posti, ormai da tempo, nell'ottica di operare sul mercato come se il monopolio legale fosse dichiaratamente insussistente, anche per il fatto che in tal modo possono essere incrementati i livelli di efficienza e di qualità del servizio.

#### 2.c. I cimiteri

Una seconda fase di attività in cui può individuarsi una condizione di monopolio legale si ha nell'ambito cimiteriale, che per altro non ha minimamente rilevanza in termini di servizio pubblico locale, essendo il "monopolio" (ma si può veramente parlare di monopolio?) sui cimiteri riferito alla loro natura demaniale. È corretto, a questo punto, porre la domanda se il carattere, la natura della demanialità costituisca un monopolio, od un monopolio legale, non trascurando che questo carattere riguarda il comune, non certamente l'eventuale forma di gestione o il soggetto gestore. Il carattere demaniale delle aree cimiteriali discende, oltre che da una voluta opzione del legislatore<sup>(30)</sup>, dal fatto che la funzione cimiteriale stessa è propria del comune<sup>(31)</sup> e determina che rispetto ai beni che ne sono oggetto non possano sorgere diritti a favore dei terzi, riguardo al comune titolare della demanialità, se non in conformità alle norme speciali che regolano l'uso di tali beni (art. 823 C.C.); la demanialità consegue alla funzione, cui è strettamente connessa, tanto che essa è presente, criticamente, anche con riferimento ai sepolcri privati fuori dai cimiteri<sup>(32)</sup>. Questo nesso tra funzione e demanialità, in cui la seconda consegue alla prima, si giustifica con il fatto che la funzione dei cimiteri non è solo quella di un luogo di raccolta "tecnica" dei cadaveri, quanto un luogo della memoria, individuale e della comunità, un luogo dei "riti" della morte, presenti in tutte le colture senza differenze di tempo e latitudine, in qualche modo come

luogo di auto-riconoscimento della società di fronte al fenomeno della morte dei propri membri. Il punto che quindi può avere qui interesse non è tanto la demanialità in sé, quanto piuttosto quello sulla forma di gestione e sul soggetto gestore, dato che è in questo ambito che si determina l'esercizio di un'attività in forma esclusiva. Quando la forma di gestione sia quella dell'economia diretta e gestore sia il medesimo soggetto che ne è titolare, questa attività è svolta in termini "istituzionali", seppure il termine non sia in sé soddisfacente, quale pubblica autorità e nell'esercizio di quei pubblici poteri, di quella potestà di imperio tipica delle amministrazioni pubbliche.

A questo punto si rende necessaria un'analisi di quale possa essere l'ambito del "monopolio legale" che sussista per derivazione dalla demanialità. Infatti, non si può sostenere che sussista un "monopolio legale", quale stabilito da norma di legge rispetto ad ogni e qualsiasi attività si svolga all'interno del recinto cimiteriale (o, all'interno della fascia di rispetto che contorna il cimitero). Il primo "limite" è proprio quello territoriale, in quanto nell'area compresa tra il limite della fascia di rispetto e la recinzione cimiteriale possono essere svolte attività economiche, tipicamente quelle colturali, mentre non possono esserne svolte altre, tipicamente quelle edificatorie, ma sia quanto può avervi luogo che quanto sia vietato è estraneo al "monopolio legale" che importa una riserva stabilita per legge in favore di un determinato soggetto, tanto che quanto sia vietato lo è anche rispetto al comune stesso, titolare della demanialità, senza considerare che i limiti di utilizzo dell'area compresa nella fascia di rispetto cimiteriale non incide sulla proprietà, seppure questa subisca limitazioni nei modi d'uso. Da ciò consegue che l'ambito su cui può sussistere un "monopolio legale" non eccede, territorialmente, l'ambito della recinzione del cimitero. Tuttavia, ciò non importa che qualsiasi attività, sia che abbia natura economica o meno, debba considerarsi come compresa nel "monopolio legale", ma solo che questo ultimo non possa eccedere tale limite territoriale. Se si considera l'art. 62 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (ma anche il successivo art. 63, oppure gli artt. 90, 91 e 92) si individuano comportamenti ed attività rispetto a cui il comune dispone di un potere di regolazione, attraverso la propria potestà regolamentare, ma che non importano la messa in opera "diretta" di attività da parte del comune: infatti, l'art. 62 consente l'innalzamento di monumenti e lapidi sulle aree avute in concessione da parte dei privati, ma ciò non importa che sia il comune, in quanto "monopolista legale", a dovervi provvedere, anzi ciò è escluso dal successivo art. 63, limitandosi la funzione nell'ambito della potestà autorizzativi secondo le specifiche norme e condizioni stabilite nel regolamento comunale di polizia mortuaria. Altrettanto, la concessione di aree per la costruzione di sepolcri privati a tumulazione, facoltà che può esse-

<sup>(30)</sup> Che non è posta in discussione, semmai riconfermata, anche nella Relazione al DdL "Disciplina delle attività in materia funeraria", nel testo presentato per l'esame preliminare al Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2003 (e che notizie di stampa riferiscono essere stato approvato quasi senza discussioni).

<sup>(31)</sup> L'art. 341 T.U.LL.SS. assume rilevanza di norma di ordine pubblico, per il fatto che la sua violazione, accanto alla sanzione (*norma perfecta*), comporta anche l'obbligo del ripristino della violazione commessa con il trasferimento delle spoglie al cimitero.

<sup>(32)</sup> Art. 104, comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 e art. 338 T.U.LL.SS. quale "modificando" dall'art. 3 DdL "Disciplina dell'attività in materia funeraria", presentato il 7 marzo 2003.

re utilizzata se ed in quanto conforme alla previsione dei piani regolatori cimiteriali (che si attegga a presupposto indispensabile) e con il cui atto di concessione possono anche essere imposti ai concessionari determinati obblighi, tra cui quello della costruzione entro termini determinati, non attribuisce al comune una riserva per legge alla costruzione dei sepolcri privati all'interno dei cimiteri<sup>(33)</sup>, così che la costruzione dei manufatti sepolcrali stessi non costituisce oggetto di riserva, e disposta per legge, nei confronti del comune, ma può avvenire a cura del privato concessionario o di impresa idoneamente attrezzata ad eseguirla che ne sia commissionata dallo stesso concessionario, secondo le normali procedure di esecuzione dei lavori pubblici. Si tratta di esemplificazioni del tutto di immediata percepibilità e che consentono di cogliere come la portata della "riserva" attribuita per legge al comune, quando in sostanza costituisce oggetto del monopolio legale, sia una sfera di attività che non ha riguardo a qualsiasi attività venga a svolgersi all'interno del cimitero, bensì ad un ambito più ristretto. Anzi, a ben vedere, il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, come i regolamenti di polizia mortuaria che l'hanno preceduto, non prendere neppure in considerazione l'ipotesi che sia il comune, titolare della demanialità dell'area cimiteriale, a provvedere alla costruzione di manufatti sepolcrali, limitando le proprie previsioni alla sola fattispecie della concessione dell'area, purché ciò sia preventivamente previsto nel piano regolatore cimiteriale (art. 91), concessione di area strettamente collegata con la finalità della costruzione (art. 90, comma 1), finalità che può essere regolata, con l'atto di concessione, anche nel tempo (art. 92, comma 3): è del tutto evidente che la costruzione del sepolcro, come attività edificatoria, non sia minimamente riservata al comune, ma neppure presa in considerazione quale una delle ipotesi possibili<sup>(34)</sup>. In altri termini, la mera costruzione, edificazione dei manufatti sepolcrali., specie per le tumulazioni<sup>(35)</sup>, pre-

scinde dalla demanialità dei cimiteri e non fa sorgere alcuna situazione, più o meno lontanamente, configurabile in termini di esclusiva, di privativa o di monopolio legale (indifferentemente dai termini che si vogliono utilizzare).

Quando il soggetto titolare della funzione si avvalga di soggetti terzi, all'interno delle forme di gestione consentite dall'ordinamento giuridico, si determina una separazione, quanto meno di fatto, tra pubbliche potestà e gestione, fermo restando che tra le prime vi è la potestà regolatrice, dando luogo, seppure per interposto soggetto, ad una distinzione tra le due sfere, ponendo quindi la questione sia dei rapporti interni tra comune e gestore sia quella dei rapporti esterni tra gestore e soggetti terzi. Dal momento che il soggetto gestore è individuabile, al presente, nell'ambito dell'art. 113.bis D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modifiche, poiché il cimitero ha natura di bene demaniale e ne è assoggettato al regime di tali beni e, quindi, risultando privo di rilevanza industriale per definizione e natura, quando il soggetto gestore svolga unicamente quest'attività si ha una situazione sostanzialmente simile a quella della gestione con la forma dell'economia diretta, in condizioni di monopolio legale, in quanto il gestore opera strumentalmente rispetto al comune. In tal caso, il monopolio legale riguarda l'attività in quanto tale, che è, e rimane, attività della pubblica amministrazione. Qualora, il soggetto gestore, svolga anche altre attività oltre a questa, va valutato se e quanto possa trovare applicazione l'art. 8 Legge 10 ottobre 1990, n. 287, specie dopo le modifiche introdotte, sul punto, dall'art. 11, comma 3 Legge 5 marzo 2001, n. 57. Infatti, l'art. 8 prevede che le disposizioni in materia di concorrenza e mercato si applichino alle imprese, senza considerare se il loro capitale sia privato o pubblico, ma con l'esclusione delle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operino in regime di monopolio sul mercato. Nella fattispecie non entra in gioco la gestione di servizi di interesse economico generale e, per giunta, esercitati da imprese individuate per disposizione di legge, sia per il fatto che il cimitero non risponde ad esigenze economiche generali, ma piuttosto locali, sia per il fatto che l'elemento economico ne è estraneo<sup>(36)</sup> e quando

<sup>(33)</sup> Anzi, in tutto il testo del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 non si ha una norma che attribuisca al comune neppure la facoltà di provvedere direttamente alla costruzione di manufatti sepolcrali a tumulazione, ma unicamente l'obbligo della dotazione di adeguata superficie per le sepolture ad inumazione.

<sup>(34)</sup> L'assenza di una previsione fa sì che l'attività edificatoria di sepolcri nei cimiteri sia "neutra" sotto questo profilo; tuttavia non va dimenticato come sia largamente diffusa la prassi per la quale sia spesso il comune a provvedere alla costruzione di manufatti sepolcrali, in particolare per le tumulazioni individuali, ma anche per tumulazioni di famiglia, prassi così largamente diffusasi che quasi ovunque appare percepita quasi come fondata su un obbligo giuridico effettivamente sussistente.

<sup>(35)</sup> Anche qui non va dimenticato come l'obbligo per i comuni consista nel disporre di sepolture a tumulazione e di superficie adeguata, calcolata con i criteri dell'art. 58

D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, e che la sepoltura "normale" sia quella a sistema d'inumazione, restando la tumulazione semplicemente ammessa e, in ogni caso, per l'area eventualmente eccedente il fabbisogno, nonché se prevista dal piano regolatore cimiteriale. Cioè la tumulazione conserva il carattere di sepoltura "eccezionale", pur se i mutamenti intervenuti nel tempo, sotto il profilo del costume, abbiano fatto sì che essa sia divenuta, concretamente, la pratica funebre maggioritaria.

(<sup>36</sup>) e quando anche ammettendo, accademicamente, rilevanti, rileva in termini del tutto strumentali rispetto alla funzione, mentre si ha una situazione di monopolio legale riferita al comune, prescindendo dalle modalità, anzi dalle forme, di gestione. Con ciò non si determina una sorta di “neutralità” della forma di gestione, ma una strumentalità del gestore rispetto al titolare della funzione, che rileva sia nei rapporti “interni” (tra comune e gestore) sia, a certe condizioni, nei rapporti “esterni” (tra clienti e gestore).

Viene qui a porsi la questione della portata dell’art. 8 L. 10 ottobre 1990, n. 287, quale modificato dall’art. 11 L. 5 marzo 2001, n. 57, riguardante le imprese pubbliche e in monopolio legale. La disposizione prevede che le norme concernenti le norme sulla concorrenza ed i rapporti con l’ordinamento comunitario, quelle sulle intese restrittive della libertà di concorrenza, quelle sulla condizione di abuso di posizione dominante sul mercato, quelle sulle operazioni di concentrazione, quelle sul divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza, quelle sul controllo delle imprese si applichino indifferentemente alle imprese private che a quelle pubbliche, ma anche a quelle a prevalente partecipazione statale. Rispetto all’ultima fattispecie emerge subito che la “prevalente partecipazione” riguardi la partecipazione dello Stato che non sembra estensibile, immediatamente, a quando la partecipazione non sia dello Stato, ma di altre amministrazioni, seppure pubbliche poiché nella stessa legge il riferimento ad un ambito territoriale è presente, ad esempio, all’art. 3, laddove si individua un mercato nazionale o una parte rilevante del mercato nazionale, il che lascia emergere la considerazione che non abbia rilevanza un mercato limitato quale quello comunale od escludere da questo contesto la fattispecie della partecipazione prevalente dell’ente locale (<sup>37</sup>). Di maggiore interesse, l’individuazione delle “imprese pubbliche”, dovendosi qualificare queste nei termini del controllo da parte di amministrazioni pubbliche, alla luce dell’art. 7 Legge 10 ottobre 1990, n. 287 che, a sua volta, rinvia, all’art. 2359 c.c.. Per l’anzidetto art. 7 il controllo si ha “*nei casi contemplati dall’art. 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un’influenza determinante sulle attività di un’impresa, anche attraverso, diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del*

*patrimonio di un’impresa, diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un’influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un’impresa. Il controllo è acquisito dalla persona o dalla impresa o dal gruppo di persone o di imprese che siano titolari dei diritti o beneficiari dei contratti o soggetti degli altri rapporti giuridici suddetti; o che, pur non essendo titolari di tali diritti o beneficiari di tali contratti o soggetti di tali rapporti giuridici, abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano*”, mentre per l’art. 2359 c.c. (<sup>38</sup>) sono considerate società controllate, e collegate, *le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma [dell’art. 2359 c.c. N.d.A] si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.*”: le due disposizioni vanno comunque considerate congiuntamente, proprio per il rinvio fatto dalla prima alla seconda, anche se la prima, nei fatti, amplia (... ed inoltre in presenza di ...) la fattispecie. Alla luce di tali definizioni, è abbastanza agevole ricavare che si sia in presenza di un’impresa qualificabile quale pubblica allorquando la proprietà del capitale sociale sia detenuta da un’amministrazione pubblica, specie se tale proprietà sia al 100 % o comunque se in misura tale da assicurare la maggioranza dei voti assembleari, anche quanto l’impresa sia stata costituita a norma del codice civile ed abbia natura e personalità giuridica di diritto privato.

Al contrario le norme della prima parte del titolo I della L. 10 ottobre 1990, n. 287 non si applicano alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale od operino in regime di monopolio (legale) sul mercato: ricorrono qui alcuni elementi sostanziali: la fonte legislativa, l’esercizio di servizi di interesse generale (o, il monopolio legale, che, a sua volta, riprende l’esigenza della fonte legislativa). Nel caso dei servizi generali questa “riserva di legge” non sussiste (a favore delle imprese operanti con contratto di servizio stipulato con il comune ai sensi delle norme in materia di servi-

(<sup>36</sup>) Ciò non significa che non vi siano valori economici, ma solo che la finalità non è economica, bensì quella di rispondere alle esigenze di sepoltura.

(<sup>37</sup>) Va ricordato che i comuni sono 8.101, ciascuno dei quali ha riguardo ad una parte non certamente rilevante di mercato, dato che il comune di maggiori dimensioni, in termini di popolazione, non rappresenta neppure il 5 % dell’intera popolazione nazionale.

(<sup>38</sup>) Quale sostituito prima dall’art. 6 D.L. 8 aprile 1974, n. 95, convertito nella L. 7 giugno 1974, n. 216, e successivamente dall’art. 1 D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

zi pubblici locali), né vi è un interesse generale, in quanto esso è limitato al solo ambito del comune, o dei comuni, che ha proceduto all'affidamento del servizio. Per inciso, non va sottovalutata la distinzione tra interesse generale da un lato e pubblico interesse dall'altro, dato che questo ultimo può sussistere anche in ambito territorialmente limitato.

Laddove sussistesse, cosa che viene esclusa per le considerazioni precedenti, la riserva di esclusione dell'art. 8, comma 2 L. 10 ottobre 1990, n. 287 si renderebbe necessaria una separazione societaria nell'eventualità di svolgimento di attività in mercati diversi da quelli "esclusi", nonché la preventiva comunicazione all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato<sup>(39)</sup>.

In altre parole, si perviene così a risultati analoghi rispetto a quelli cui si è pervenuti per altra via, considerando la strumentalità dell'impresa rispetto all'esercizio delle funzioni "pubbliche" proprie del comune, in quanto titolare della demanialità del cimitero.

#### 2.c.1. I cimiteri

Se le attività cimiteriali prese in considerazione al precedente punto 2.c) avevano riguardo principalmente all'attività di gestione del cimitero in termini di operazioni cimiteriali, manutenzione delle sepolture, costruzioni di manufatti sepolcrali a tumulazione ed - a certe condizioni - all'istruttoria per la costituzione dei rapporti giuridici di cui al Capo XVIII D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285<sup>(40)</sup>, non si deve dimenticare come esse possano anche comprendere tipologie di attività di altro genere, come quelle di installazione di monumenti funebri, delle forniture floreali, dell'illuminazione votiva, delle cure delle singole sepolture comportanti la manutenzione dei manufatti ed arredi privati presenti nei cimiteri.

Tali attività, in particolare quelle che hanno riguardo ai monumenti sui sepolcri privati nei cimiteri, non godono di alcuna caratteristica che possa far valutare come sussistente un interesse generale o una situazione di monopolio legale. Ad esempio, anche il servizio di illuminazione votiva, che è qualificato come servizio pubblico a domanda individuale<sup>(41)</sup>, non ha carattere tale da poter essere considerato come un servizio "riservato" al comune, poiché la qualificazione di servizio a domanda individuale ha riguardo ad una verifica del grado di copertura dei costi di servizi da parte delle tariffe, copertura, oltretutto, valutabile in termini complessivi tra tutti i servizi così qualificati.

<sup>(39)</sup> Art. 8, commi 2.bis e 2.ter L. 10 ottobre 1990, n. 287, come aggiunti dall'art. 11, L. 5 marzo 2001, n. 57 "Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati."

<sup>(40)</sup> Ci si riferisce alle concessioni cimiteriali.

<sup>(41)</sup> Si veda, ad esempio, il D.M. (Interno) 31 dicembre 1983 (tra l'altro modificato dall'art. 2, comma 4 D.M. (Interno) 1° luglio 2002).

Ne consegue che per le attività per le quali non si abbia un monopolio legale, cioè una riserva dettata da norma di legge in favore di determinati soggetti, vengono normalmente a doversi assicurare ordinarie condizioni di mercato.

### 3. Conclusioni

Da quanto precede, viene ad emergere che situazioni di monopolio legale siano individuabili nelle attività concernenti l'esercizio del deposito di osservazione e dell'obitorio, per i comuni, e concernenti l'esercizio del servizio mortuario, per gli ospedali, case di cura e R.A.S., nonché, limitatamente ai comuni, per quanto riguarda le concessioni cimiteriali, regolate dal Capo XVIII D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 in quanto esse derivano dalla natura demaniale dei cimiteri, demanialità che discende dalla funzione.

A differenza di quanto avviene per il servizio pubblico locale<sup>(42)</sup> della distribuzione e fornitura del gas naturale in cui la distribuzione del gas comporta la separazione societaria da ogni altra attività nel settore (trasporto, dispacciamento, stoccaggio, ecc.)<sup>(43)</sup>, indipendentemente sia dal fatto che queste, o alcune di esse, costituisca servizio pubblico locale o meno ed, altresì, indipendentemente dalle previsioni dell'art. 8 L. 10 ottobre 1990, n. 287<sup>(44)</sup>, nell'ambito delle attività funebri e cimiteriali si rende necessario operare una ricostruzione interpretativa volta ad individuare laddove sussista una condizione di monopolio legale, essendo assente l'interesse economico generale, pur se trattasi di servizi che rispondono a bisogni di tutta la popolazione e, per giunta, di bisogni che necessariamente devono essere soddisfatti<sup>(45)</sup>.

<sup>(42)</sup> Tuttavia, il fatto che questo sia anche uno dei servizi pubblici locali non importa che vi sia una situazione necessariamente di "riserva" all'ente locale e, quindi, esso non ha sempre natura di servizio pubblico locale.

<sup>(43)</sup> Art. 21 D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164.

<sup>(44)</sup> Il ché presuppone che il legislatore abbia conferito, con questa stessa disposizione, alla distribuzione del gas naturale la qualificazione di un'attività di servizio di interesse economico generale.

<sup>(45)</sup> Per quanto riguarda la sepoltura dei cadaveri, mentre tale necessità di soddisfacimento della domanda (e, qui, non si ha più un bisogno) non si ha per le sepolture che siano richieste in sepolcri privati nei cimiteri, come nel caso delle tumulazioni, individuali o di famiglia o di collettività, e nelle altre forme e modalità che, in relazione agli usi e costumi locali, abbia caratteristiche diverse dall'inumazione di cui agli artt. 49 comma 1, 50, 58 e ss. D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.