

Rubriche

Non è reato recedere dalla concessione di trasporto funebre

di Sereno Scolaro

1. La vicenda

La controversia ha avuto riguardo al reato di falso ideologico, consistente nel fatto del *"Il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'articolo 476"* (art. 479 c.p.), cioè con la reclusione (art. 23 c.p.) da uno a sei anni oppure, se si tratti di atto che faccia fede fino a querela di falso, con la reclusione da tre a dieci anni. Considerando le pene, non si tratta certo di un reato minore.

Accanto al precedente, era concorrente anche l'imputazione di abuso d'ufficio, consistente nel fatto che *"1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità."* (art. 323 c.p.).

Prima di affrontare la controversia penale, merita una sommaria illustrazione la vicenda che ha portato all'imputazione per il reato di falso ideologico.

Un comune, di poco superiore a 5.000 abitanti e con una mortalità attorno alle 60 unità annue (i dati dimensionali non sono secondari), alla fine di luglio 1997 aveva avviato una gara per l'affidamento del servizio pubblico locale di trasporto funebre all'interno del territorio comunale, con diritto di privativa (alla luce dell'art. 1, n. 8 testo unico approvato con R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578). Alla gara parteciparono due ditte, una delle quali offriva lo 0,00 % e l'altra il 19,50 %, con la precisazione, da parte della prima offerente, che *"l'offerta presentata è*

a conferma del prezzo individuato dall'Amministrazione nei confronti del cittadino", precisazione che consentiva al presidente della commissione di gara di cogliere una diversa interpretazione agli atti di gara, rinviando le ulteriori valutazioni sull'aggiudicazione al responsabile del procedimento.

Il bando prevedeva l'aggiudicazione a licitazione privata *"mediante la presentazione di offerte contenenti le percentuali di aumento sul diritto fisso di privativa, dovuto al Comune per ogni trasporto, determinato in Lire 100.000 all'art. 13, comma 3, del vigente regolamento di Polizia Mortuaria."*

Senza entrare nel merito se la somma costituisca una remunerazione dei costi di effettuazione dei trasporti funebri, tra l'altro influenzati nei costi fissi, dal probabile basso numero dei trasporti interessati alla gara (considerando i dati numeri territoriali si può presumere che la maggioranza dei decessi avvenga fuori dal territorio comunale (ospedali) e conseguentemente esulino dall'ambito di gara, riguardante i trasporti che si svolgono esclusivamente nell'ambito del territorio comunale, probabilmente dimensionabili in ben poche unità annue, probabilmente computabili su di una mano o poco più) oppure se essa costituisca un'astratta determinazione a carattere tributario, come è intrinseco nella natura del diritto fisso, la formula usata nel bando di gara prevedeva un aumento sulla misura, predeterminata, del diritto fisso di privativa.

La possibile diversa interpretazione (ma forse l'interpretazione non poteva che essere una sola) sui criteri di formulazione dell'offerta e, conseguentemente, di aggiudicazione induceva l'Amministrazione comunale ad adottare deliberazione di non aggiudicazione, la quale veniva impugnata in sede di giurisdizione amministrativa, ottenendo dal T.a.r. una prima ordinanza di sospensione cautelare di sospensione della deliberazione di non aggiudicazione nonché di sospensione dell'indizione di nuova gara avente il medesimo oggetto e, successivamente (dopo alcuni mesi), altra ordinanza di sospensione cautelare con cui si assegnava un termine per provvedere e disposta, contestualmente, la nomina di specifico commissario *ad acta* per provvedere all'aggiudicazione,

nell'ipotesi di persistente inottemperanza dell'Amministrazione comunale. Dato che quanto ipotizzato dal potere di preveggenza del T.a.r., cioè l'inottemperanza, si veniva a concretizzare, quanto meno in termini di inerzia, il commissario *ad acta* procedeva all'aggiudicazione, cui conseguiva la stipula del contratto.

Decorso all'incirca un anno, il sindaco assumeva ordinanza volta al riscatto della concessione del servizio di trasporto funebre, in osservanza del regolamento e del contratto, ordinanza anch'essa oggetto di rimedio giurisdizionale in sede amministrativa che portava alla sua sospensione (ulteriore ordinanza di sospensione cautelare):

A questo punto, dopo all'incirca un altro anno, interveniva determinazione del responsabile del servizio, previa comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif. e l'instaurazione di un procedimento cui la ditta interessata partecipava al procedimento con proprie memorie (a sua volta, ulteriormente impugnata in sede di giurisdizione amministrativa, ma anche in sede di giurisdizione ordinaria sotto il profilo penalistico, di cui è stato fatto cenno all'inizio). Sarebbe utile porre la domanda se la vicenda, con il suo contenzioso, presenti elementi di proporzionalità tra gli oneri che ha avuto per l'azienda rispetto alla "remunerazione" contrattuale ⁽¹⁾, proporzione chiaramente assente e che, per questo, induce a valutare che l'insistenza dell'azienda non si motivi unicamente con l'interesse economico, ma con altre motivazioni o con un interesse economico non esplicito o, altrimenti, occulto.

2. Le imputazioni

All'inizio è stato dato conto dei reati d'imputazione. La "falsità" attribuita al responsabile del servizio riguardava l'asserzione per cui sarebbe stata falsa l'affermazione che 1) la scelta del contraente non sarebbe avvenuta nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e della libera concorrenza, 2) vi fossero situazioni di disparità e scarsa trasparenza nei confronti di tutti i cittadini, 3) il contratto rescisso unilateralmente sarebbe stato concluso senza la preventiva approvazione del suo schema da parte degli organi dell'ente, nonché concluso ed eseguito in contrasto con l'interesse pubblico della tutela della concorrenza nella scelta del concorrente, in considerazione che esso era stato stipulato a seguito dei giudizi amministrativi che, alla fine, avevano portato all'attività del commissario *ad acta*.

Riguardo alla fattispecie di "abuso d'ufficio", il danno ingiusto (di carattere patrimoniale) sarebbe derivato dalla violazione delle norme sulla notificazione ed esecuzione (?) dei provvedimenti di giurisdizione amministrativa, ma anche dalla violazione delle norme dell'art. 107 testo unico di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif. in considerazione che l'esercizio dei poteri di auto-tutela importa la coincidenza dell'organo che si avvale

dell'auto-tutela e quello che aveva emanato il provvedimento sottoposto ad auto-tutela, eccedendo quindi la competenza del responsabile del servizio rispetto ad atti che sarebbero stati di competenza del consiglio comunale o della giunta comunale. Oltretutto, si eccedeva, forse per la debolezza del precedente assunto, la sussistenza di un'incompetenza tra il responsabile di un servizio affermando quella del responsabile di altro servizio, indicazione palesemente contraddittoria con la precedente.

A parte la superficialità, e strumentalità, della prospettazione che richiama gli organi collegiali in modo indifferenziato, quando ciascuno di essi ha funzioni e compiti non promiscui tra loro, l'eccepire l'incompetenza sulla base di competenze organizzative, desumibili dal regolamento comunale di organizzazione degli uffici e dei servizi, smentisce esattamente quanto precedentemente sostenuto sulla ripartizione di competenze tra organi di governo, e per giunta collegiali, e organi c.d. "burocratici".

3. L'atto oggetto delle imputazioni

La comunicazione di avvio del procedimento di recesso unilaterale dal contratto evidenziava che la procedura di aggiudicazione era stata affetta da un grave vizio, "concernente nella facoltà concessa ad un privato della potestà pubblica di stabilire la misura del diritto fisso di privativa su ogni trasporto e quindi a richiederne il pagamento ai dolenti" con il richiamo al principio per il quale la limitazione dell'autonomia negoziale con l'inserzione automatica del prezzo d'imperio è prevista soltanto nell'ipotesi in cui questo sia più favorevole ai consumatori e agli utenti, lasciando, invece, liberi i privati di accordarsi per prezzi inferiori, per cui, a seguito dell'anomala formulazione dell'offerta (o di fraintendimento delle previsioni del bando da parte della ditta) ne conseguiva che il diritto fisso su ogni trasporto funebre risultava aumentato (e non dall'Amministrazione comunale titolare del servizio pubblico locale), bensì dal concessionario del servizio, tra l'altro con la conseguenza che i trasporti interessanti altro comune, cioè in arrivo o in partenza, sarebbero stati soggetti unicamente al diritto fisso, quale determinato dal comune, senza la maggiorazione d'offerta della ditta (ma con la maggiorazione se eseguito dalla ditta aggiudicataria), con palese disparità di trattamento rispetto ai trasporti svolgentesi interamente nel territorio comunale.

Inoltre, si evidenziava l'illogicità di una determinazione di una percentuale sul diritto fisso di privativa se l'incremento venisse attribuito ad esclusivo vantaggio dell'amministrazione e a svantaggio dei cittadini, fermo l'identico ammontare del corso del servizio per le ditte partecipanti alla gara.

Tra l'altro, lo stesso bando di gara consente eventuali verifiche sulla continuità del rapporto, in cui va collocata l'ipotesi del recesso unilaterale, con l'ovvia ripartizione delle somme spettante per il periodo di operatività del rapporto contrattuale.

⁽¹⁾ Approssimativamente dell'ordine di 50 - 60 euro per anno, forse anche meno.

4. Il giudicato in sede penale

Il giudice dell'udienza preliminare (G.U.P.) ha ritenuto che il procedimento penale *de quo* fosse insuscettibile di un utile sbocco dibattimentale. La sentenza del G.U.P. non risulta superficiale, bensì approfondisce più questioni e sotto diversi aspetti, non solo per il fatto di constare come la vicenda di inquadri in un contesto più ampio tra il comune e la ditta, variamente affrontato in sede di giurisdizione amministrativa (ovviamente l'azione penale ha preso l'avvio da una denuncia (esposto? querela? denuncia?) della ditta depositata dopo 8 mesi, di cui il G.U.P. constata, non solo l'infondatezza degli assunti, ma anche un *verosimile portato di un'impropria percezione dello spettro applicativo delle norme incriminatrici richiamate*, frase che non richiede commenti aggiuntivi per essere del tutto esplicita).

Nell'analisi delle singole "norme incriminatrici, in relazione ai fatti, il G.U.P. precisa come sia *sufficiente una rapida riflessione sulla funzione dell'atto in questione ... e sulla natura tipica del delitto descritto dall'art. 479 c.p. per escluderne in radice la stessa astratta configurabilità* in quanto la motivazione dell'atto dispositivo è priva di qualsiasi funzione attestativa e di fidejacentia, avente natura di enunciato valutativo, contenente apprezzamenti e giudizi (sulla cui correttezza non spetta al giudice penale alcuna indagine) che non assumono carattere di pubblica fede per il solo fatto di provenire da un organo del comune, dato che il falso (se ve ne sia) rilevante dovrebbe riguardare esclusivamente fatti e circostanze che costituiscono premessa o condizione necessaria ed ineliminabile dell'atto.

Altrettanto insussistente, oggettivamente, è stata la valutazione del G.U.P. attorno al reato di abuso d'ufficio mancando l'elemento della violazione di legge o di regolamento che costituisce il parametro di valutazione del carattere abusivo della condotta. L'asserita violazione di disposizioni generali di procedura proprie del giudizio avanti al giudice amministrativo non può essere ravvisata come rilevante penalmente poiché tale giudice amministrativo ha semplicemente imposto, in via cautelare e per ragioni non allegare al processo penale, all'ente di dar corso alla procedura di aggiudicazione a conclusione di quello di gara, senza incidere sullo svolgersi del rapporto una volta costituito con la stipula del contratto ed è proprio il rapporto nel suo svolgersi successivamente alla stipula del contratto che è stato interessato dall'atto di recesso unilaterale. Non solo, ma la violazione di norma di legge o di regolamento può sussistere solo dinanzi alla trasgressione di una regola normativa di contenuto puntuale e specifico, con portata prescrittiva sul comportamento del pubblico ufficiale-organo del comune, senza che si possa fare riferimento a disposizioni a carattere generale o meramente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa: *Nel caso in esame non è dato intravedere un contrasto immediato e diretto con prescrizioni di rango normativo o regolamentare nella condotta complessivamente serbata dal C., tanto che la contestazione si articola, sul profilo specifico, su di un meccanismo che tenta di conferire – mediante una sorta di rinvio per relationem a norme processuali generali*

(artt. 21 e 33, L. 1034/71) – indole normativa a provvedimenti tipicamente giurisdizionali, finendo per assumere che il supposto contrasto del recesso adottato dal C. con la funzione, più che con la lettera, delle ordinanze cautelari resa dal TAR di Latina confligga con le norme che disciplinano presupposti, modalità ed efficacia di siffatti provvedimenti: un'operazione di tal genere, tuttavia, non è utilmente recepibile dal giudice penale, vincolato dal canone di tassatività e di stretta interpretazione della fattispecie incriminatrice.

Il G.U.P., agendo in ambito penale, ben potrebbe essersi fermato a questo punto. Non l'ha fatto, ritenendo di proseguire con valutazioni nel merito (... *accostarsi al nocciolo della questione di fatto che da innesco all'intera vicenda ...*), rispetto a cui valuta che si sia in presenza di una qualche obiettiva consistenza delle motivazioni alla base dell'atto di recesso unilaterale, dato che considera come la formulazione del bando di gara (e l'interpretazione applicativa datane dalla ditta) legittimino numerose perplessità e contribuiscano ad escludere, anche dal punto di vista soggettivo, che la condotta denunciata avesse finalità immediata e diretta di arrecare un danno ingiusto al titolare della ditta.

Le modalità di aggiudicazione indicate nel bando potevano consentire di sostenere due possibili e discordanti interpretazioni: quella per cui l'offerta della ditta, superando la misura del diritto fisso di privativa, di fatto lo elevava in misura superiore a quella deliberata dalla giunta comunale, mentre l'altra offerta (quella dello 0,00 %) non consentiva alcuna entrata al bilancio del comune ⁽²⁾ o, secondo altra valutazione, prevedeva che il diritto fisso stesso fosse introitato integralmente al bilancio del comune ⁽³⁾. Tra l'altro, se quest'ultima ipotesi fosse stata applicata all'offerta in aumento, si avrebbe avuto che un privato, in sede di offerta di gara, incrementava un'entrata al bilancio del comune L'imprecisa formulazione del bando di gara ha, come si è visto, innescato un'articolata serie di attività contenziose, ma, nello stesso tempo, si espone a conseguenze paradossali.

Il paradosso è individuato dal G.U.P. ⁽⁴⁾ nel fatto che, *grazie all'infelice e approssimata formulazione del bando di gara, la procedura di selezione, aggiudicazione, del miglior concorrente si è tradotta nell'individuazione di quello che prometteva di praticare la tariffa più alta ad esclusivo carico dell'utenza, unica destinataria dell'aumento offerto sul diritto fisso di privativa di spettanza comunale. Vi è un passaggio che consente di cogliere, con indiscutibile chiarezza, questo paradosso: "In tali espliciti termini si articola, a tacer d'altro, la nota del 16.11.01, rivolta al comune dal F. e dal suo patrono (f. 61, all. n. 8 alla denuncia del 5.8.02), in cui sono dettagliatamente esposte le pretese dell'impresario, a detta del quale il diritto di privativa spettante al comune ammonta a L. 119.500, mentre le proprie competenze*

⁽²⁾ Caducando la natura tributaria del diritto fisso di privativa. N.d.A.

⁽³⁾ Quindi, con la prestazione di servizi ed opere non remunerate. N.d.A.

⁽⁴⁾ Ma ciò potrebbe esserlo da parte di qualsiasi persona di ordinario buon senso.

corrispondono alle tariffe per i trasporti determinati dalla delibera di giunta n. 200 del 26./7/97, pari a L. 70.000 e 100.000 per tragitti compresi o meno nel territorio del capoluogo comunale, stabilite quali diritto fisso di privativa ai sensi dell'art. 13 del regolamento di polizia mortuaria, sulla scorta della previsione posta dall'art. 19, comma 3, D.P.R. n. 285/1990." Si evidenzia che la misura delle entrate spettanti al comune verrebbe considerata determinata esogeneamente dagli atti deliberativi del comune, ma da un soggetto estraneo ad esso, che opererebbe sulla base di un corrispettivo determinato dal comune e stabilito in misura inferiore a quanto spettante (a seguito della "offerta") al comune secondo criteri che non attengono alla remuneratività dei servizi e delle prestazioni ma a considerazioni di carattere meramente tributario.

Nella sostanza, il metodo di selezione ("offerta" in aumento percentuale sul diritto fisso di privativa fissato dal comune ed a questi spettante) si è tradotto nella maggiorazione dell'importo di privativa, riversata integralmente sulla cittadinanza: istituendo e coltivando un criterio di individuazione in base al quale migliore offerente è chi si impegna ad effettuare i trasporti funebri in concessione al costo più elevato per l'utenza e senza alcun detrimento al proprio utile economico, criterio che viene a costituire un illimitato arbitrio del concorrente, potendo questi proporre l'aumento più elevato, senza alcun onere proprio e a svantaggio dei fruitori del servizio, oltretutto se gestito, come nella specie, con regime di privativa, in cui la probabilità di vittoria (aggiudicazione) sarebbe direttamente proporzionale alla consistenza dell'aumento "offerto". Il G.U.P. considera perfino generoso il termine di paradosso riferito a tale situazione che porta ad un risultato frutto di una procedura che, in luogo di prevedere, quale razionale criterio di selezione, quello del più elevato aggio sulla tariffa stabilita e da destinare al comune concedente, ha adottato quello dell'aumento, di fatto senza limiti né discriminazioni, del diritto fisso di privativa, aumento destinato a riversarsi solo sugli utenti, con la conseguenza che non si potrebbe neppure parlare di "offerta", poiché si può "offrire" quanto di cui si disponga in proprio (non quanto siano altri ad essere destinatari dell'onere conseguente alla "offerta").

Infine, il G.U.P. conclude considerando ininfluenza il richiamo all'art. 107 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., richiamo strumentalmente teso a sostenere una sorta di incompetenza del responsabile del servizio all'adozione dell'atto di recesso unilaterale in considerazione del fatto che la disposizione richiamata definisce, in via generale, le attribuzioni ed i poteri della dirigenza nelle amministrazioni locali, ma non determina l'opposta premessa di un'incompetenza funzionale del responsabile del servizio all'adozione del procedimento di recesso unilaterale (anzi, semmai essa motiva la competenza).

5. Considerazioni finali

La sentenza del G.U.P. del tribunale di Frosinone n. 298/2003 del 29 ottobre - 7 novembre 2003, consente

una serie di considerazioni, alcune "interne", cioè in relazione alla sentenza stessa, altre di portata più generale.

i) La prima considerazione che viene spontanea ha riguardo alla formulazione del bando. Spesso infatti è possibile notare, e non solo in questo specifico contesto o materia, come i bandi, talora anche i contratti, siano formulati con indicazioni non meditate ed i cui effetti emergono a posteriori, ponendo (nei casi più semplici) in grave imbarazzo l'Amministrazione comunale, anche se questa possa provvedere a mutare il testo, a rettificarlo, a precisarlo, cosa che, per altro, altera la linearità delle procedure, potendo porre in discussione atti già conclusi o in qualche modo definiti. La questione diventa ancora di maggiore rilievo, quando le imprecisioni o gli errori di formulazione emergano in fasi tali per cui entrano in gioco posizioni soggettive di terzi, posizioni spesso giuridicamente rilevanti. Si potrebbe concludere sull'importanza di valutare, prima, l'effettiva portata dei contenuti del bando, individuarne gli effetti, ecc., ma si resta in ogni caso nell'ambito delle aspirazioni, almeno allorché la percezione dell'*infelice e approssimata formulazione* emerga *ex post*. Troppe volte, i bandi, e non solo essi, sono redatti attraverso processi di riproduzione di testi di origine diversa, senza una visione complessiva e talora senza particolari approfondimenti sulla portata delle diverse parti riprodotte o sulla coerenza complessiva del testo e sui suoi effetti "a valle".

ii) Una seconda considerazione ha riguardo al fatto che la vicenda, sorta in un momento in cui erano sussistenti determinate disposizioni normative, ruota attorno alla privativa del servizio e, prima, alla concessione a terzi di un servizio pubblico locale. Prima che entrasse in vigore l'art. 1, comma 7.bis (terzo periodo) D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 2001, n. 26, il trasporto funebre avveniva con due modalità: a) a pagamento (dei richiedenti) e secondo una tariffa stabilita dall'autorità comunale quando fossero richiesti servizi e trattamenti speciali, oppure b) a carico del bilancio del comune in tutti gli altri casi. Si era in presenza di una regola (a carico del bilancio del comune), cui corrispondeva un'eccezione (il pagamento), tra l'altro nella quale eccezione la tariffa, pur se determinata unicamente dall'autorità comunale, costituiva la remunerazione della prestazione del servizio (e, quindi, forse andava considerata piuttosto come un "prezzo" più che una "tariffa". Il servizio a pagamento era, allora, quello preso in considerazione, in termini di servizio pubblico locale, dall'art. 1, n. 8) del testo unico approvato con R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 e come tale esercitabile, anche, dal comune nelle forme previste per i servizi pubblici locali. Restava al di fuori del servizio pubblico locale, il trasporto funebre il cui onere faceva carico al bilancio del comune, che costituiva un'attività che il comune era tenuto ad assicurare ai propri cittadini, e sul proprio territorio, a prescindere alla loro situazione economica, ma solo in relazione alla mera assenza richiesta di servizi e trattamenti speciali. In molte realtà, specie nei piccoli-medi comuni, l'obbligo in termini di

assunzione della spesa relativa di cui all'art. 16, comma 1, lett. b) D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 veniva o non assicurato oppure assicurato con modalità tali da importare una sovrapposizione, una fusione tra le due fattispecie: in altre parole, si trattava in modo unitario le due ben distinte, e nettamente, situazioni della lett. a) e della lett. b) dell'art. 16, comma 1 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, con un'ibridazione che portava a risultati spesso anomali. Non solo, ma frequentemente tale ibridazione si estendeva ai c.d. diritti fissi, in cui vi registravano ulteriori ibridazioni "interne", cioè la sovrapposizione delle previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 19 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

L'art. 19, comma 2 considera il caso del trasporto funebre a pagamento (quello possibile come servizio pubblico locale), con una formulazione che prendeva in considerazione una serie di condizioni "nidificate".

1. Il trasporto funebre (a pagamento) non è esercitato dal comune (nel concetto di esercizio è estranea la forma della gestione, nel senso che anche l'allora previsione della concessione a terzi costituiva esercizio, così come ogni altra forma di gestione dei servizi pubblici locali previste ed ammessa dalla legge).

1.b. Il trasporto funebre (a pagamento) non solo non è esercitato dal comune, ma con il ricorso al diritto di privativa:

2. Il comune "consenta" a terzi di eseguire il trasporto funebre sul proprio territorio.

Si tratta di presupposti che meglio diventano comprensibili leggendoli "in negativo": il comune "esercita" il servizio e lo esercita con diritto di privativa, dato che la seconda (diritto di privativa) presuppone l'esercizio. Il terzo presupposto merita qualche specificazione, poiché è evidente che se ne ricava che saranno terzi rispetto al comune ad esercitarlo, se il comune non l'eserciti: Ma, anche in questo caso, vi deve essere un "consenso" del comune, che non era identificabile con l'autorizzazione al trasporto di cadavere (art. 23 e ss. D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285), ma "consenso" all'esecuzione del servizio di trasporto funebre (a pagamento) e il "consenso" può essere subordinato al versamento di uno specifico "diritto fisso", talvolta chiamato, più o meno propriamente, di privativa.

Il trasporto funebre a carico del bilancio del comune era estraneo alla fattispecie, aspetto che va ribadito e su cui non si insisterà mai a sufficienza.

In pratica, la situazione del trasporto funebre (a pagamento) poteva delinearsi secondo più scelte, la prima consistente nel fatto di esercitare o meno il servizio di trasporto funebre (a pagamento).

In caso negativo, il comune restava tenuto solo ad assicurare i servizi di trasporto funebre, nel proprio territorio⁽⁵⁾, il cui onere fosse a carico del bilancio comunale (cioè per i quali non venissero richiesti servizi e trattamenti speciali).

⁽⁵⁾ Il trasporto funebre interessante più comuni, sia fosse esso in arrivo che in partenza, era sempre un trasporto a pagamento, in relazione al fatto che le salme dovrebbero, *in primis*, essere sepolte nel comune di decesso (art. 50, comma 1, lett. a) D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285).

In caso positivo, vi poteva essere la scelta di una data forma di gestione del servizio, tra quelle previste dalla legge.

Inoltre - ed indipendentemente dalla scelta della forma di gestione - vi poteva essere la scelta se esercitare il servizio di trasporto funebre (a pagamento) con diritto di privativa o senza ricorrere a questo, cioè operando alle medesime condizioni di altre aziende operanti nel settore, debitamente attrezzate e autorizzate per quanto necessario.

L'art. 19, comma 3 considerava non più il trasporto svolgentesi nel territorio comunale (interamente nel territorio comunale), bensì da un comune ad altro, che quindi, per definizione, rimaneva estraneo alla fattispecie precedente e ad ogni valutazione attorno al servizio pubblico locale e a quanto altro collegato o collegabile ad esso: in tal caso, è previsto un ulteriore e diverso diritto fisso (non più qualificabile in termini di privativa) la cui misura è determinabile all'interno di un massimo.

In questo scenario, erano abbastanza diffuse le ibridazioni tra i due diritti fissi tra loro e tra questi e la "tariffa" (prezzo?) del trasporto funebre a pagamento, come quella tra questo ultimo e il trasporto funebre a carico del bilancio del comune.

Si tratta di un punto di particolare rilevanza poiché non è possibile sovrapporre o confondere istituti tra loro profondamente diversi, e distinti, quali il prezzo del servizio, l'aggio sul servizio prestato da terzi, gli oneri finali e complessivi che fanno carico ai cittadini (specie attualmente essendo il trasporto funebre sempre a pagamento), i diritti fissi (delle due separate tipologie) che hanno natura esclusivamente di entrata tributaria.

iii) Una terza considerazione va fatta, con riguardo al regime di privativa del servizio di trasporto funebre (a pagamento), specie considerando come dopo l'entrata in vigore della già citata l. 28 febbraio 2001, n. 26 siano a pagamento tutti i trasporti funebri, anche quelli per i quali sussistano le condizioni di gratuità della cremazione, dell'inumazione e dell'esumazione ordinaria. E' noto come questa ipotesi fosse, espressamente, prevista dal testo unico di cui al R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, testo unico che, secondo la prevalente dottrina⁽⁶⁾, è stato oggetto di abrogazione a seguito dell'art. 35, comma 12, lett. g) l. 28 dicembre 2001, n. 448, cioè con effetto dal 1° gennaio 2002; è per altro da tenere presente come siano state interpretazioni che avevano assunto l'abrogazione dell'istituto come antecedente, a partire dal parere del 14 luglio 1998 dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, sul punto più volte assunta come argomentazione da una pluralità di decisioni degli organi di giustizia amministrativa (T.a.r.) in modo del tutto acritico. La predetta Autorità aveva sostenuto che l'art. 22, comma 2 della l. 8 giugno 1990, n. 142 (sulla riserva

⁽⁶⁾ Nettamente minoritaria, se non isolata, è la tesi che l'abrogazione espressa dell'art. 123, comma 3 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif. abbia avuto la portata di abrogare solamente la transitorietà dell'adeguamento delle aziende speciali alla disciplina del testo unico, in particolare al titolo V della parte I.

in via esclusiva ai comuni di servizi pubblici locali) dovesse trovare fondamento normativo in un'espressa disposizione di legge, escludendo la possibilità di istituire un servizio pubblico "in privativa" attraverso provvedimenti di natura amministrativa, quali la deliberazione del consiglio comunale e, correlativamente, l'abrogazione – implicita – del testo unico di cui al R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 per effetto dell'art. 64, comma 2 stessa l. 8 giugno 1990, n. 142 ⁽⁷⁾. A prescindere dal fatto che il R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 era norma di rango primario, avente quindi forza e natura di legge, e da ogni valutazione sull'intervenuta abrogazione (implicita) di esso, nonché evitando di affrontare le non poche contraddittorietà del parere succitato, va posta l'attenzione sul fatto che esso presenta un'insanabile contraddizione. Infatti, se fosse stata fondata giuridicamente la conclusione dell'abrogazione del testo unico di cui al R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 per effetto diretto dell'art. 64, comma 2 l. 8 giugno 1990, n. 142, non avrebbe avuto significato giuridico, come ha fatto il predetto parere, concludere "auspicando" che il Ministro della sanità prendesse in considerazione il parere procedendo a modificare una disposizione di rango secondario, regolamentare quale il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 nel senso di superare l'istituto della privativa nel servizio pubblico locale di trasporto funebre. Per non considerare come, tale fonte secondaria facesse richiamo ad esso unicamente in relazione all'art. 19, comma 2. In altri termini, se l'abrogazione fosse effettivamente intervenuta, prima di tutto sarebbe stato sufficiente il prenderne atto, senza che fossero necessarie modifiche di sorta a norma di rango subordinato, con la conseguenza che il diritto fisso di cui all'art. 19, comma 2 (da non confondere con quello del successivo comma 3, che rimane applicabile) rimaneva, come rimane, applicabile in tutti i casi in cui il trasporto funebre (a pagamento) sia esercitato da soggetti diversi dal comune, a prescindere dalla forma di gestione del servizio pubblico locale di trasporto funebre (a pagamento), dilatando la fattispecie di applicabilità del diritto fisso di cui al comma 2 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285.

Per altro, come è stato precedentemente precisato, l'effetto abrogativo è intervenuto a partire dal 1° gennaio 2002, con l'entrata in vigore della citata l. 28 dicembre 2001, n. 448, superando la problematica interpretativa venutasi a creare e determinando la conseguenza che l'istituto della privativa, laddove previsto (poiché esso non era presente solo per il servizio di trasporto funebre, ma anche per altri servizi pubblici locali esercitabili dai comuni), non trova possibilità di essere deliberato dai comuni dopo l'abrogazione del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Successivamente abrogata con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif..

⁽⁸⁾ Mentre potrebbe continuare, transitoriamente, a sussistere laddove precedentemente sorto in quanto deliberato in vigore della precedente normativa fino all'esaurimento di eventuali rapporti regolanti le forme di gestione o fino al mutamento della forma di gestione, con l'avvertenza che eventuali rapporti di regolazione delle forme di gestione, quando diverse dalla

iv) Si potrebbe valutare che a seguito di questi mutamenti, prima con il venire meno dell'onerosità a carico del bilancio del comune, poi con il superamento dell'istituto della privativa, il servizio di trasporto di cadaveri sia divenuto attività meramente d'impresa, priva di qualsiasi connotazione pubblicistica. Ciò poteva anche risultare argomentabile, se non fosse intervenuta (e, quindi, fino a che non è intervenuta) la sentenza del Tar. Lazio, Sezione 1.ter, n. 7570 del 5 giugno – 11 settembre 2003 con cui è stato annullato l'art. 2, n. 4) D.M. (Interno) 1° luglio 2002, con l'effetto di "ripristinare" nel testo originario l'art. 1, n. 18) del D.M. (Interno) 31 dicembre 1983 ⁽⁹⁾, per cui i trasporti funebri, le pompe funebri e l'illuminazione votiva ritornano ad essere servizi pubblici a domanda individuale.

v) Andrebbe anche affrontata la questione sul fatto per il quale, specie in vigenza del regime di privativa, si registrassero comportamenti dissociativi, nel senso di affermazioni variamente volte a contrastare non solo la privativa, ma anche l'esercizio del servizio di trasporto funebre a pagamento da parte dei comuni, spesso contrastando le forme di gestione scelte dagli organi di governo e contemporaneamente la forte propensione a divenire soggetti di quelle di tali forme in cui poteva essere possibile, cioè nel caso di concessioni a terzi. Tale propensione era così forte che, in sede di gara, non mancavano offerte a valori ben inferiori ai costi, a volte perfino a zero (prestazione gratuito del servizio), altre con offerte in negativo, nel senso di remunerare il concedente. Non vi deve essere alcuna preclusione attorno all'ipotesi che un'impresa possa anche porre in essere atti di liberalità, ma si può considerare anomalo quando ciò avvenga come strategia di fondo dell'attività aziendale, in particolare quando si tratti di aziende a basso valore (numerico) di servizi, lasciando ipotizzare che la remunerazione dell'attività dell'impresa si allochi in altri segmenti di attività, con la conseguenza di rendere, quanto meno, poco trasparenti i prezzi finali praticati alla clientela, che viene a perdere quella necessaria ed ineliminabile tutela che va assicurata al consumatore in un normale sistema economico.

vi) Un'ultima considerazione va fatta, infine, sulle funzioni e compiti dei dirigenti o, nei comuni che siano privi di figure dirigenziali, dei responsabili degli uffici o dei servizi. Nella vicenda penale vista, una delle argomentazioni attorno all'ipotizzato reato di abuso d'ufficio tentava di fondarsi proprio su questo, da un lato tentando di sostenere un'incompetenza rispetto a funzioni di organi di governo (e collegiali, trascurando l'organo di governo monocratico, il sindaco) e dall'altro illazionando una incompetenza per funzioni, questione priva di significato ove fosse valsa la precedente.

gestione diretta, non potrebbero essere rinnovati nei termini in cui precedentemente erano sorti.

⁽⁹⁾ Per inciso, va fatto notare come nell'atto introduttivo di tale giudizio i ricorrenti assumano che l'istituto della privativa è abrogato per effetto della l. 28 dicembre 2001, n. 448, nei termini precedentemente affrontati.

L'art. 107, commi 1 e 2 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif. (per altro "preceduto" dagli artt. 51 e ss. l. 8 giugno 1990, n. 142) afferma, per gli enti locali, il principio della separazione delle funzioni tra quelle di indirizzo e di controllo politico-amministrativo e le funzioni che hanno altra portata, in particolare gestionale. Il principio opera, in generale, per le pubbliche amministrazioni per l'art. 4 D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (anch'esso "preceduto" dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29): si potrebbe sostenere, per quanto serva, che gli enti locali hanno fatto, in un certo senso, da battistrada ad un principio successivamente esteso a tutte le amministrazioni pubbliche. Se avesse, oramai, significato questa logica del primato, si potrebbe ricordare che un principio analogo era rinvenibile nel capo VII D.P.R. 13 maggio 1987, n. 268, anche se questo non poteva qualificarsi come fonte del diritto.

Considerando la portata del comma 3, in relazione alla riserva di legge per eventuali deroghe (comma 4), nonché la disposizione di chiusura del comma 5 dell'art. 107 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., emerge con chiarezza adamantina come la competenza all'adozione di atti di natura contrattuale, inclusi quelli estintivi, costituisca funzione rientrante nella competenza esclusiva dei dirigenti. Di scarso peso risulta la questione sull'individuazione per funzioni tra i dirigenti, dato che essa costituisce materia demandata al Regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi (art. 48, comma 3 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif.), la cui eventuale inosservanza può essere valutata in via esclusiva in sede di giurisdizione amministrativa. Tuttavia, tale competenza "dirigenziale" presenta, oggi, alcune problematiche nei comuni che sono privi di qualifiche dirigenziali⁽¹⁰⁾. Si è detto "oggi" per segnalare che, vigente la l. 8 giugno 1990, n. 142 la questione aveva una definizione forse meno complessa: infatti, all'art. 51 si individuavano le funzioni e i compiti dei dirigenti e all'art. 52, comma 3, si individuava in una data figura (segretario comunale⁽¹¹⁾) non solo chi sovrintendeva allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti, ma altresì chi le assolveva quando nel comune mancassero figure dirigenziali (... *oltre alle competenze di cui all'art. 51* ...). Con il passaggio al testo unico di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., la questione dell'individuazione (anzi: attribuzione) di chi potesse svolgere le funzioni dirigenziali nei comuni privi di tali figure è stata demandata ad un apposito provvedimento sindacale, per altro *fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d)* (riguardante ancora il segretario comunale). L'attribuzione delle funzioni "dirigenziali" ha un presupposto, quello del vincolo della loro attribuzione ai responsabili degli uffici o dei servizi, i quali sono come tali individuati dal Regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, cioè "a mon-

te". Va tenuta presente, inoltre, come tale attribuzione non costituisca una sorta di obbligo, quanto una facoltà per cui può accadere che essa non sia esercitata con la conseguenza che i responsabili degli uffici e dei servizi assolvono alle funzioni loro proprie, con tutte le responsabilità che gli deriva dalla posizione nella dotazione organica, ma non possono esercitare le funzioni ed i compiti dell'art. 107, commi 2 e seguenti se non abbiano avuto l'attribuzione per atto del sindaco. Anche la salvaguardia che fa riferimento alla figura del segretario comunale richiede un conferimento, un'attribuzione di funzioni, con la conseguenza che, fino a che essa non intervenga, nei comuni privi di figure dirigenziali vi è il concreto rischio di una sorta di paralisi per l'esercizio delle funzioni proprie dei dirigenti⁽¹²⁾. Le disposizioni attuali, chiaramente, tendono ad assicurare un'ampia autonomia agli organi di governo locali, in specie al sindaco, ma non avrebbe guastato una norma di chiusura che consentisse l'individuazione residuale di figure competenti ad esercitare le funzioni ed i compiti "dirigenziali" nelle more di un provvedimento con cui avesse luogo la loro attribuzione.

La questione è, tra l'altro, spesso emergente proprio nella materia che è regolata dal D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, poiché questo è stato redatto avendo presenti le attribuzioni degli organi dei comuni quali regolate dai testi unici della legge comunale e provinciale, senza adeguarsi all'entrata in vigore della l. 8 giugno 1990, n. 142, antecedente ad esso. Quindi, una lettura testuale del D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 consente di leggere (solo, leggere) competenze del sindaco o del consiglio comunale che, per altro, non sono congruenti o non più sussistenti, dal 13 giugno 1990, a norme di rango primario. Tale situazione genera, evidentemente, situazioni di potenziale conflitto, ma anche l'esigenza di valutare, una ad una, quale sia la competenza all'esercizio di una o dell'altra funzione. Gli esempi che potrebbero farsi sono innumerevoli, anzi sembrerebbe più semplice individuare quali siano le funzioni ed i compiti che, in detta materia, spettano, e.g., al sindaco, dato che il loro numero risulta estremamente limitato⁽¹³⁾, mentre prevale la titolarità, ed in termini di esclusività, del dirigente.

⁽¹⁰⁾ Cioè di personale la cui qualifica sia dirigenziale ed il cui rapporto di lavoro sia regolato dallo specifico CCNL per l'Area dirigenziale del comparto Regioni-Autonomie locali.

⁽¹¹⁾ La figura del segretario comunale ha subito profonde e radicali trasformazioni, a partire dall'art. 17, commi 67 e ss. l. 15 maggio 1997, n. 127.

⁽¹²⁾ Intenzionalmente, si trascurano le disposizioni che, in epoca successiva, hanno previsto la possibilità di alcune di tali funzioni in capo a componenti della giunta comunale, non solo per l'alterazione del principio della distinzione delle funzioni, ma anche per la loro applicabilità ai comuni di minore consistenza demografica.

⁽¹³⁾ Rientrano nelle competenze del sindaco gli atti di cui agli artt. 10 e 22 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285; altri autori sembrano considerare anche quanto previsto dall'art. 82, comma 4.