

Rubrica

La gestione dei cimiteri: quali forme?

(Parte I)

di Sereno Scolaro

Premessa

L'attuale normativa sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, comprendenti sia quelli volti a realizzare fini sociali quanto a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali presenta una regolazione che per i secondi (servizi pubblici locali a rilevanza economica) è stata oggetto di reiterate modificazioni, e, nell'ultimo biennio, profondamente innovato dall'art. 23.bis D.L. 25 giugno 2006, n. 112, convertito con modif. nella L. 6 agosto 2008, n. 133, successivamente modificato, da ultimo anche dall'art. 15 D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in L. 20 novembre 2009, n. 166. Il quadro attuale considera come il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (a rilevanza economica) avvenga – in via ordinaria – facendo ricorso a due forme di gestione:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, (con gara c.d. a “doppio oggetto”, cioè b.1) la qualità di socio e b.2) l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio), con la co-condizione che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Accanto a queste due modalità di conferimento della gestione, ne è prevista una terza, espressamente qualificata come derogatoria (rispetto alle modalità ordinarie precedenti), cioè:

c) a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale (aventi i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per le “*in house*” (controllo analogo, prevalenza dell'attività rispetto all'ente controllante/affidante).

I presupposti per il ricorso a tale affidamento “in deroga”, sono:

1. presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche:

1.a. economiche,

1.b. sociali,

1.c. ambientali e

1.d. geomorfologiche

del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato;

2. adeguata pubblicità alla scelta;

3. motivazione in base ad un'analisi del mercato;

4. verifica (parere preventivo) dell'A.G.C.M. sulla base di relazione contenente gli esiti della verifica sia della sussistenza delle “situazioni eccezionali”, sia, soprattutto, l'assenza di condizioni di mercato derivante da opportuna sua analisi.

Non è prevista la forma di gestione in economia diretta (fin dall'art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448, cioè dal 1° gennaio 2002).

Merita di essere ricordato come l'art. 1, comma 1 del regolamento di attuazione dell'art. 23.bis, sopra richiamato, tenda a unificare nella definizione di “servizi pubblici locali” tutti i “servizi pubblici locali a rilevanza economica”, quasi a costruire una sinonimia (salvo quelli espressamente esclusi in quanto nominativamente indicati al successivo comma 3).

Con lo stesso art. 35 L. 28 dicembre 2001, n. 448, era stato inserito l'art. 113.bis al testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., per le forme di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, con ciò differenziandosi, essendo diverse le fattispecie, le forme di gestione dei servizi pubblici locali, in relazione al fatto che avessero rilevanza economica o che ne fossero privi. Per altro, l'art. 113.bis è stato oggetto di pronuncia d'illegittimità costituzionale (Corte Costituzionale, sent. n. 272 del 27 luglio 2004), con la conseguenza che allo stato manca una norma regolatrice delle forme di gestione dei servizi pubblici locali quando privi di rilevanza economica.

Per altro, è rimasto vigente l'art. 114 del testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., che considera l'azienda speciale (per l'esercizio di servizi sociali, si considera l'istituzione), qualificata quale “ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio status”.

Può essere rilevante richiamare, brevemente, alcune delle considerazioni che hanno portato il giudice delle leggi alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art.

113.bis del testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., la quale ha considerato come, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, non consenta di applicare a questi il titolo di legittimazione per interventi del legislatore statale, difettando, per definizione, esigenze di tutela della concorrenza, con ciò considerando come: “... *A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). ...*”, giungendo alla conclusione per la quale, per i servizi locali, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiano privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

I cimiteri

Il fatto che il servizio dei cimiteri sia un servizio “pubblico” e, oltretutto, “locale”, sembra implicito, ma merita di ricordare come trovi fonti normative che non risalgono al testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province (R.D. 25 ottobre 1925, n. 2578, da ritenere abrogato per effetto dell’art. 35, comma 12, lett. g) L. 28 dicembre 2001, n. 448 (che, per inciso, neppure citava i cimiteri, ma semmai i trasporti funebri)), bensì ad altre fonti, tuttora pacificamente vigenti.

Il carattere “locale” può individuarsi nell’art. 337 T.U.LL.SS., approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, per il quale “ogni comune” deve disporre di almeno un cimitero, mentre il carattere “pubblico” va individuato nell’art. 824, comma 2 C.C., che assoggetta al regime dei beni comunali i “cimiteri comunali”. Tra l’altro, qui, non si è in presenza di un servizio “pubblico” in quanto gestito da un soggetto pubblico (carattere soggettivo, del tutto presente nei servizi pubblici locali a rilevanza economica, anche quanto altrimenti definiti ed individuati dal predetto testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province), quanto in termini oggettivi, accentuato dal fatto del loro carattere di demanialità. Forse, non sempre si pensa a questo aspetto, cioè che la demanialità costituisce non una mera “proprietà”, magari anche in capo ad un soggetto pubblico (comune), perfino accentuata da un fattore di indisponibilità (che di per sé incrina il concetto di proprietà dato dall’art. 832 C.C., dato che l’indisponibilità

costituisce una limitazione di un potere di godimento e disposizione “*in modo pieno ed esclusivo*”), ma individua una titolarità in una comunità locale, in forma indivisa, comunitaria e di cui il comune (se sia permessa la grossolanità) assolve alle funzioni di amministrazione. Il ché ricorda, estendendola alla generalità della popolazione locale, istituti quali i beni di uso civico, le università e comunanze, che, seppure residuino storicamente, sono caratterizzate proprio da una oggettiva “pubblicità”, come appartenenza ad una popolazione determinata, quella della comunità locale.

Se il carattere “pubblico” e quello “locale” siano ampiamente presenti, forse perfino in termini più pregnanti che non in relazione ai servizi considerati dall’art. 113.bis del testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., merita di essere sollevata la questione se possano individuarsi aventi anche il carattere della rilevanza economica o se questo sia assente.

Già la Corte Costituzionale, con la sopra richiamata sent. n. 272 del 27 luglio 2002, abbia avuto modo di ricordare come, richiamandosi a fonti dell’Unione europea, sia difficilmente proponibile una pre-definizione, attraverso un qualche elenco, dei servizi che rientrino nell’una o nell’altra delle tipologie. Più recentemente, anche il Consiglio di Stato, Sez. V[^], sent. n. 6529/2010 del 10 settembre 2010, ha avuto modo di argomentare come: “... *Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può dunque, alla stregua della riportata giurisprudenza costituzionale e della ivi richiamata giurisprudenza comunitaria – infatti, secondo il diritto comunitario, sono soggetti alla disciplina della concorrenza solo i servizi di interesse economico generale (v. art. 86, ex-art. 90, tratt. Ce.) –, far ricorso all’astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d’impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell’organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione. In effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica – attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d’impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica –, può essere svolta in forma d’impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un’istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni. Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall’esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all’istruzione o alla sanità), e, per altro verso, di servizi*

analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi.

A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio. ...”

Con ciò può sollevarsi la questione se, per quanto riguarda il servizio dei cimiteri, vi siano elementi di rilevanza economica oppure siano assenti. Da alcune parti, specie dopo la sentenza della Corte Costituzionale, n. 272 del 27 luglio 2004, vi è stata (e, largamente, persiste tuttora) la tendenza a rifuggire da un'affermazione esplicita dell'assenza di rilevanza economica, motivata dalla preoccupazione, per altro non priva di fondamento, che una regolazione non uniforme a livello nazionale (cioè, esplicitamente riconosciuta come di competenza regionale), potesse produrre effetti altamente negativi, con forti connotazioni di de-strutturazione, oltre che d'inefficienza ed inefficacia, preoccupazioni derivanti dalle norme regionali emanate, seppure non ancora in tutte le regioni, nell'ambito funerario, non senza "sconfinamenti" in materia chiaramente proprie della competenza legislativa dello Stato, e che presentano fattori di criticità non secondari, *in primis* per gli utenti.

Da questo angolo di visuale, va per altro osservato come generalmente le regioni che hanno legiferato in questo ambito non siano in genere intervenute sulle forme di gestione dei cimiteri, fatta salva la sola eccezione della regione del Veneto, che ha considerato come ordinaria la gestione in economia diretta (non prevista dalle norme "nazionali") o, laddove il comune non intenda procedere con questa forma, possa affidarne la gestione nei modi previsti per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nel rispetto della normativa statale e comunitaria vigente, con ciò auto-contraddicendosi, quanto meno sulla questione della sussistenza, o meno, di una rilevanza economica. Ne consegue che, allo stato ed a prescindere da possibili futuri interventi normativi. Si è sostanzialmente in assenza di una regolazione regionale e, richiamando ancora una volta, la sent. n. 272 del 27 luglio 2004 della Corte Costituzionale, è possibile individuare (sempre ché si escluda la presenza di una rilevanza economica) la sussistenza di *uno spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale*. Si sottolinea, in particolare, quest'ultimo rinvio, spesso non adeguatamente evidenziato, a causa dell'accentuazione sulla "coppia" di competenze legislative, rispettivamente, dello Stato e delle regioni. I quali sono solo due dei livelli di governo considerati dall'art. 114 Cost., livelli di governo che si collocano, nell'attuale assetto costituzionale, su di un piano di pari-ordinazione. E qui

merita di essere ricordato come l'art. 117, comma 6, terzo periodo, Cost., nell'individuare – costituzionalmente – una potestà regolamentare in capo a livelli di governo sprovvisti di potestà legislativa, individui per questi la sussistenza di una potestà regolamentare *in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*. A prescindere da una definizione delle c.d. "funzioni fondamentali" (art. 117, comma 2, lett. p) Cost.), attualmente "provvisoriamente" individuate dall'art. 21, comma 3 L. 5 maggio 2009, n. 42, occorre tenere presente come vi siano già funzioni attribuite ai comuni, da norme di rango primario (e di cui non si hanno "sentori" di proposte modificative), come è il caso del servizio cimiteriale già attribuito ai comuni, ed in termini di assoggettamento al regime dei beni demaniali, dall'art. 824, comma 2 C.C. Non ci sia l'art. 337 T.U.LL.SS., approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, per cui sono presenti in Parlamento proposte di modifica (AS 56, nel "testo unificato", presentato il 16 dicembre 2009), se non unicamente per ricordare come anche in queste proposte di modifica persista la realizzazione e la gestione dei cimiteri da parte dei comuni. Pertanto, si può concludere che – qualora manchi una rilevanza economica del servizio – la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento della funzione cimiteriale viene ad essere, allo stato presente, senz'altro materia di potestà regolamentare dei comuni (forse anche esclusiva).

Rispetto ai cimiteri vi sono elementi idonei a qualificare la sussistenza di una rilevanza economica, oppure ad escluderla?

Per ricercare una qualche risposta ad una tale domanda, si potrebbe fare ricorso all'esemplificazione dell'ipotesi, astratta, di realizzazione di un cimitero *ex novo*, ipotizzando che non sussistano né obblighi, né vincoli, cosa che comporterebbe di considerare un certo investimento iniziale, una serie di ricavi dilazionati nel tempo a fronte di rapporti proiettati in archi temporali variabili, ciascuno dei quali originanti in momenti variamente distribuiti nel tempo, con possibili tassi di rotazione differenziati, il ché non solo allunga i termini per il recupero dell'investimento iniziale, ma altresì presupporrebbe che il soggetto titolare dell'impresa abbia di fronte a sé un sorta di vincolo di esercizio pressoché senza limitazioni di durata o, in altri termini, assuma l'onere di esercizio a tempo indeterminato, indipendentemente dalla congruenza dei ricavi che, nel tempo, consegue tanto per la copertura e la remunerazione del capitale inizialmente investito, quanto per la copertura e la remunerazione delle spese di gestione, le quali possono tendere a crescere in relazione ai processi di invecchiamento, ed ammodernamento, delle strutture realizzate. Magari a fronte di una politica di prezzi prevalentemente incentrata su entrate *una tantum* nella fase iniziale della costituzione dei rapporti di uso, non senza trascurare che, parlandosi di cimitero, questi rapporti risentono del progressivo affievolirsi del lutto da parte delle persone, che riduce la loro propensione a continuare a far fronte ad oneri, anche solo di mantenimento. È evidente come sia improponibile ogni ipotesi che veda un'iniziativa avente rilievo economico che prescinda da ogni valutazione del grado di copertura, per ogni singolo

esercizio, di tutti gli oneri, così come appar improponibile escludere la possibilità di cessare dall'esercizio, anche quando vengano meno i ricavi necessari, per il solo fatto di dover prestare assolvimento ai rapporti instaurati via via nel tempo. Questa esemplificazione rischia di scivolare nell'accademia.

Piuttosto, merita di essere affrontata la situazione per quale essa è nel concreto, dove i cimiteri attuali hanno un origine variamente collocata (in genere, nei centri urbani, antecedente all'Unità d'Italia; nel caso del cimitero capitolino del Verano si ha un'origine attorno alla metà del sex. XIX), spesso realizzati con ampio ricorso a campi d'inumazione, associati alla realizzazione di manufatti a tumulazione, spesso destinati a sepolcri di famiglia, tipologie queste che hanno favorito la caratterizzazione "monumentale" nei cimiteri. Progressivamente, è cresciuto il ricorso alla pratica della tumulazione, anche con posti individuali (loculi, colombari), tanto che non sono assenti realizzazioni di veri e propri complessi funerari che, specie quelli più recenti, hanno perso ogni qualificazione di ordine artistico, per essere sempre più meri manufatti. L'originaria inumazione, fondata su di una logica di rotazione e che, fino ad epoca relativamente recente (fino ai primi mesi del 2001) vedeva questa pratica come sostanzialmente gratuita (cioè, a carico del bilancio del comune), via via ha ceduto di fronte ad un sempre maggiore presenza di sepolcri particolari (di famiglia, di collettività, fino a sepolcri individuali), dove la logica della rotazione è stato sostituito da quella della conservazione, sia per le durate sia per le pratiche funerarie e le tecniche costruttive, con diverse durate. Dall'iniziale perpetuità, a durate variabili che, solo dagli inizi del 1976, vedono il limite massimo in 99 anni. A fronte di ciò, anche in conseguenza del progressivo affievolirsi del lutto, si hanno sepolcri che, sorti in un dato momento, risultano oggi in stato di abbandono, per varie motivazioni (saturazione delle capienze, conservazioni nel tempo dei corpi, modifiche nelle strutture familiari e quanto altro), abbandono che si esplicita spesso nel degrado,

Poiché il cimitero non è suscettibile di soppressione (anche se, formalmente, una soppressione sia possibile, ma a condizione della realizzazione di altro cimitero, del trasferimento dei feretri, e ogni eventuale ri-utilizzo della relativa area è, normativamente, differito a tempi ben successivi a queste operazioni, tanto che un eventuale cimitero soppresso continua a generare costi di mantenimento per un arco temporale rilevante e, comunque, si dovrebbe porre la questione se si possa veramente parlare di soppressione o non piuttosto di trasferimento del cimitero, quale servizio, in altro sito, e con particolari e specifici fattori di onerosità), esso è chiamato a dare risposte a due livelli di "domanda" di servizio. La prima data dall'accoglimento dei feretri dei defunti a seguito del decesso, la seconda data dalla gestione dei sepolcri esistenti. Ma ogni nuova accoglienza sposta il sorgere di una domanda di gestione in là avanti nel tempo pari alla durata della tipologia di sepoltura richiesta, magari anche non dovendosi sottovalutare un qualche prolungamento, magari col il ricorso ad altre tipologie di accoglimento. Si faccia ricorso all'esempio del loculo singolo, concesso

per una durata 30ennale, in cui a seguito dell'accoglimento del feretro, il cimitero viene ad assumere un obbligo, che è sì giuridico ma anche morale, di conservazione per questi 30 anni, alla fine dei quali (ammesso che si siano debitamente sviluppati normali processi di scheletrizzazione, cosa frequentemente abbastanza improbabile, può dare motivo per un utilizzo di un loculo ossario, 99ennale. Anche a trascurare le comprensibili tare, l'accoglimento genera un obbligo iniziale certo per 30 anni, eventualmente rinnovabile o un ulteriore obbligo conservativo per altri 99 anni (arrivando a circa 130 anni). Ma, anche nell'ipotesi, altrettanto facilmente formulabile, del mero rinnovo, si raggiunge una durata di 60 anni. Decorsi i quali è improbabile che vi siano familiari che, sempre che siano reperibili, disposti ad assumere l'onere o di un loculo ossario (ampliando a circa 160 anni l'impiego di spazio cimiteriale) o, più semplicemente, a sostenere gli obblighi che, per norma, dovrebbero assumere, consistenti nelle operazioni di estumulazione, attribuzione alle spoglie morali di altra destinazione, riattamento del posto sepolcrale, in condizioni di piena e normale utilizzabilità, oneri che – di fatto – si traslano sul cimitero. Questi aspetti vanno collegati anche alla struttura tariffaria, generalmente improntata, per ragioni storiche, su di un versamento iniziale e non periodico, o parte *una tantum* e parte periodico, necessariamente da coordinare con la propensione alla spesa, in relazione al progressivo affievolirsi del lutto.

In queste condizioni appare come non vi siano condizioni di rilevanza economica sia per la durata dei rapporti che si instaurano, sia in relazione alla tipologia dei ricavi su base di esercizio, che devono, o dovrebbero, tenere conto del sorgere di obbligazioni di conservazione per periodo temporali del tutto improponibili per altri interventi (si pensi, ad esempio, come nella concessione di lavori pubblici la durata non possa essere superiore a 30 anni, seppure attenuata dalla formula "di regola" (art. 143, comma 6 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e succ. modif.), che risulta essere la più breve tra quelle delle diverse tipologie di sepolcri privati considerata dal regolamento comunale di polizia mortuaria di Roma (che si cita, a titolo di esempio, anche per il fatto che tale comune è stato interessato, nel 2010, ad una specifica norma in materia di gestione dei cimiteri, cui si farà cenno di seguito).

Per inciso, il Regolamento attuativo dell'art. 23.bis, nel dare attuazione alla previsione del comma 10, lett. h), prevede (art. 3, comma 3, lett. c), ultimo periodo), come: "... In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti; ... il che rende del tutto non coerente questi riferimenti all'ambito cimiteriale, se solo si consideri, come ogni nuova accoglienza di feretro determini, in quanto tale, un vincolo di esercizio del servizio ben oltre non solo ai 30 anni, considerati quale limite di regola non superabile: Se si assuma il periodo di ammortamento (ricorrendo ai coefficienti considerati all'art. 229, comma 7, lett. a) del T.U. di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., giusto per fare riferimento ad un dato formale, ma – soprattutto – perché queste coefficiente comprende la manutenzione straordinaria (ma non

l'ordinaria, né l'ordinaria gestione del servizio)) del 3%, si dovrebbe raggiungere il valore di 33 anni, computabile non dal momento in cui il manufatto sepolcrale (loculo individuale) viene utilizzato, da ma quanto, prima, sia stato realizzato. La sola ipotesi, spesso frequente, del mero rinnovo della durata della concessione viene, pressoché sempre, a collocarsi su di un arco temporale superiore al doppio ... Se poi, a queste considerazioni, molto aritmetiche, si aggiunga il fatto che se i loculi possono essere costruiti per stralci comprensivi di una certa quantità di posti, i singoli utilizzi si determinano distribuiti nel tempo, a mano a mano che vi sia l'accoglimento del singolo feretro, rendendo ben difficile ogni coerenza. Sin qui è stato fatto ricorso alla tipologia di minore durata, ma non si deva sottovalutare come l'art. 37 del Regolamento comunale di polizia mortuaria consideri anche altre tipologie, con durate di 75, 60, 99 anni, tipologie per le quali queste considerazioni si dilatano notevolmente. E anche in questo caso, con termini "finali" del tutto *uti singuli*.

Neppure va sottovalutata la presenza, di rapporto giuridici a tempo indeterminato, cioè in perpetuità, rispetto a cui operano tutt'altre logiche, ancora meno riducibili a coerenza con concessioni legate, unicamente, al periodo di ammortamento degli investimenti.

A ciò va aggiunta l'attività di gestione dell'ordinario, nonché i fattori di costo che derivano dalla presenza di sepolcri storici, spesso con caratteristiche di pregio sotto il profilo artistico, architettonico, storico, con la presenza di sepolcri significativi, tanto per la loro monumentalità che per le "memorie" che rappresentano, sia per la Città che per la Nazione, fattori di costo che, per loro stessa natura, non trovano riscontro in ricavi registrabili all'attivo dell'esercizio (o di più esercizi).

Se ne trae la conclusione che il servizio dei cimiteri possa essere abbastanza agevolmente ascrivibile alla categoria dei servizi privi di rilevanza economica, essendo del tutto improbabile una sua riconduzione a parametri meramente economici, secondo la disciplina che oggi regola i servizi pubblici locali a rilevanza economica. Non è casuale come l'art. 14, comma 16, lett. h) del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in L. 30 luglio 2010, n. 122, consente, seppure limitatamente al comune di Roma, l'utilizzo di determinati proventi "... anche per le spese di manutenzione ordinaria nonché utilizzo dei proventi derivanti dalle concessioni cimiteriali anche per la gestione e manutenzione ordinaria dei cimiteri", segno di un seppur timido (in quanto limitato al solo comune di Roma) inizio della percezione del fatto che le spese della stessa gestione e manutenzione ordinaria dei cimiteri, si collocano fuori da un contesto che consenta di riconoscere un qualche carattere avente rilievo economico. Certo una visione meno contingente, potrebbe portare a suggerire al legislatore statale sia l'estraniamento delle spese, specie quelle strutturali o di ampliamento e manutenzione straordinaria dei cimiteri, rispetto alle previsioni del patto di stabilità interno, nonché riconoscere la possibilità della detrazione fiscale, in analogia alle ristrutturazioni edilizie, per le opere di ripristino e manutenzione straordinaria dei sepolcri privati nei cimiteri (che, con-

sentirebbe, non solo una emersione delle aree di evasione od elusione fiscale largamente presenti, senz'altro stimabili in termini di positività complessiva per l'erario, ma anche favorirebbe un recuperino dell'uso di sepolcri esistenti, riducendo la domanda di ampliamento per la realizzazione di nuovi posti feretro). Tuttavia, proprio quest'indicazione, seppure possa essere considerata contingente, costituisce la spia di un'assenza di fonti di ricavi idonee ad assicurare la minimale attività di gestione e manutenzione ordinaria dei cimiteri.

Considerazioni ulteriori

Finora, per altro, si è intenzionalmente evitato di fare cenno alla funzione "antropologica" del cimitero, che forse richiederebbe di richiamare come, storicamente, i cimiteri siano nati nel contesto delle norme sanitarie (e lo stesso "testo unificato" della P.d.L. AS 56, nella nuova formulazione dell'art. 337 del T.U.L.L.SS., conserva un richiamo al fatto che "*sotto il profilo igienico-sanitario i cimiteri sono posti sotto la sorveglianza dell'autorità sanitaria*", cosa che consentirebbe di ricordare un loro carattere sociale (funzione oggi, transitoriamente, individuata in capo ai comuni dall'art. 21, comma 3, lett. f) L. 5 maggio 2009, n. 42)), dato che i cimiteri (a questo fine si considerano impianti cimiteriali le opere ed i servizi indicati, oggi, all'art. 56 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285) pur se parificati alle opere di urbanizzazione primaria (art. 26.bis D.L. 28 dicembre 1989, n. 415, convert. in L. 28 febbraio 1990, n. 38), anzi, meglio qualificati quali "*servizi indispensabili parificati dalle opere di urbanizzazione primaria*", presentano solo in minima parte caratteristiche igienico-sanitarie, ma sono, prima di tutto, luoghi di memoria ed auto-identificazione della comunità locale (e, per alcuni cimiteri, non solo locale). Anche questa componente non può essere sottovalutata nella valutazione dei cimiteri in un contesto in cui si ricerchi se possano o debbano essere ascritti tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica, oppure debbano o possano essere ascritti e qualificati quali servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (o, del tutto privi di essa).

La portata della sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004 (e non solo)

Se il confine tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi pubblici locali che ne siano privi non sia oggettivamente pre-determinabile, specie in via estratta e generalizzata, ma richieda una valutazione spesso rinviata, o rinviabile, alle singole situazioni locali, vi è un aspetto che merita di dover essere necessariamente preso in considerazione. Qualora di giunga ad argomentare come i servizi pubblici locali relativi al servizio cimiteriale siano, a certe condizioni, qualificabili quali privi di rilevanza economica, non si potrebbe sottovalutare come essi, collocandosi su altro piano, diventino riconducibili all'ambito dell'autonomia regionale e locale. Infatti, nella parte finale delle considerazioni in diritto che argomentano la pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004, si legge, testualmente: "... Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi

pubblici locali “privi di rilevanza economica”, di cui all’art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell’autonomia regionale e locale. ...”. In altre parole la Corte Costituzionale riconosce qui una sorta di compressione (da parte dell’art. 113.bis del testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., di cui nel dispositivo si dichiara l’illegittimità costituzionale) dell’autonomia regionale e locale.

Regionale, oppure locale, oppure, ancora, entrambe?

Da un lato quest’ultima questione potrebbe essere affrontata, come spesso, troppo spesso, è avvenuto nel corso dell’ultimo (quasi) decennio (grosso modo quello interessato dalle modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione; L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3) cercando una collocazione per materia all’interno del quadro di riferimento, per altro non sempre netto, delle previsioni dell’art. 117, comma 2 Cost., oppure dell’art. 117, comma 3 Cost., non senza trascurare come ogni qual volta non sia possibile questa allocazione per materia, operi, per *default*, la previsione dell’art. 117, comma 4 Cost. Questa “tecnica”, per altro ed a date condizioni, risulta, in sé, insoddisfacente perché tende a trascurare altre componenti normative. Infatti queste norme hanno riguardo al livello (in ambito “nazionale”, non ponendosi ignorare come atti normativi competano anche alle Istituzioni dell’Unione europea) delle norme di rango primario dato che non si può negare come, sempre a seguito delle modifiche apportate dalla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, si debba considerare come vi siano anche norme di livello *pre-primario*, come è stato definito dalla dottrina (ma si veda, anche, Corte di Cassazione, Sez. Unite Civ., sent. n. 12868 del 16 giugno 2005), quali gli Statuti considerati dall’art. 114, comma 2 Cost., nonché l’attuale articolazione delle norme di rango secondario, cioè l’aspetto della potestà regolamentare, per la quale l’art. 117, comma 6 Cost. individua quanto può essere definito con la formula di: “una regola, due eccezioni”.

La *regola* è quella per cui la potestà regolamentare spetti al livello di governo a cui spetta la potestà legislativa in data materia; la *prima eccezione* è data dalla facoltà dello Stato di delegare la potestà regolamentare, nelle materie di propria competenza legislativa esclusiva, alle regioni.

La *seconda eccezione* è del tutto più interessante in quanto si individua una potestà regolamentare (di un certo tipo e qualificazione) in capo a livelli di governo privi di potestà legislativa. Si tratta della potestà regolamentare che l’art. 117, comma 6, terzo periodo, Cost. riconosce, individua, attribuisce ai comuni, province e città metropolitane. A questo punto, occorre ricordare come (art.114, comma 1) la Repubblica sia costituita da una pluralità di livelli di governo (comuni, province, città metropolitane, regioni, Stato) posti su di un piano di pari ordinazione come risulta non solo da questa disposizione o da quella del comma 2 dello stesso art. 114 Cost., ma altresì (forse, soprattutto) dal fatto che la stessa L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha, tra le diverse modificazioni costituzionali, disposto anche l’abrogazione dell’art. 129

Cost. il cui comma 1 (prima che venisse abrogato) stabiliva come le province ed i comuni fossero anche ... circoscrizioni di decentramento statale e regionale. Ne esce un quadro in cui è del tutto inammissibile ogni residua concezione che conservi questa valutazione, con il ché non può proprio ulteriormente (dal 7 novembre 2001) vedersi (e. g.) i comuni e le province quali circoscrizioni amministrative dello Stato e/o delle regioni. Si tratta di livelli di governo posti su di un piano di chiara ed assoluta pari-ordinazione, con la conseguenza che la potestà regolamentare loro riconosciuta, attribuita dalla Costituzione si colloca sullo stesso piano, dal punto di vista del rango normativo, degli atti con cui lo Stato e le regioni esercitano la propria potestà regolamentare (ovviamente ferme restando le non superabili questioni che derivano dai rispettivi ambiti territoriali). Il ché costituisce un’affermazione che, per altro, richiede una certa quale moderazione: Infatti, le province ed i comuni hanno, storicamente, sempre (quanto meno a seguito dell’Unità d’Italia e delle norme ad essa conseguenti) goduto di una potestà regolamentare, oggi sulla base delle previsioni dell’art. 7 testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif. (e, prima, risalendo nel tempo, sulla base della L. 8 giugno 1990, n. 142 e, ancora prima, dei testi unici della legge comunale e provinciale, variamente susseguitisi a partire dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato A (art. 87)). L’art. 7 testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., prevede, testualmente, come: “1. Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l’organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l’esercizio delle funzioni.”

A questa disposizione va collegata, e confrontata, quella dell’art. 117, comma 6, terzo periodo. Cost. il cui tenore è: “I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.”. Si nota come non vi sia sovrapposizione, dato che, ad esempio, nella prima si considerano le “materie di propria competenza” (cioè di competenza, rispettivamente, del comune o della provincia) e, di seguito, si individuino gli aspetti particolari, mentre nella seconda si individuino uno specifico ambito della potestà regolamentare, con il ché si potrebbe giungere ad affermare come tali livelli di governo (e, per motivi di semplicità, nonché di “materia”, ancora una volta, si considerino, di seguito, unicamente i comuni o, meglio, li livello di governo costituito dai comuni) dispongano di due diverse potestà regolamentari, l’una derivante da norma di legge ordinaria, l’altra derivante dalla Costituzione.

Poniamo l’attenzione su questa seconda, per la quale la potestà regolamentare di comuni (livello di governo sprovvisto di potestà legislativa) sussiste “in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”, dato che non si parla più, qui, di materia di competenza, bensì si accentua l’ambito sulle funzioni. Certamente potrebbe osservarsi come la deter-

minazione delle funzioni (o, più esattamente, delle funzioni fondamentali) dei comuni costituisca materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. p) Cost.) e che, per certi versi, dovrebbe essere oggetto di quella che, nel linguaggio mediatico, è talora chiamata quale “Carta delle autonomie”, magari ricordando come l’art. 21, comma 3 L. 5 maggio 2009, n. 42 individui, provvisoriamente, alcune funzioni (neppure definite fondamentali) e servizi, anche se tale individuazione – provvisoria – ha la finalità espressamente individuata in tale norma di legge.

Tuttavia, non si può sottovalutare come vi sia una funzione che è già attribuita ai comuni, da norma di rango primario che è, per quanto oggetto del presente approfondimento, la funzione cimiteriale che è attribuita ai comuni dall’art. 824, comma 2 C.C. Da ciò si può trarre la conclusione che la funzione cimiteriale, in quanto attribuita ai comuni, veda – per quanto riguarda la disciplina dell’organizzazione e del suo svolgimento – la sussistenza della potestà regolamentare considerata dall’art. 117, comma 6, terzo periodo, Cost. (e non, se non parzialmente, la potestà regolamentare derivante dall’art. 7 testo unico, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif. Il che porta a dover considerare, anche, con sequenzialmente, come i regolamenti che attengono a questa disciplina (dell’organizzazione e dello svolgimento della funzione cimiteriale), assumano il carattere dell’*esclusività*, per quanto attiene alle norme di rango secondario e, coordinando questa potestà regolamentare, così qualificata ed enucleata come avente derivazione costituzionale, con la titolarità statutaria che sopporta il solo limite dei “principi” fissati dalla Costituzione e, quindi, assume natura di norma pre-primaria si può giungere alla constatazione per la quale una quale potestà in materia di esercizio della funzione cimiteriale debba essere del tutto esclusa sussistere in capo alle regioni (cui permangono, semmai, aspetti di altra natura pur se possano interagire con la funzione cimiteriale, come, ad esempio, gli aspetti afferenti alla tutela della salute, che, per altro, non riguarda la funzione cimiteriale intesa come gestione cimiteriale (e forme della gestione cimiteriale), residuando come possibili prescrizioni per singole operazioni o per singoli aspetti, operativi, che possano aversi all’interno dei recinti cimiteriali), mentre sussista (e per norma di rango primario) in via esclusiva in capo al comune. E, trattandosi di aspetti rientranti nella potestà regolamentare ormai esclusiva, dei comuni, deve individuarsi nella coppia di norme data dallo Statuto e della (specifico) regolamento comunale la fonte che qualifica, che individua, che determina se il servizio pubblico locale cimiteriale possa, o debba, assumere la qualificazione di servizi pubblico locale a rilevanza economica, oppure possa, o debba, assumere la qualificazione di servizio pubblico locale privo di rilevanza economica, con la conseguenza che, nel primo caso, si applicheranno le norme dello Stato e dell’Unione europea relativamente ai servizi pubblici locali a rilevanza economica (ricordando come nell’ambito dell’Unione europea si parla di “servizi d’interesse economico generale” (SIEG), nonché di altre tipologie quali i “servizi di interesse generale” (SIG), di

“servizi sociali di interesse generale” (SSIG), di “servizi non economici di interesse generale” (SNEIG), cioè con una terminologia che non è conforme testualmente (e, probabilmente, neppure sostanzialmente) con quella attualmente in uso in Italia), mentre nel secondo spetterà allo Statuto e allo (specifico) Regolamento comunale, questo ultimo adottato nell’esercizio della potestà regolamentare comunale di cui all’art. 117, comma 6, terzo periodo, Cost., definire la forma, oppure le forme, di gestione. In fondo, si ritorna ancora una volta all’art. 5 Costituzione.

In fine, deve anche essere osservato, una volta stabilita la titolarità (oltretutto, esclusiva) della funzione cimiteriale in capo al comune, come spetti altresì al comune stesso definire una qualificazione del servizio connesso a tale funzione, qualificazione che potrebbe vedere affermata una natura di istituzionalità sostanziale, oppure di servizio pubblico locale privo di rilevanza economica, oppure di servizio pubblico locale avente rilevanza economica. Si tratta di operare un esercizio di quell’autonomia che l’art. 5 Cost. riconosce alle Autonomie Locali, riconoscimento ben pre-esistente alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, non modificato da questa, ma, semmai, valorizzato da questa sia attraverso la pari-ordinazione dei livelli di governo che costituiscono la Repubblica, sia attraverso il superamento di ogni logica di “gerarchia” tra livelli di governo. Ma il riconoscimento (anzi, l’art. 5 Cost. prevede non solo il riconoscimento, ma altresì la promozione, cioè un obiettivo attivo) delle Autonomie Locali importa che queste, cioè le Autonomie Locali, per certi versi, siano pre-esistenti alla stessa Repubblica: cosa di cui, troppo spesso, le Autonomie Locali tendono a non tenere conto, essendo spesso ancora prigioniere di concezioni non del tutto autonomistiche (non nel senso dell’arbitrio, ma di quella che si potrebbe definire come una forma di “coscienza del sé”, adulta e matura), dato che è ben più agevole e meno impegnativo fare riferimento a fonti esterne che non a darsi, esercitando le proprie prerogative, “fonti” proprie, facendo bene attenzione a non eccedere rispetto al contenuto sostanziale della propria autonomia. Per ricorrere ad un esempio: è più facile transitare su strade realizzate da altri, che non costruire una strada propria, dove, oltretutto, occorrerebbe fare attenzione a non occupare fondi altrui.