

Rubrica

La gestione dei cimiteri: quali forme? (Parte II)

di Sereno Scolaro

Una linea, comunque, in evoluzione

Se le considerazioni precedentemente fatte, in particolare, sulla portata della sent. n. 272 del 27 luglio 2004 della Corte Costituzionale, in specie per quanto possa considerarsi come una “valorizzazione” dell’Autonomia degli enti locali, riconosciuta dall’art. 5 Cost. e ulteriormente qualificata – prima di tutto – dall’art. 114, comma 2 Cost., ma altresì dall’abrogazione degli artt. 128 e 129 Cost., se si consideri come l’autonomia importi anche un potere (o, meglio, titolarità) statutario, che, congiuntamente ai poteri e funzioni, trova un limite nei “principi” fissati dalla Costituzione stessa, con la conseguenza che è stato ritenuto ⁽¹⁾ che la c.d. Riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione (L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3), abbia “... comportato una incisiva modifica dell’assetto costituzionale degli enti locali, con l’abrogazione dell’art. 128 Cost., la previsione che la competenza esclusiva della legge statale è circoscritta alla materia della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, comma 2, lett. p)), la equiparazione degli enti territoriali – tutti significativamente menzionati nella stessa disposizione di cui al comma 2 dell’art. 114 – dal punto di vista della garanzia costituzionale e della pari dignità, il riconoscimento di una loro posizione di autonomia statutaria, così da delineare un sistema istituzionale costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, ma autonomi, nel quale le esigenze unitarie

si coordinano con il riconoscimento e la valorizzazione delle istituzioni locali.

Tale processo di trasformazione dell’assetto costituzionale ha direttamente coinvolto la natura, la funzione ed i limiti della potestà statutaria del Comune, già riconosciuta nella legge n. 142 del 1990, quale modalità paradigmatica di esplicazione dell’autonomia dell’ente. ... (omissis) ... Detto sistema ha profondamente inciso nel rapporto tra legge statale e statuto, in quanto, mentre in passato ogni disposizione di legge costituiva limite invalicabile all’attività statutaria, nella nuova disciplina lo statuto può derogare alle disposizioni di legge che non contengano principi inderogabili: esso è vincolato unicamente al rispetto dei principi innanzi richiamati, tanto da potersi ora delineare il rapporto tra legge e statuto – come è stato efficacemente osservato in dottrina – non tanto o non soltanto in termini di gerarchia, ma anche e soprattutto in termini di competenza – ovvero di gerarchia limitatamente ai principi – e da potersi qualificare lo statuto non più come disciplina di attuazione, ma di integrazione ed adattamento dell’autonomia locale ai principi inderogabili fissati dalla legge.

Il rapporto tra fonti normative statali e locali appare ancor più marcatamente influenzato dalla modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione attuata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, sia in forza della già ricordata delimitazione a settori specificamente e tassativamente determinati degli ambiti di intervento della legge statale (art. 117 comma 2 lett. p), sia per effetto dell’esplicito riconoscimento costituzionale delle potestà statutarie e regolamentari dei Comuni: in particolare, il comma 2 dell’art. 114 san-

⁽¹⁾ Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sent. n. 12868 del 16 giugno 2005.

cisce che i Comuni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione (e quindi non più secondo i principi espressamente enunciati come inderogabili dalla legge statale), mentre il comma 6 dell'art. 117 riconosce ai Comuni potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite. ... Nel quadro di tale importante processo di trasformazione dell'impianto istituzionale, in parte già avvenuto, in parte ancora in itinere, appare evidente che il testo unico n. 267 del 2000 ha perso l'originaria connotazione di legge organica di sistema, una volta venuta meno la norma costituzionale di riferimento costituita dall'art. 128 Cost., che come innanzi ricordato affidava a leggi generali dello Stato l'enunciazione dei principi nell'ambito dei quali l'autonomia degli enti locali poteva esplicarsi (... (omissis) ...), ed altrettanto evidente appare che la previsione del potere normativo locale tra le prerogative contemplate direttamente dalla Costituzione ha ulteriormente rafforzato il valore degli statuti locali nella gerarchia delle fonti.

Nel nuovo quadro costituzionale lo statuto si configura, come la dottrina è generalmente orientata a ritenere, come atto formalmente amministrativo, ma sostanzialmente come atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimary, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio, in quanto diretto a fissare le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente ed a porre i criteri generali per il suo funzionamento, da svilupparsi in sede regolamentare (v. sul punto Cass. 2004 n. 16984).

Ne risulta così accentuata l'immanenza della potestà statutaria al principio di autonomia sancito dall'art. 5 Cost. e la configurazione dello statuto come espressione della esistenza stessa e della identità dell'ordinamento giuridico locale.

Tale mutato quadro normativo di riferimento esige una radicale revisione dell'impostazione tradizionale che escludeva la legittimità di ogni previsione statutaria che conferisse la rappresentanza ad agire e resistere alle liti a persona diversa dal sindaco. ... (omissis) ... Una volta assegnato allo statuto il valore di norma fondamentale dell'organizzazione dell'ente locale, che non trova altri limiti che quelli imposti da principi espressamente connotati da inderogabilità, ed ... (omissis) ...

Ed è da ritenere che lo statuto, nel disciplinare la rappresentanza in giudizio, non trovi neppure la limitazione posta dal principio generale dell'ordinamento secondo il quale ... (omissis) ... La definizione dello statuto quale atto a contenuto normativo non può non influenzare la soluzione della connessa questione se ed in quale misura esso sia soggetto al principio iura novit curia di cui all'art. 113 c.p.c., inteso come pote-

re dovere del giudice di individuare, anche prescindendo dalle prospettazioni delle parti, e di applicare ai fatti sottoposti al suo esame le norme dirette a disciplinare la fattispecie.

Come è noto, la giurisprudenza più remota poneva la distinzione, nell'ambito delle fonti secondarie, tra gli atti di produzione normativa soggetti ad adeguate forme di pubblicità e quelli ad esse sottratti, e per tale ragione non ricompresi tra quelli che il giudice ha il dovere assoluto di conoscere, pur se tenuto ad applicarli in ogni caso in cui ne abbia personale conoscenza, ovvero in base agli atti acquisiti al processo. Con particolare riferimento ai regolamenti locali, nelle pronunce più risalenti si affermava che, non godendo essi di adeguate garanzie di pubblicizzazione, per essere la loro pubblicazione a diffusione meramente locale, al dovere del giudice di applicarli, avendo essi contenuto di norme giuridiche, non corrispondeva un dovere di conoscenza in senso assoluto tale da richiedere la ricerca di ufficio, sussistendo invece un onere di allegazione delle parti, così da consentire al giudice la loro applicazione (v. sul punto, tra le tante, Cass. 1972 n. 1030; 1972 n. 1962; 1973 n. 299; 1974 n. 3968; 1975 n. 1279; 1975 n. 2784; 1975 n. 3511; 1976 n. 1742; 1979 n. 6333). ... Ad una siffatta soluzione deve a più forte ragione pervenirsi con riferimento agli statuti comunali, tenuto conto della loro richiamata natura di atti a contenuto normativo, di rango certamente superiore a quello dei regolamenti, e considerata anche la triplice forma di pubblicità cui essi sono soggetti: a livello locale, con l'affissione all'albo pretorio per trenta giorni consecutivi, a livello regionale, con la pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione, a livello nazionale, con l'inserzione nella raccolta ufficiale degli statuti curata dal Ministero dell'Interno, che ne cura anche adeguate forme di ulteriore pubblicità (art. 6 comma 5 e 6 del testo unico). Né può omettersi di considerare che un immediato e agevole strumento di conoscenza, accessibile da ogni cittadino, è fornito dal loro inserimento in rete. Va pertanto affermato che la conoscenza dello statuto appartiene alla scienza ufficiale del giudice, tenuto a disporre l'acquisizione anche di ufficio. ... (omissis) ... Ove per contro la disciplina della rappresentanza in giudizio sia contenuta non nello statuto, ma nel regolamento, tale previsione ... (omissis) ... Va al riguardo osservato che, se è certamente vero che l'esercizio della potestà regolamentare costituisce anch'esso espressione della autonomia dell'ente locale, in quanto attua la capacità dell'ente di porre autonomamente le regole della propria organizzazione e del funzionamento delle istituzioni, degli organi, degli uffici e degli organismi di partecipazione, ed ha trovato anch'esso riconoscimento costituzionale nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., è tuttavia altrettanto vero che la disciplina delle materie che l'art. 7 del testo unico affida al regolamento deve av-

venire nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto: ciò vale a dire che il potere di autorganizzazione attraverso lo strumento regolamentare deve svolgersi all'interno delle previsioni legislative e statutarie, così ponendosi un rapporto di subordinazione, pur se non disgiunto da un criterio di separazione delle competenze, tra statuto e regolamento. ... (omissis) ... La considerazione del nuovo assetto delle competenze degli organi del Comune delineato dalla normativa vigente impone la revisione anche di tale orientamento. "

Anche se la sentenza (di cui è importante segnalare la pronuncia da parte delle Sezioni Unite), parla espressamente di dello statuto comunale quale " ... atto normativo atipico, con caratteristiche specifiche, di rango paraprimary o subprimary, posto in posizione di primazia rispetto alle fonti secondarie dei regolamenti e al di sotto delle leggi di principio ... ", vi è stato chi ha avuto modo di argomentare come lo statuto comunale debba essere qualificato, perfino, quale fonte del diritto avente natura *pre-primaria*, risentendo del solo limite della costituzione, anzi dei principi fissati in essa: La questione sulla collocazione, all'interno della gerarchia dei fonti del diritto, degli statuti comunali non interessa più di tanto, dato che già limitandosi a tali indicazioni della qui citata sent. n. 12868 del 16 giugno 2005, emergono, o conseguono, aspetti di rilievo.

Va osservato, con particolare riguardo alla gestione dei cimiteri, oppure – ove lo si voglia – alla natura dei servizi cimiteriali come, pur dovendosi ri-confermare, come essi attengano a funzioni che, se si ritenga che non possano denominarsi propriamente (magari per il solo fatto di non essere enunciate in modo espresso) quali "funzioni fondamentali", nell'ambito della loro individuazione "provvisoria" data dall'art. 21, comma 3 L. 5 maggio 2009, n. 42 ⁽²⁾, hanno natura di funzioni

⁽²⁾ Ma va tenuto presente come nel D.d.L. AS 2259 "Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati." (*Disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 126-bis del Regolamento*).", l'art. 2, nell'individuare le funzioni fondamentali dei comuni, presenti il testo seguente: " Art. 2. (Funzioni fondamentali dei comuni)

1. Ferme restando le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni, sono funzioni fondamentali dei comuni:
- a) la normazione sull'organizzazione e sullo svolgimento delle funzioni spettanti in qualità di enti autonomi dotati di propri statuti e muniti di autonomia finanziaria di entrata e di spesa;
 - b) la programmazione e la pianificazione delle funzioni spettanti;
 - c) l'organizzazione generale dell'amministrazione e la gestione del personale;
 - d) il controllo interno;
 - e) la gestione finanziaria e contabile;
 - f) la vigilanza e il controllo nelle aree funzionali di competenza;

essenziali, proprie, connaturate all'ambito dei comuni, in quanto affidate ai comuni per norma di rango primario, sia, per usare la terminologia propria del diritto dell'Unione europea, dei "servizi d'interesse generale" (S.I.G.); ma, ancor prima, in quanto destinati ad operare in termini di risposte a livelli di bisogni della popolazione il cui ambito è, per propria intima natura, quello del territorio comunale. Tuttavia, anche assumendo che i servizi cimiteriali costituiscano servizi d'interesse generale, svolgenti tesi (necessariamente) nell'ambito comunale, da ciò stesso non si potrebbe pervenire ad una loro qualificazione in termini di col-

-
- g) l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale;
 - h) il coordinamento delle attività commerciali e dei pubblici esercizi, in coerenza con la programmazione regionale;
 - i) la realizzazione di processi di semplificazione amministrativa nell'accesso alla pubblica amministrazione ai fini della localizzazione e della realizzazione di attività produttive;
 - l) le funzioni in materia di catasto, ad eccezione di quelle mantenute allo Stato dalla normativa vigente;
 - m) le funzioni in materia di edilizia, compresi la vigilanza e il controllo territoriale;
 - n) la pianificazione urbanistica e la regolamentazione edilizia di ambito comunale, anche con riferimento agli interventi di recupero del territorio e di riqualificazione degli assetti insediativi, nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale;
 - o) l'attuazione, in ambito comunale, delle attività di protezione civile inerenti alla previsione, alla prevenzione, alla pianificazione di emergenza e al coordinamento dei primi soccorsi;
 - p) la costruzione, la classificazione, la gestione e la manutenzione delle strade comunali e la regolazione della circolazione stradale urbana e rurale e dell'uso delle aree di competenza dell'ente;
 - q) la pianificazione dei trasporti e dei bacini di traffico e la programmazione dei servizi di trasporto pubblico comunale, nonché le funzioni di autorizzazione e di controllo in materia di trasporto privato in ambito comunale, in coerenza con la programmazione provinciale;
 - r) la progettazione e la gestione del sistema locale dei servizi sociali e l'erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione;
 - s) l'edilizia scolastica, l'organizzazione e la gestione dei servizi scolastici, compresi gli asili nido, fino all'istruzione secondaria di primo grado;
 - t) la gestione e la conservazione di teatri, musei, pinacoteche, raccolte di beni storici, artistici e bibliografici pubblici di interesse comunale e di archivi comunali;
 - u) l'attuazione delle misure relative alla sicurezza urbana e delle misure disposte dall'autorità sanitaria locale;
 - v) l'accertamento, per quanto di competenza, degli illeciti amministrativi e l'irrogazione delle relative sanzioni;
 - z) l'organizzazione delle strutture e dei servizi di polizia municipale e l'espletamento dei relativi compiti di polizia amministrativa e stradale, inerenti ai settori di competenza comunale, nonché di quelli relativi ai tributi di competenza comunale;
 - aa) la tenuta dei registri dello stato civile e di popolazione e i compiti in materia di servizi anagrafici nell'esercizio delle funzioni di competenza statale.",
- ambito nel quale i cimiteri sono individuabili nel quadro della lett. g), divenendo così quelli che, nel diritto dell'Unione europea, sono denominati quali S.I.G.

locazione all'interno dei versanti che genera lo spartiacque tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. O, altrimenti, non si sarebbe giunti a disporre di strumenti che consentano, in una sostenibile situazione d'incertezza, di individuare nella titolarità normativa dei comuni (sia che vi si ricorra attraverso lo strumento statutario, sia che si percorra la strada, meno fortificata, del regolamento comunale adottato ai sensi dell'art. 117, comma 6, terzo periodo Cost. ⁽³⁾) di poter procedere essi stessi, nell'esercizio della propria autonomia, a qualificare, nello specifico ambito comunale, i servizi cimiteriali come privi di rilevanza economica. Se non altro per il fatto che sono presenti orientamenti che vanno nella direzione di considerare i servizi cimiteriali esplicitamente quali servizi pubblici locali a rilevanza economica. Esempi di questi orientamenti sono individuabili, ad esempio, in atti dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, come si può constatare (per citare solo alcuni, tra i più recenti) nei documenti AS667 del 13 gennaio 2010, con riferimento al comune di Codigoro ⁽⁴⁾; PA174 del 6 maggio 2010 (protocollato il 19 maggio 2010) ⁽⁵⁾, con riferimento al comune di Genova; AS772, con riferimento al comune di Latina ⁽⁶⁾, nei quali l'Autorità esprime costantemente l'avviso sulla natura di servizi pubblici locali a rilevanza economica dei servizi cimiteriali. Oltretutto, nel primo tra quelli qui citati (AS667 – comune di Codigoro), l'Autorità considera (trascurando la questione da cui la richiesta di parere ha avuto origine) come l'amministrazione comunale interessata si sia limitata a giustificare la decisione di affidare il servizio in questione attraverso modalità *in house* sulla base della constatazione secondo cui alcune caratteristiche del mercato di riferimento, ossia la sua piccola dimensione, o il basso valore degli introiti attesi dal servizio in esame, renderebbero poco appetibile la gestione del servizio stesso da parte di un operatore privato, rilevando che constatazione, tuttavia, sarebbe dovuta derivare ad esito di una consultazione del mercato finalizzata a verificare l'eventuale presenza o meno di operatori in grado di rispondere alle esigenze dell'Amministrazione: in altre parole, l'orientamento dell'Autorità sembra essere quello per cui non siano sufficienti considerazioni su elementi oggettivi, sussistenti in ambito locale, ma che questi debbano essere oggetto di rilevazione "esogena" (con evidenti oneri, aggiunti, in capo al comune che si trovi in un ambito comunale in cui la dimensione del servi-

zio è oggettivamente rilevabile dal contesto, oppure quando la dimensione del singolo servizio pubblico locale abbia un valore inferiore alla soglia determinata dall'art. 4, comma 1 D.P.R. 7 settembre 2010, n. 210). Nel secondo (PA174 – comune di Genova) l'Autorità fa rinvio alla pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sent. n. 17573 del 3 agosto 2006 per estrapolarne la massima secondo cui "... *un determinato servizio può essere qualificato come pubblico sole se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività*", formulazione rispetto alla quale sinceramente si hanno serie difficoltà ad individuare con quale percorso ermeneutico da una tale estrapolazione si giunga ad affermare la riconducibilità alla categoria dei servizi pubblici, concludendo, per ciò stesso (cioè, per il fatto che si tratti di servizi pubblici) con l'affermazione della disciplina posta dall'art. 23.bis D.L. 25 giugno 2008, 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. Con l'intenzione di non voler leggere questi orientamenti dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il mercato come risultato di posizioni pre-giudiziali, potrebbe ipotizzarsi (ma l'Autorità non argomenta minimamente in questo senso, così come neppure in altri, eventualmente) che ciò derivi dalla formulazione dell'art. 1, comma 1 D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 ⁽⁷⁾, laddove, dopo avere precisato come questo regolamento si applichi "... *ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito denominati «servizi pubblici locali»*. ...", cioè ridefinendo i "servizi pubblici locali a rilevanza economica" con sotto la definizione indicata, magari tenendosi presente anche il comma 3 del medesimo art. 1, laddove "elenca" i servizi che sono esclusi dall'applicazione del regolamento stesso, esclusione che non può che essere letta se non nel senso che i servizi così elencati sono sì servizi pubblici locali a rilevanza economica, ma cioè non ostante, esclusi dall'applicazione del regolamento ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Potestà regolamentare non equivocabile e neppure sovrapponibile a quella derivante dall'art. 7 testo unico, approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., se non altro per il fatto che quest'ultima sorte ed ha la sua legittimazione in norma di legge, mentre la prima nella Costituzione.

⁽⁴⁾ Pubblicato sul Bollettino dell'A.G.C.M. n. 6/2010.

⁽⁵⁾ Che non risulta essere stato pubblicato.

⁽⁶⁾ Pubblicato sul Bollettino dell'A.G.C.M. n. 42/2010.

⁽⁷⁾ Per altro, emanato, pubblicato ed entrato in vigore del tutto successivamente a questi pareri, salvo l'ultimo dei tre citati (anche se, in verità, testi "informali" erano circolanti ben prima della sua emanazione).

⁽⁸⁾ Il che, accademicamente, potrebbe consentire di aprire un'ulteriore questione, quella cioè se l'esclusione dall'applicazione del regolamento comporti altresì l'esclusione dall'applicazione dell'art. 23.bis D.L. 25 giugno 2008, 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, ipotesi che potrebbe presentare alcune criticità, se non altro per il fatto che sia una norma di rango secondario ad "escludere" l'applicazione della norma, di rango primario, attuata dalla norma regolamentare ...

La sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 17 novembre 2010

A questo punto deve essere richiamata anche la successiva sent. n. 325 del 17 novembre 2010, con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata, a seguito di alcuni ricorsi presentati da regioni (ma anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri), su questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23.bis D.L. 25 giugno 2008, 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. Al di là del fatto che tale disposizione (l'art. 23.bis) esce, sostanzialmente, intatto da censure di legittimità costituzionale, non può non segnalarsi come la Corte Costituzionale, in parte discostandosi, per certi versi, dagli orientamenti espressi con la precedentemente citata sent. n. 272 del 27 luglio 2004, pur incidentalmente citandola, presenti considerazioni che, alla fin fine, incidono sull'ipotesi che il comune possa – nei termini in precedenza ipotizzati – assumere il ruolo di “definitore” della natura dei servizi cimiteriali in termini di servizi pubblici privi di rilevanza economica. Anzi, poiché, in precedenza, una delle argomentazioni qui utilizzate è stata proprio quella per la quale i servizi cimiteriali costituiscono funzione attribuita dalla legge ordinaria (nella specie dall'art. 824, comma 2 C.C.) ai comuni, come funzioni proprie di questi enti, merita di essere ricordato come nella sent. n. 325 del 17 dicembre 2010, si respinga un'argomentazione consimile⁽⁹⁾, seppure nell'ambito del servizio idrico⁽¹⁰⁾ (vedi punto 10.1.4 e segg.). dichiarandola inammissibile, in quanto avente per oggetto non la disciplina posta dalla disposizione denunciata, ma altra disposizione (cioè l'art. 153, comma 1, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e succ. modif.).

Nel complesso la sent. n. 325 del 17 novembre 2010 non solo salva guardia, nel suo complesso, l'art. 23.bis D.L. 25 giugno 2008, 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, ma presenta argomentazioni che tendono, o hanno come esito, quella traslazione generalizzante dalla categoria dei “servizi pubblici locali a rilevanza economica” in quella dei “servizi pubblici locali”, con l'effetto della generalizzazione della disciplina dei primi ai secondi. Oltretutto, ricordando come il comma 3 dell'art. 23.bis, nella parte in cui regola le forme di affidamento non competitive, determini, a mo' d'imposizione (pur se in deroga alle forme ordinarie di affidamento) un'eventuale gestione *in house* (e purché ne ricorrano i presupposti e sia osservato l'iter a ciò previsto, incluso il parere, preventivo,

dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato) ed escludendo le possibilità di una gestione in proprio da parte dell'ente locale o la gestione tramite azienda speciale, aspetti su cui era stato eccepito come dovesse ritenersi escluso che lo Stato possa invocare la propria competenza in materia di tutela della concorrenza al fine di disciplinare le forme di gestione non competitive, che ricadono, invece, nella competenza regionale piena in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali.

Anche se non vi sia esplicito richiamo ai servizi cimiteriali (se non altro per il fatto che le regioni non avrebbero potuto questione di legittimità costituzionale rispetto a servizi non propri quanto dei comuni⁽¹¹⁾), la portata della sent. n. 325 del 17 novembre 2010 della Corte Costituzionale sembra proprio essere tale da indurre a dover considerare come da un lato debba ormai aderirsi, o subirsi, la qualificazione dei servizi cimiteriali quali aventi anch'essi rilevanza economica⁽¹²⁾ e, in stretta connessione e conseguenza, come di-

⁽¹¹⁾ Pur se qualche regione (Piemonte) ricorrente abbia argomentato, in sede di ricorso, che alle regioni spetterebbe”, inoltre «la legittimazione ad impugnare le leggi statali in via diretta non solo a tutela della propria legislazione, ma anche con il riferimento alla prospettata lesione da parte della legge nazionale della potestà normativa degli enti territoriali, con affermazione della regione come ente di tutela avanti alla Corte costituzionale del “sistema regionale delle autonomie territoriali” (art. 114, secondo comma, Cost.)».

⁽¹²⁾ Argomentazione che si ricava al punto 9.1 delle “Considerazione in diritto” della sentenza, in particolare laddove si evidenzia come “... le disposizioni censurate non fanno esclusivo riferimento ad un servizio locale operante in un mercato già esistente, ma riguardano servizi dotati di mera «rilevanza» economica e, quindi, anche servizi ancora da organizzare e da immettere sul mercato. Infatti, esse, in armonia con l'indicata nozione comunitaria di interesse economico, evidenziano le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di «rilevanza» economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici).

Tale impostazione – consequenziale alla scelta legislativa di promuovere la concorrenza “per” il mercato della gestione dei servizi – emerge nettamente, in particolare, dai commi 3, 4 e 4-bis, dell'art. 23-bis, i quali possono essere interpretati soltanto nel senso che i servizi pubblici locali non cessano di avere «rilevanza economica» per il solo fatto che sia formulabile una prognosi di inefficacia o inutilità del semplice ricorso al mercato, con riferimento agli obiettivi pubblici perseguiti dall'ente locale. Evidentemente, anche per il legislatore nazionale, come per quello comunitario, la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche

⁽⁹⁾ Presente nel ricorso proposto dalla regione Marche.

⁽¹⁰⁾ Servizio che ha una sua speciale regolazione ai sensi dell'art. 1, comma 2 D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

venti – in prospettiva – sempre meno agevolmente sostenibile la gestione dei servizi cimiteriali stessi a mezzo di azienda speciale ⁽¹³⁾, tanto da esporre le gestioni in essere affidate ad aziende speciali alle norme “transitorie” previste dall’art. 23.bis D.L. 25 giugno 2008, 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, ma – altresì – mettere in seria discussione tutte le gestioni in economia diretta che, *de facto*, sono del tutto prevalenti.

Anche ad accogliere tale conseguenza, poiché nelle gestioni esistenti in economia diretta non si hanno – per definizione – affidamenti, non può trovare applicazione le disposizioni di ordine transitorio poste per gli affidamenti diretti in essere alla data del 22 agosto 2008, ma pone tutta una serie di questioni sul come affrontare queste situazioni (che, come già ricordato, sono quantitativamente nettamente prevalenti sul territorio nazionale), e dove, forse, uno dei pochi elementi di una qualche “certezza” potrebbe essere quello per cui, una volta scelta la strada dell’affidamento, essa diviene una scelta non più reversibile. Si tratta di una prospettiva che contrasta quanto meno in termini condizionanti, limitativi del ventaglio delle possibili scelte che i consigli comunali possano effettuare in applicazione dell’art. 42, comma 2, lett. e) testo unico, approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif., aspetto che “riapre”, per così dire, la questione dell’autonomia dei comuni e delle loro assemblee elettive.

In ogni caso, restano irrisolte tutte le situazioni in essere (o, in essere alla data del 22 agosto 2008) in cui i servizi cimiteriali siano gestiti in economia diretta. Oltretutto non potendosi sottovalutare, magari per effetto di un qualche approccio pregiudiziale, il fatto che qualora – astrattamente – si pervenisse a dover “genera-

lizzare” il conferimento delle gestioni dei servizi cimiteriali nelle modalità ordinarie di cui all’art. 23.bis, comma 2 (oppure – eccezionalmente – anche ricorrendo alla deroga di cui al successivo comma 3) D.L. 25 giugno 2008, 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, si dovrebbe far i conti con il fatto della difficoltà di individuazione di un numero di operatori sufficiente a tale prospettiva, aspetto che si pone non solo in termini “quantitativi”, ma prima di tutto “qualitativi”, cioè di operatori che dispongano di una qualche esperienza e professionalità nel settore, anche seppure del tutto modesta.

ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l’automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un «mercato a monte», e cioè un mercato «in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi» agli utenti (così – si è visto al punto 6.1. – si esprime la Commissione europea nel citato Libro verde al punto 44).

Dall’evidenziata portata oggettiva delle nozioni in esame e dalla indicata sufficienza di un mercato solo potenziale consegue l’erroneità delle interpretazioni volte a dare alle medesime nozioni un carattere meramente soggettivo e, in particolare, di quell’interpretazione – fatta propria da alcune ricorrenti – secondo cui si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l’ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall’esercizio di impresa in quel mercato.

⁽¹³⁾ Art. 114 e ss. testo unico, approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e succ. modif.