

## L'affidamento del servizio di cremazione

di Lidia Garbellini

Prima di addentrarci nella tematica specifica dell'affidamento del servizio di cremazione e nelle problematiche che si possono presentare localmente, sembra opportuno richiamare brevemente i principi che sottendono al quadro normativo e regolamentare riguardante il settore.

I cimiteri, sono assoggettati al regime dei beni demaniali art. 822-823-824 c.c. e, in quanto tali, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguarda; infatti la pubblica amministrazione, dopo aver effettuato le valutazioni sull'opportunità o meno di conservare il bene nella propria disponibilità attraverso procedimenti speciali quali le concessioni amministrative, può caricare il bene demaniale di oneri a favore di terzi non potendosi costituire su detti beni diritti reali di godimento o diritti reali di garanzia.

L'amministrazione dei beni demaniali, consiste nell'attività di costruzione e manutenzione dei beni, nonché nell'attività di polizia e di tutela degli stessi.

L'esercizio dei diritti, relativi alla tutela dei beni demaniali, spetta alla pubblica amministrazione, la quale può procedere con atti d'imperio in via amministrativa e, attraverso le autorità amministrative, vigilare affinché l'uso dei beni non avvenga in contrasto con la normativa che lo regolano e reprimere le attività che possano danneggiare i beni suddetti.

La tutela si esplica tanto attraverso l'esercizio del potere di annullamento o revoca degli atti relativi ai beni demaniali, quanto con ordinanze o divieti e con l'applicazione di sanzioni amministrative.

I beni demaniali e le relative attività amministrative e di polizia, del settore in oggetto, fanno capo all'Ente Locale ed in particolare al Sindaco, vedasi in tal senso sia il R.D. n. 1265/1934 T.U.LL.SS., sia l'art. 51 del DPR. n. 285 "Regolamento di polizia mortuaria del 10.9.1990".

Si entra quindi nel regime concessorio quando la pubblica amministrazione dispone del servizio attribuendone il diritto e l'obbligo di esercizio ad un privato, e dunque, al concessionario sono attribuiti particolari poteri, inerenti al servizio, che egli non avrebbe o che non avrebbero una tale ampiezza se non si trattasse di un servizio pubblico. Così il concessionario ha particolari poteri di polizia per assicurare direttamente l'espletazione del servizio: può esercitare il potere contravvenzionale, può chiedere l'espropriazione dei beni occorrenti per il servizio ed ha, a volte, in esclusiva, il servizio. La scelta del concessionario deve avvenire attraverso procedimenti concorsuali ed il Comune deve vigilare, anche con poteri repressivi per tutta la durata della concessione.

La concessione di un servizio pubblico è retta dall'art. 22 della L.142/90 e nasce da un provvedimento amministrativo di competenza del Consiglio Comunale, nel quale viene regolato l'esercizio dell'attività trasferita dal concedente al concessionario, nel rispetto dell'art. 265 e con le modalità fissate nell'art. 267 del T.U. n. 1175/31.

L'art. 265 " Concessioni all'industria privata" testualmente recita:

*"I contratti con i quali gli enti locali concedono all'industria privata, secondo il disposto dell'art. 26 della legge 15 ottobre 1925, n. 2578 (testo unico), i servizi indicati dall'art.1 della legge stessa, oltre che l'esercizio della facoltà del riscatto, devono stabilire norme intese a disciplinare:*

- 1. la regolare manutenzione degli impianti per l'intero periodo della concessione;*
- 2. la rigorosa osservanza delle tariffe per le prestazioni da fare al comune, alla provincia ed ai privati;*
- 3. la vigilanza sul funzionamento del servizio;*
- 4. il canone dovuto per la concessione, ovvero la partecipazione del comune o della provincia agli utili d'impresa;*
- 5. i corrispettivi dovuti dal concessionario per gli immobili e gli impianti eventualmente ceduti dall'amministrazione;*
- 6. le modalità per il trasferimento al comune o alla provincia, alla scadenza del contratto, degli immobili e degli impianti, anche se di pertinenza del concessionario;*
- 7. le penalità per l'inosservanza degli obblighi contrattuali;*
- 8. i casi di decadenza e le modalità per la definizione delle controversie."*

Per quanto concerne le forme di gestione dei servizi pubblici, l'art.22 della suddetta legge, alla lettera b) terzo comma, dispone che l'ente locale possa affidare il servizio: *"in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale"*.

L'amministrazione comunale (dopo aver riscontrato la sussistenza degli elementi previsti dalla legge) potrà quindi, procedere alla concessione del servizio pubblico, attraverso l'adozione di un atto nel quale si evidenzino ricorrano tali presupposti.

Secondo F. Benvenuti si ottengono risultati analoghi quando, anziché dello strumento pubblicitario della concessione, ci si serva del contratto d'appalto, poiché negli anni questi ha subito tali adattamenti ed è talmente intrecciato con disposizioni speciali di diritto pubblico che, tranne per la sua natura ed il diverso modo di operare in alcuni momenti (ad es. risoluzione del contratto anziché le forme pubblicitarie della revoca o della decadenza), esso si comporta in pratica, come la concessione"<sup>1</sup>

In passato i due istituti: concessione e appalto, sono stati molto spesso confusi, ora è bene per non incorrere in sanzioni per violazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, determinare esattamente se si tratti di concessione o di appalto di servizi.

Dopo l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano della normativa riguardante i servizi (dir. 92/50/CEE del 18 giugno 1992, recepita con D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157), l'amministrazione comunale che intendesse procedere all'affidamento a terzi di un servizio, dovrebbe innanzitutto accertarsi che la prestazione di tale servizio rientri o meno, nell'ambito oggettivo della legge n. 157/95 citata.

Le concessioni di servizi pubblici, non rientrano nel campo di applicazione della normativa comunitaria, vi rientrano invece, le cosiddette concessioni di committenza, che sono parificate agli appalti di servizi.

L'appalto è definito all'art.1655 c.c. come contratto con cui "...una parte assume, con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, verso un corrispettivo in denaro", quindi l'oggetto del contratto è un "facere". L'appalto non dà luogo alla sostituzione della ditta con la p.a., ma il servizio è esercitato in nome e per conto di quest'ultima.

Il servizio di nettezza urbana non può essere considerato una concessione di servizio, ma bensì un appalto di servizio. Qualora alla Ditta fosse attribuita la facoltà di elevare contravvenzioni, allora si entrerebbe in un regime concessorio.<sup>2</sup>

La concessione di costruzione e gestione rientra nell'ambito di applicazione della L.109/94, modificata ed integrata dalla L.216/95.

### La cremazione

La legislazione che definisce i contorni dell'attività della cremazione può essere così sintetizzata:

- ◇ il servizio di cremazione ai sensi del 4° comma dell'art.12 del D.L. del 31 agosto 1987, n. 359, convertito dalla legge 29.10.1987, n. 440, è stato classificato come "servizio pubblico gratuito al pari della inumazione in campo comune";
- ◇ l'art. 343, del T.U. delle leggi sanitarie del 27 luglio 1934, n. 1265, al 1° comma prevede che il Comune debba concedere, gratuitamente, l'area per la costruzione di un crematorio.  
Dalle disposizioni del D.P.R. n. 285/90, emerge che non è obbligatorio per il comune provvedere a dotare ogni cimitero dell'impianto di cremazione, ma ciò rientra nel suo potere discrezionale.
- ◇ l'art. 78/2 del D.P.R. n. 285, del 12 ottobre 1990, dispone che "Il progetto di costruzione di un crematorio deve essere corredato da una relazione nella quale vengono illustrate le caratteristiche ambientali del sito, le caratteristiche tecnico-sanitarie dell'impianto ed i sistemi di tutela dell'aria dagli inquinamenti sulla base delle norme vigenti in materia"
- ◇ l'art. 79 del D.P.R. 285, del 12 ottobre 1990, dispone che "la cremazione di un cadavere è subordinata all'autorizzazione del sindaco del comune nel quale è avvenuto il decesso";
- ◇ l'art. 80 del D.P.R. 285 del 12 ottobre 1990, dispone:
  - ⇒ al 1° comma che "La cremazione debba essere eseguita da personale appositamente autorizzato dall'autorità comunale, ponendo nel crematorio l'intero feretro";
  - ⇒ al 3° comma che "Nel cimitero deve essere predisposto un edificio per accogliere queste urne; le urne possono essere collocate anche in spazi dati in concessione ad enti morali o privati";
  - ⇒ al 6° comma è previsto che ogni cimitero debba avere un cinerario comune per la raccolta e la conservazione perpetua e collettiva delle ceneri provenienti dalla cremazione di salme;
- ◇ l'art.92 4° comma, dispone che: "non può essere fatta concessione di aree per sepolture private a persone o ad enti che mirino a farne oggetto di lucro e di speculazione";
- ◇ art.93 1° comma, dispone che: "il diritto di uso delle sepolture private concesse a persone fisiche è riservato alle persone dei concessionari e dei loro familiari; di quelle concesse ad enti è riservato *alle persone contemplate dal relativo ordinamento e dall'atto di concessione*. In ogni caso, tale diritto si esercita fino al completamento della capienza del sepolcro";
- ◇ Nel decreto 8.2.1988 è previsto che le spese per la cremazione di salme di persone non indicate all'art. 48 del DPR. n. 803/75 eseguite per conto di comuni sprovvisti di apposita area, sono rimborsate dai Comuni, nei quali le persone avevano la residenza in vita, all'ente gestore. I costi sono fissati nello stesso decreto recante: "Determinazione delle tariffe provvisorie in base alle quali i comuni dovranno effettuare il rimborso, all'ente gestore degli impianti, dei costi per le cremazioni di salme" come segue:
  - 680.000 per impianti di grandi dimensioni (cremazioni eseguite superiori a n. 300);

- 500.000 per impianti di medie dimensioni (cremazioni eseguite superiori a 100 ed inferiori a 300);
- 400.000 per impianti di piccole dimensioni (cremazioni eseguite inferiori o uguale a 100).

Nello stesso decreto è previsto che il Comune, nel provvedimento di adozione della tariffa da applicare, debba indicare la classificazione dell'impianto in base alle cremazioni eseguite.

Le amministrazioni locali potrebbero valutare anche soluzioni di gestione, ai sensi della legge 142/90, commisurate a bacini di scala provinciale.

◇ la circolare 24 giugno 1993, n. 24, esplicativa del regolamento di polizia mortuaria, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285, al punto 14.1 "Impianti di cremazione" specifica:

- ⇒ Il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, prevede che la cremazione di un cadavere debba avvenire unicamente in crematori costruiti all'interno dei cimiteri e soggetti alla vigilanza del sindaco;
- ⇒ alla lett. f), del medesimo punto, testualmente recita: "redazione del verbale di consegna dell'urna all'incaricato del trasporto. È ora previsto che la redazione di tale verbale debba essere effettuata dal responsabile del servizio cimiteriale (e quindi non più dal concessionario come stabiliva il decreto del Presidente della Repubblica n.803/1975) in triplice copia, di cui una resta al responsabile stesso per la conservazione, una rilasciata a chi che prende in consegna l'urna e la terza da trasmettere all'ufficio di stato civile del comune nel quale è avvenuto il decesso"; (si precisa che l'art.81/2, del DPR 285/90 recita "*Il secondo esemplare del verbale deve essere conservato dall'incaricato del servizio di custodia del cimitero in cui vengono custodite le ceneri*". *Lasciando intendere che colui che prende in consegna l'urna non possa essere che l'incaricato del servizio di custodia, art.52*).
- ⇒ che la competenza in materia di progetti di costruzione dei crematori è del Consiglio comunale, mentre viene demandata al costruttore dell'impianto l'onere di produrre la documentazione di regolarità delle emissioni in atmosfera;
- ⇒ che l'ultimo comma del suddetto punto 14.1., della circolare recita: "Restano pertanto in essere le situazioni storiche consolidate, ma dal 27 ottobre 1990 la titolarità ad impiantare nuovi crematori potrà essere solo dei comuni interessati".

- al punto 14.2. sono riportate le modalità per autorizzare ed eseguire la cremazione:

- ⇒ la cremazione di un cadavere è subordinata all'autorizzazione del sindaco del comune dove è avvenuto il decesso, mentre per la cremazione di salme già inumate o tumulate è competente a rilasciare l'autorizzazione il sindaco del comune ove è sepolta la salma, previa l'istruttoria della pratica da parte dell'ufficio, che è tenuto a verificare che tutte le disposizioni previste all'art. 79 del D.P.R. 285/90 siano rispettate.

- al punto 14.3 sono riportate disposizioni in ordine ai cinerari comuni e nicchie cinerarie:

- ⇒ il quinto comma riporta "Le tariffe che questi enti morali o privati dovessero applicare per la conservazione delle urne devono essere tali da osservare quanto previsto dall'art.92/4 e cioè le concessioni anzidette non devono essere fatte oggetto di speculazione e di lucro. Il consiglio comunale deve vigilare su tali tariffe".

Cambiando il disposto di cui all'art. 343 del T.U.LL.SS., dell'art.12/4 della L. 29.10.1987 n. 440, dell'art.78 del D.P.R. 10.9.1990 n. 285 e del DM. Interno 28.5.1993 che classifica i servizi necroscopici e cimiteriali come indispensabili per gli enti locali, si ritiene che l'indispensabilità stia nella garanzia del servizio e non nell'obbligo di realizzare l'impianto di cremazione. Laddove comunque il Comune decida di dotare il Cimitero dell'impianto esso non può che essere servizio

pubblico da gestire secondo una delle forme previste dalla legge 8.6.1990 n. 142 e successive modificazioni.

La costruzione dell'opera può essere invece effettuata o con appalto o con concessione di costruzione e gestione.

Nella valutazione dei costi non può essere considerata a titolo oneroso la concessione dell'area al soggetto gestore dell'impianto.

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge che, il servizio di cremazione non deve necessariamente essere svolto direttamente dal Comune.

Quando l'impianto di cremazione è di proprietà della p.a. ed essa scelga di affidare l'esercizio del servizio e/o la manutenzione degli impianti a terzi, può ricorrere all'istituto della concessione, se attribuisce al concessionario particolari poteri inerenti al servizio stesso.

Il concessionario non ha poteri di polizia e non può esercitare nessun potere contravvenzionale. Procedo alla cremazione della salma, con personale "autorizzato dall'autorità comunali", annota le diverse operazioni nel registro del crematorio, contrariamente a quanto specificato nella circolare n.24/93 del Ministero della Sanità può redigere apposito verbale in 3 esemplari (art.81 DPR 285/90) di consegna dell'urna cineraria all'incaricato del trasporto.

In realtà la legge chiede unicamente che una copia del verbale sia conservata dal responsabile del servizio cimiteriale.

Sono quindi da disattendere, in caso di gestione affidata ad un soggetto terzo, le lettere e) ed f) della citata circolare n. 24/93.

Per altri motivi sembrerebbe più appropriata, per la conduzione di tale impianto, l'adozione dell'appalto di servizio, anche in considerazione del fatto che la prestazione, in modo prevalente viene resa all'ente titolare dell'impianto, che ne sostiene l'onere, mentre sono soggette a tariffa solo le cremazioni richieste da altri soggetti pubblici o privati. *(Comuni di residenza del de cuius o privati che ne facciano richiesta)*

La tariffa per classi di impianto, stabilita su scala nazionale, per la cremazione di salme di persone non residenti in vita nel comune, si riferisce ad impianti i cui oneri siano a totale carico dell'ente gestore. Sono da considerarsi come tariffe massime, applicabili nei rapporti fra Comune sede di impianto e gestore del medesimo per le cremazioni di salme i cui oneri siano a carico del Comune stesso.

Ai sensi dell'art. 56 della L. 142/1990, l'amministrazione comunale, in materia di contratti deve attenersi alle disposizioni vigenti e osservare le procedure previste dalla normativa comunitaria. In particolare ha l'obbligo:

- di fare ricorso, per la scelta del contraente, alle modalità previste dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato, (art. 87 T.U. 3 marzo 1934, n. 383, tuttora vigente).
- per le concessioni, di osservare le disposizioni dell'art. 267 del T.U. n. 1175 del 1931. Si veda anche la sentenza del TAR Lombardia, 12.8.1993, n. 676, pubblicata in Trib.amm.Reg. 1993, i, 3612<sup>3</sup>.
- per gli appalti di servizio, sopra soglia (200.000 ECU) di attenersi alle disposizioni del D.Lgs. 157/95, ed in particolare:
  - a) il 2° comma dell'art. 3 prevede che per gli appalti di servizi, indicati nell'allegato 2 e per quelli il cui il valore prevalga rispetto a quello dei servizi dell'allegato 1, debbono essere solo osservate le prescrizioni tecniche e le modalità di comunicazione del risultato di gara.
  - b) Il 3° comma prevede che, qualora accanto alla prestazione di servizi, vi sia anche l'esecuzione di lavori, siano considerati appalti di servizi quando i lavori assumano

funzione accessoria rispetto ai servizi e quindi non costituiscono l'oggetto principale dell'appalto;

- per le concessione di costruzione e gestione previste al 2° comma dell'art.19 della legge 109/94 modificata ed integrata dalla L.216/95, debbono seguirsi le disposizioni riportate nella medesima legge.

Il servizio di cremazione non essendo elencato in nessuno dei due allegati, dovrebbe rientrare quale classificazione residuale nella "categoria 27" dell'allegato n. 2; mentre il servizio di manutenzione ordinaria e/o straordinaria all'impianto tecnologico, rientra nella "categoria 12" dell'allegato 1.

La p.a. dovrà provvedere all'analisi dei costi per verificare qual è il costo più elevato e quindi prevalente: fra il costo per il servizio di cremazione e il costo di manutenzione e riparazione degli impianti tecnologici, per di stabilire le procedure da seguire per l'affidamento del servizio, così come previsto al 2° comma dell'art. 3 del D.Lgs. n. 157/95.

Benché la concessione di pubblico servizio non rientri nel campo di applicazione della normativa comunitaria, se la p.a. né ravvisa l'utilità può, quando il valore del contratto sia superiore a 100.000 ecu, (circa 200 milioni), applicare quest'ultima normativa in sede di procedura per l'assegnazione di una concessione.

Invece l'appalto di un servizio sopra soglia, deve, pena di illegittimità seguire le norme comunitarie.

La mancata osservanza comporta sanzioni ai sensi degli art. 12 e 13 della Legge 142/1992.

L'art.12, lett. d) della Legge 19.2.1992 n. 142 recante: "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea (Legge comunitaria per il 1991) "prevede l'applicazione di sanzioni penali ed amministrative per l'inosservanza delle disposizioni contenute nei decreti delegati. Si riporta per una migliore comprensione il testo dell'art.13: *"I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di forniture e di lavori, o delle relative norme interne di recepimento, possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno"*.

L'art. 30 del D.Lgs. n. 157/95 estende agli appalti di servizio le suddette disposizioni in materia di procedure di ricorso.

Qualora sia prevista la costruzione o la ristrutturazione dell'impianto di cremazione e la gestione sia data al concessionario, si dovrà procedere ai sensi dell'art.19 della legge 109/94, integrata e modificata dalla L. 216/95 all'affidamento in concessione dei lavori pubblici esclusivamente nel caso in cui la concessione abbia a oggetto, oltre alla esecuzione, anche la gestione delle opere e del servizio. Tale affidamento si configurasi come una fattispecie spuria, che si integra con una concessione di servizio pubblico. In tal caso la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere, prevedendo altresì che qualora nella gestione dell'opera siano previsti prezzi o tariffe amministrati o controllati, l'amministrazione concedente dovrà garantire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, in relazione alla qualità del servizio da erogare, stabilendo che il contributo a carico dell'ente concedente, comunque, non potrà superare il 50 per cento del costo dell'opera. L'affidamento dovrà seguire le procedure della licitazione privata ai sensi dell'art. 21 della medesima legge, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prendendo a riferimento i seguenti elementi:

1. il valore economico e finanziario della controprestazione;
2. il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
3. il tempo di esecuzione dei lavori;
4. il rendimento;
5. la durata della concessione;
6. le modalità di gestione e il livello delle tariffe da praticare all'utenza.

Le tariffe stabilite dal D.M. 8.2.1988, sono da praticare ai comuni di residenza, per l'esecuzione di cremazioni di non residenti, mentre le tariffe da praticare all'amministrazione committente dovrebbero tenere conto dei costi dell'impianto, dell'ammortamento e dei costi di gestione ed anche dell'eventuale contributo finanziario, nonché del personale eventualmente fornito dalla stessa amministrazione, come già riportato.

Nei costi di gestione devono essere considerati:

- spese per il personale
- materiali di consumo: combustibile - energia elettrica
- sistema di filtraggio
- raccolta delle ceneri compresa l'urna di materiale povero
- sostituzione del refrattario
- spese per la manutenzione - verifiche sulle emissioni
- oneri finanziari e ammortamenti
- spese generali e varie.

L'area su cui verrà installato l'impianto è concessa a titolo gratuito ai sensi dell'art. 343, comma 1, del T.U. delle leggi sanitarie.

L'amministrazione comunale sprovvista di impianto, per l'affidamento del servizio di cremazione di salme, con l'onere a proprio carico, può procedere come segue:

- mediante accordo ai sensi dell'art. 24 della L. 142/90 con altro comune provvisto di impianto e nel caso di azienda speciale in base all'art.5 del D.P.R. 902/86;

La stessa Amministrazione potrà provvedere anche attraverso le usuali forme dell'Azienda Speciale (municipale o consortile) o con società di capitali a partecipazione comunale.

L'amministrazione comunale che dovesse provvedere alla costruzione di un edificio per la conservazione delle urne cinerarie dovrà osservare le disposizioni della legge sui lavori pubblici, L. 109/94 così come modificata ed integrata dalla legge n. 216/95, come per qualsiasi altra costruzione cimiteriale, giacché come già evidenziato i beni demaniali non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguarda.

---

<sup>1</sup> F. Benvenuti - *Appunti di diritto amministrativo. Padova-CEDAM*

<sup>2</sup> Avv.F.Fasciano pubblicato su *Legislazione* a cura della Commissione attività normativa legale della CISPEL.

<sup>3</sup> A. Romano - In particolare per i contratti di concessione all'industria privata dei servizi di cui all'art.1 del T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, l'art. 267 del T.U. 14 settembre 1931, n. 1175, esige per il ricorso alla trattativa privata la sussistenza di circostanze speciali che in rapporto alla natura del servizio lo consigliano. Tali circostanze debbono essere rigorosamente descritte e valutate nella relativa deliberazione; ovviamente "circostanze speciali" non sono quelle situazioni di urgenza determinate dalla censurabile condotta della amministrazione.

Quanto all'invocazione dell'urgenza, non può farsi riferimento ad essa in termini generici, perché presupposti del ricorso alla trattativa privata sono la necessità e la convenienza; pertanto l'urgenza che legittima il predetto ricorso corrisponde ad esigenze contingenti ed eccezionali tali da indurre la pubblica amministrazione a non poter utilizzare le normali procedure concorsuali, avuto riferimento ai normali tempi tecnici necessari per realizzare l'obiettivo prefisso (Corte dei Conti, Sez. Contr. St. 5.12.1985, n. 1804, in Cons. St.1986, II, 252)