



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**24 maggio
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Limiti alla videosorveglianza per contrastare l'abbandono di rifiuti
- ❖ Dichiarazioni mendaci e limiti del soccorso istruttorio
- ❖ Quale destino per il dipendente dell'Unione di Comuni sciolta?
- ❖ La nozione di pertinenzialità del parcheggio nella legge 122/1989

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Limiti alla videosorveglianza per contrastare l'abbandono di rifiuti

L'inciviltà diffusa per cui è diventato costante l'abbandono di rifiuti per strada in diversi Comuni, ha portato alla decisione di installare telecamere mobili per riprendere e sanzionare gli autori di questi gesti. Questa prassi ha sollevato una serie di problematiche riguardo alla normativa sulla privacy, ed ai verbali di contestazione in merito alle modalità di accertamento delle violazioni.

Il Garante per la protezione dei dati personali in materia di videosorveglianza ha preso in esame il tema del controllo a mezzo telecamere di aree oggetto di abbandono abusivo di rifiuti con il provvedimento dell'8 aprile 2010. Al punto 5.2 del provvedimento viene specificato che: *“l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza risulta lecito con riferimento alle attività di controllo volte ad accertare l'utilizzo abusivo di aree impiegate come discariche di materiali e di sostanze pericolose solo se non risulta possibile, o si riveli non efficace, il ricorso a strumenti e sistemi di controllo alternativi. Analogamente, l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza è lecito se risultano inefficaci o inattuabili altre misure nei casi in cui si intenda monitorare il rispetto delle disposizioni concernenti modalità, tipologia ed orario di deposito dei rifiuti, la cui violazione è sanzionata amministrativamente (art. 13, legge 24 novembre 1981, n. 689)”*. Non paiono quindi esserci dubbi sul fatto che utilizzare mezzi di videosorveglianza per accertare comportamenti illeciti penalmente o amministrativamente, relativi all'abbandono di rifiuti sia legittimo. Bisogna però verificare con quali modalità debba avvenire e quali accorgimenti debbano prendere l'amministrazione titolare del trattamento dei dati personali ed il comando di polizia che procede alla contestazione.

In primis occorre che tutte le prescrizioni del provvedimento 8 aprile 2010 del Garante siano adottate, nel dettaglio la

preventiva notificazione del trattamento dei dati, l'adozione di sistemi di sicurezza, il rispetto dei termini massimi di conservazione dei dati, la rilevazione esclusiva di quelli utili alle finalità istituzionali del soggetto titolare del trattamento. Il luogo in cui è collocata la telecamera deve essere pubblicato sul sito del Comune ed il provvedimento col quale viene installato il sistema di videosorveglianza deve spiegare quali sono le finalità per cui si procede all'installazione in modo da poter verificare la liceità della raccolta dei dati, che devono essere solo quelli utili per le finalità istituzionali indicate, come del resto la collocazione e l'angolo di visuale della telecamera che deve essere limitato per evitare di raccogliere troppe immagini non pertinenti o immagini eccessivamente dettagliate.

I sistemi di videosorveglianza possono essere utilizzati purchè non siano eccessivamente ed ingiustificatamente ingerenti nella sfera delle libertà e dei diritti personali dei soggetti ripresi, in quanto è necessario garantire un alto livello di tutela rispetto al trattamento dei dati personali. I cittadini devono sempre essere informati del fatto di stare per accedere ad un'area videosorvegliata, anche nel caso in cui vi siano eventi o spettacoli pubblici. Per queste finalità il Garante ritiene che si possa usare un modello semplificato di informativa minima, indicante l'autorità titolare del trattamento dei dati e le finalità perseguite, come individuato nel Codice ai sensi dell'articolo 13 comma terzo.

Per il Garante vi è però un limite, che è quello della necessità di accertare violazioni di natura penale, per cui l'informativa può non essere data in quanto i dati personali vengono trattati per il perseguimento delle finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e di accertamento e prevenzione di reati. Dato il fatto però, che in questa situazione non è possibile preventivamente sapere se eventuali condotte illecite configureranno violazioni amministrative o reati penali, il

garante ritiene che occorre apporre dei cartelli di avviso della presenza del sistema di videosorveglianza con riferimenti minimali.

Per quanto riguarda i verbali di contestazione, con riferimento alle modalità di accertamento della violazione occorre indicare che le immagini sono state riprese da telecamere installate. Se l'accertamento ha natura penale, non occorrono troppe cautele: spetterà all'agente o ufficiale di polizia giudiziaria acquisire il materiale visivo registrato dall'impianto di videosorveglianza per svolgere l'attività di indagine necessaria per accertare le violazioni ed individuare i responsabili per poi trasmettere tutto, come previsto dall'articolo 347 del codice di procedura penale, al Pubblico Ministero.

Nel caso in cui si tratti invece di violazioni costituenti un illecito amministrativo la verbalizzazione avviene in applicazione dell'articolo 13 della legge 689/1981 ed è quindi assolutamente legittima.

Dichiarazioni mendaci e limiti del soccorso istruttorio

Con la sentenza 2106 del 19.5.2016 la V Sezione del Consiglio di Stato ha fornito un chiaro coordinamento giuridico tra il disposto dell'art. 75 del d.P.R. 445/2000 e l'art. 38, c. 1, lett. f) del D. Lgs. 163/2006.

Il contenzioso nasce a seguito dell'esperimento di una gara per l'affidamento, da parte di alcuni Comuni, del servizio di gestione integrata di igiene urbana, nel corso della quale una Società ha depositato una dichiarazione con la quale il suo Presidente ha attestato di non trovarsi in alcuna delle situazioni costituenti cause di esclusione ai sensi di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006 e, specificatamente, di non aver commesso grave negligenza o malafede

nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara o di non aver commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale. Successivamente, però, dall'accesso al sistema AVCPass la stazione appaltante ha verificato l'iscrizione sul casellario informatico di n. 2 risoluzioni contrattuali in capo alla società e, così, ha deciso da una parte di attivare il soccorso istruttorio e, dall'altra, ha chiesto un parere precontenzioso all'ANAC.

La società in questione ha integrato la propria dichiarazione esponendo: a) di non aver commesso alcuna violazione della lex specialis e dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 163/2006; b) che le risoluzioni contrattuali subite non incrinerebbero la sua affidabilità.

L'ANAC si è pronunciata con il parere n. 125 del 15 luglio 2015, concludendo che a fronte di pregresse risoluzioni contrattuali non dichiarate la stazione appaltante è legittimata a chiedere l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 163/2006, accompagnata dal pagamento della sanzione prevista dal bando. Viene, comunque, rimessa alla stessa stazione appaltante ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa.

In primo grado il TAR Friuli ha ritenuto corretto, con la sentenza n. 571/2015, l'agire della stazione appaltante, rilevando come il soccorso istruttorio abbia notevolmente ampliato, dopo la novella della legge 114/2014, la sua portata consentendo l'integrazione documentale anche in caso di mancanza, incompletezza e irregolarità essenziale.

Di diverso avviso è, però, la V Sezione del Consiglio di Stato la quale, lungi dal disconoscere l'ampia portata del soccorso istruttorio, evidenzia come nel caso in esame non si sia in presenza di una mancata indicazione di un determinato elemento ma, al contrario, la Società abbia attestato la non esistenza di fatti riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 38,

comma 1 lett. f), d.lgs. 163/2006.

Quindi l'operatore economico non si è limitato a omettere di citare un fatto rilevante ai fini dell'applicazione della detta norma, ma ne ha invece attestato l'inesistenza.

Fattispecie, quest'ultima, in cui si attiva il disposto dell'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, mentre non può operare il soccorso istruttorio dal momento che non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, ma l'aver reso dichiarazione "non veritiera".

Per tali ragioni il ricorso viene, sul descritto motivo, accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, viene annullato il provvedimento di aggiudicazione, dichiarata l'inefficacia dal contratto concluso tra le parti appellate ed altresì disposto il subentro della Società appellante, previo il necessario positivo esperimento delle verifiche di legge da parte della stazione appaltante.

Quale destino per il dipendente dell'Unione di Comuni sciolta?

La delibera numero 57/2016 della Corte dei Conti, Sezione controllo per il Piemonte, tratta un tema molto interessante a fronte degli obblighi di legge che prevedono per i piccoli Comuni di svolgere in forma associata le funzioni fondamentali, cioè del destino dei dipendenti passati all'Unione dei Comuni dopo che il Comune di provenienza esce dall'Unione stessa. L'ente locale può riassumere il personale trasferito, senza dover rispettare i nuovi limiti sulle assunzioni in quanto l'operazione è "finanziariamente neutra", diversamente vi sarebbe uno scollamento fra il trasferimento di funzione e quello di personale. Questo è quanto ha stabilito la Corte dei Conti, con la delibera depositata

il 2 maggio, rispondendo al quesito di un Comune che chiedeva se potesse reintegrare il suo unico agente di polizia locale assegnato all'Unione di Comuni "per effetto di trasferimento di attività" ex articolo 31 del Dlgs. 165/2001, dopo aver effettuato il recesso dall'Unione nel 2014.

L'accordo siglato nel 2007 prevedeva che il personale dipendente sarebbe rientrato nell'ente di provenienza in caso di recesso o scioglimento dell'Unione. Il Comune in questione, con più di 1000 abitanti, era soggetto al patto di stabilità, ma la spesa del personale incideva su quella corrente per meno del 25%. Per i magistrati, occorre rispettare i limiti di spesa per il personale, ma nei casi di turn-over bisogna valutare i casi specifici. Nel caso in oggetto il Comune non deve rispettare i vincoli per il personale a tempo indeterminato indicati dalla legge di Stabilità 2015, cioè il comma 424 dell'articolo 1 legge 1190/2014, in quanto nell'ultima finanziaria, col comma 234 dell'articolo 1 legge 208/2015, si prevede che le normali facoltà assunzionali passano essere esercitate solo dopo la completa ricollocazione di tutti i dipendenti in esubero delle Province relative alla Regione di appartenenza. Al 29 febbraio, per la regione Piemonte non vi erano agenti di polizia locale da ricollocare. Non essendoci quindi questo problema, un altro limite potrebbe essere lo spazio post-cessazioni come previsto dal comma 5 dell'articolo 3 del Dl 90/2014, convertito in legge 114/2014, per gli enti che hanno una spesa di personale inferiore al 25% di quella corrente, come nel nostro caso. Sulla base della nuova disciplina, la spesa per nuovo contratti a tempo indeterminato per il 2014 non deve superare l'80% di quella per il personale cessato nel 2013 e del 100% per il 2015.

Secondo la Corte però questa norma non deve essere applicata, perché se lo fosse bloccherebbe la riassunzione programmata nel 2016, che di fatto è "neutra", in quanto rientra nelle regole finanziarie per il 2005, cioè il comma 47, articolo 1, legge 311/2004 che permettono "trasferimenti per

mobilità, anche intercompartimentale, tra amministrazioni sottoposte al regime di limitazione, nel rispetto delle disposizioni sulle dotazioni organiche e, per gli enti locali, purché abbiano rispettato il patto di stabilità interno per l'anno precedente”.

La regola affermata dai magistrati è che *“la mobilità tra enti soggetti a divieti o limitazioni alle assunzioni è libera perché non genera una variazione della spesa complessiva a livello di comparto pubblico, risolvendosi nel mero trasferimento di un'unità di personale tra due distinti enti”* per cui anche il reintegro di personale trasferito non incide sulle capacità assunzionali dell'ente che reintegra. L'Unione di Comuni è equiparabile all'ente locale, perché anche se non vincolata dal Patto, deve rispettare le regole sui limiti assunzionali fissati dalla finanziaria 2007, potendo assumere cioè se riduce la spesa per personale e nei limiti delle cessazioni. Se non valesse questo principio, ci troveremmo nel paradosso in cui *“sciolta un unione di comuni perché, ad esempio, non efficiente, il personale originariamente trasferito dai comuni aderenti non potrebbe più rientrare negli stessi, nonostante tali enti abbiano recuperato lo svolgimento in proprio delle funzioni prima cedute”*, per cui si penalizzerebbe la forma associativa dell'Unione che invece il legislatore ha incentivato fortemente prevedendola anche come obbligatoria in alcuni casi come per l'appunto col dl 78/2010 in tema di funzioni associate.

Il Comune che recede dall'Unione può quindi reintegrare il suo dipendente, anche se deve tener conto del limite di spesa per il personale sostenuta nel triennio precedente come previsto dai commi 57 e 557-quater dell'articolo 1 della legge 296/2006

La nozione di pertinenzialità del parcheggio nella legge 122/1989

Com'è noto l'art. 9, c. 1, della L. 122/1989, meglio conosciuta come Legge Tognoli, stabilisce che «...i proprietari di immobili possono realizzare... nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti...».

La realizzazione di nuovi parcheggi da parte dei privati ai sensi della citata norma ha però innescato, con una certa frequenza, controversie tra proprietari antagonisti che hanno portato all'impugnazione, innanzi al G.A., del titolo abilitativo rilasciato dal competente Comune.

Nel caso portato all'attenzione dei Giudici di Palazzo Spada, poi definito con la sentenza 23.5.2016, n. 2116, le doglianze del vicino controinteressato hanno, in particolare, messo in dubbio il carattere di pertinenzialità del parcheggio realizzato rispetto all'abitazione.

Il Collegio giudicante ha evidenziato come, con l'espressione pertinenziali, il legislatore abbia voluto creare tra i parcheggi e le unità immobiliari di riferimento un nesso d'inscindibilità in forza del quale di essi non possa più disporsi separatamente.

Inoltre tale pertinenzialità può essere intesa anche sotto un profilo strettamente materiale, tale, cioè, da evocare un rapporto d'immediata contiguità fisica tra il fabbricato principale e l'area asservita (che sia sottostante, interna o esterna).

In questo senso è però irrilevante che il garage, purché completamente interrato, sia fisicamente sottostante ad una porzione del fabbricato di proprietà di altro soggetto bastando, invece, che il garage sia destinato al servizio di un'unità immobiliare compresa nel medesimo compendio.

Inoltre, sebbene l'abitazione ed il garage

siano censite separatamente al Catasto, ciò non elide affatto il nesso d'inscindibilità, fisico e giuridico, tra tali due elementi materiali, per l'evidente ragione, che l'unità immobiliare dello stesso controinteressato è sita, in un unico complesso di cui facevano e fanno parte sia il contestato vano garage che l'abitazione della ricorrente.

È, pertanto, da ritenere inutile che il Comune richieda al controinteressato la costituzione, pure ex post, del vincolo pertinenziale, poiché questo si ha, al di là della destinazione impressa così in base al citato art. 9 (sulla caratteristica dell'oggettività arg. ex Cass., II, 10 giugno 2011 n. 12855), per il sol fatto della compresenza di un elemento oggettivo (consistente nella materiale destinazione del bene accessorio a una relazione di complementarità con quello principale) e di uno soggettivo (consistente nella effettiva volontà del titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale sui beni collegati cui destinare il bene accessorio al servizio o all'ornamento del bene principale; arg. ex Cass., II, 21 settembre 2011 n. 19206; id., 20 gennaio 2015 n. 869).

Viene, infine, rigettata l'ulteriore questione circa l'asserita insufficienza, ai fini della legittimità dell'intervento, della clausola di salvezza dei diritti dei terzi recata dall'autorizzazione comunale.

Il Consiglio di Stato ricorda come, in sede d'esame dell'istanza per il rilascio d'un titolo edilizio, il Comune non abbia l'obbligo di verificare l'esistenza di pattuizioni limitative della proprietà che il richiedente o il suo dante causa abbiano concluso con terzi. Invero, la P.A. non deve verificare ogni aspetto civilistico che potrebbe venir in rilievo, ma deve vagliare esclusivamente quelli urbanistici.