

Deliberazione n. 31/2019/PAR

REPUBBLICA ITALIANA

REPUBBLICA ITALIANA LA CORTE DEI CONTI

Sezione Regionale di Controllo per la Liguria

composta dai seguenti magistrati:

Fabio VIOLA	Presidente
Alessandro BENIGNI	Consigliere
Donato CENTRONE	Primo Referendario
Claudio GUERRINI	Primo Referendario
Carmelina ADDESSO	Primo Referendario
Giovanni DALLA PRIA	Referendario Relatore

nell'adunanza del 21 marzo 2019 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

- vista la lett. prot. n. 1541/03/2019-SC-LIG-T85-A, con la quale il Presidente del Consiglio delle Autonomie locali ha trasmesso alla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, la richiesta di parere formulata dal Comune di Sanremo (IM), ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

- vista l'ordinanza presidenziale n.12/2019 che ha deferito la questione all'esame collegiale della Sezione;

- udito il magistrato relatore dott. Giovanni Dalla Pria;

FATTO

Con nota acquisita al protocollo della Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, 0001541-5/3/2019-SC—LIG-T85-A, ritualmente trasmessa dal Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, il Comune di Sanremo (IM) ha inoltrato istanza di parere alla medesima Sezione Regionale

ai sensi dell'art. 7, comma 8, L. 131/2003.

Nella istanza in questione si chiede se, nel caso in cui un'amministrazione – nel periodo precedente l'abrogazione del D.Lgs. 163/2006 ad opera del D.Lgs. 50/2016 (in particolare, nel periodo dal 19/8/2014 al 18/4/2016) - non abbia adottato alcun regolamento ex D.L. 90/14, sia

possibile adottarne uno con valenza retroattiva al fine di ripartire gli incentivi regolarmente accantonati in bilancio e maturati dai dipendenti per l'attività svolta nel periodo ricompreso tra l'entrata in vigore dell'art. 13 bis del D.L. 90/2014 (che ha introdotto il comma 7 bis e ss. nell'art. 93) e l'entrata in

vigore del D.Lgs. 50/2016.

In caso di esito sfavorevole al precedente quesito, si chiede, altresì, se si possa procedere alla compensazione dell'attività svolta dal personale nel periodo sopra citato in base al previgente regolamento, adottato sulla base del D.Lgs. 163/2006.

Poiché l'amministrazione rappresenta come sussistano orientamenti dissonanti, che riporta (in senso sfavorevole alla retroattività Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, delib. 353/2016; Sez. regionale di controllo per la Toscana, delib. 177/2017; in senso favorevole Sez. regionale di controllo per il Piemonte, delib.135/2018), la medesima chiede quale di essi vada seguito.

DIRITTO

Ammissibilità.

Il parere è da considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale atteso che la relativa istanza proviene da un Ente Locale (sub specie dal Comune di Sanremo), è stata sottoscritta dall'organo legittimato a rappresentare l'Amministrazione (il Sindaco) ed è stata ritualmente trasmessa tramite il Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, nel rispetto delle formalità previste dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131 siccome esplicitate dalla Sezione Autonomie della Corte dei conti con atto del 27/4/2004, di seguito integrato con le deliberazioni n.5/AUT/2006 e n.9/SEZAUT/2009.

Il parere deve, parimenti, ritenersi ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

Al riguardo, le Sezioni Riunite della Corte dei conti, con deliberazione 54/2010 hanno precisato che la funzione consultiva deve svolgersi in ordine a quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Tale condizione risulta assolta nel caso di specie.

Difatti, per un verso si verte in ambito di ripartizione e liquidazione di incentivi tecnici (con l'approvazione di quadri economici di plurimi interventi i lavori ed opere pubbliche), che costituiscono entrambe operazioni di riparto della spesa pubblica.

Per altro verso, il parere trae origine dall'interpretazione di disposizioni riguardanti le condizioni e i limiti per il riconoscimento di compensi aggiuntivi ai dipendenti incidenti su spese del bilancio dell'ente, correlate a procedimenti di evidenza pubblica (Sezione Autonomie, deliberazione 6/2018).

Giova in proposito citare, in termini esemplificativi, il comma 526 dell'art. 1, L. 27/12/2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), aggiuntivo del comma 5 bis dell'art. 113 D.Lgs. 50/2016, secondo cui "gli incentivi (tecnici, ndr) di cui al presente articolo fanno parte del medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture".

Peraltro, l'apporto consultivo della Corte dei conti deve intendersi riferito alla questione sottoposta al vaglio, in termini generali ed astratti. In altre parole, detto apporto deve prescindere da valutazioni su atti, casi specifici o snodi fattuali che determinerebbero un'ingerenza della Corte stessa nella concreta attività dell'ente, convertendo indebitamente la funzione esercitata, di per sé neutrale e indipendente, in un'impropria cogestione del procedimento, quale espressione della diversa funzione di amministrazione attiva.

Merito.

Il parere deve stabilire se la distribuzione degli incentivi tecnici, previsti da ultimo dall'art. 113 D.Lgs. 50/2016, per attività espletate nel sistema precedente a quello vigente, in assenza di regolamento, possa essere disciplinata ora per allora, vale a dire con effetto retroattivo, da un regolamento nuovo.

In linea generale, va detto che il regolamento costituisce fonte normativa subordinata alla legge (artt. 1 e 4, 1° comma, Preleggi).

Disponendo la legge solo per l'avvenire, ex nunc, (art. 11, 1° comma, Preleggi), il regolamento non può, pertanto, assumere efficacia retroattiva (ex tunc) per ragioni di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei destinatari della norma (Cons. St. 882/2016).

Su tale argomentazione si attestano gli orientamenti giurisprudenziali (menzionati in "fatto") per fornire risposta negativa alla presente questione.

Orbene, la Sezione diversamente ritiene di dover distinguere tra retroattività cosiddetta "forte" e retroattività cosiddetta "debole", categorie queste puntualmente distinte da parte della dottrina.

Alla retroattività "forte" corrisponde il caso della norma produttiva di effetti giuridici che vengono innestati nel passato, nel senso che la legge retroattiva colloca prima della sua entrata in vigore sia la fattispecie sia i suoi effetti.

Alla retroattività "debole" corrisponde la produttività di effetti attuali ma sulla base di una fattispecie realizzatasi nel passato.

Quest'ultima situazione, ricorrente nel caso di specie, essendosi già consumato nel passato l'accantonamento dei fondi destinati agli incentivi tecnici, non subisce, ad avviso di questa Sezione, il divieto di retroattività ex art. 11, 1° comma, Preleggi.

Difatti, quando l'ordinamento ha voluto escludere la retroattività "debole", lo ha detto espressamente.

La predetta dottrina offre l'esempio dell'art. 2 c.p. per il quale nessuno può essere punito (oggi) per un fatto che, al momento della commissione (ossia nel passato) non costituiva reato.

Si tratta di un divieto espresso della retroattività "debole". Ma tale divieto non avrebbe dovuto essere espresso se l'art. 11, 1° comma, Preleggi già avesse escluso tale forma di retroattività.

Secondo tale prospettazione, dunque, costituendo l'accantonamento degli incentivi tecnici un fatto già realizzatosi nel passato, il regolamento potrebbe disciplinare retroattivamente la fattispecie atteso che, trattandosi di retroattività "debole", essa non incontra i limiti dell'art. 11, 1° comma, Preleggi.

Per completezza va detto che, qualora si negasse la distinzione retroattività forte/retroattività debole e si ritenesse che la presente tematica coinvolga, invece, l'art. 11, 1° comma, Preleggi,

occorrerebbe considerare che tale disposizione è pur sempre contenuta in una legge ordinaria (il codice civile) ed è perciò derogabile da altra legge di pari grado (cfr. Corte cost. 118/57; 199/1986; 385/1995).

Né il principio d'irretroattività della legge trova alcuna copertura costituzionale, se non per il caso circoscritto della legge penale (art. 25, 2° comma, Cost.).

Ne deriva, sul piano generale, che ove la legge disponga per il passato, anche l'eventuale fonte regolamentare potrebbe disciplinare ora per allora situazioni pregresse.

In detto ambito, nel caso di specie, va evidenziata la disposizione di diritto transitorio di cui al D.Lgs. 50/2016, art. 216, 1° comma, secondo cui siffatta normativa "si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla sua data di entrata in vigore nonché, in caso di pubblicazione di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare offerte".

Il 3° comma del citato art. 216 aggiunge che "Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 21, comma 8, si applicano gli atti di programmazione già adottati ed efficaci (...)".

La disposizione richiamata va letta nel senso che il D.Lgs. 50/2016 trova applicazione limitatamente alle fattispecie concrete, inclusive degli incentivi tecnici, verificatesi dopo la sua entrata in vigore.

Ne deriva che le fattispecie concrete verificatesi prima di tale vigenza, sempre inclusive degli incentivi tecnici, restano regolate dalla normativa (legislativa e regolamentare) precedente (Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per il Lazio, delib. 57/2018/PAR) in conformità al principio *tempus regit actum* (Cons. St. 5231/2017).

Più precisamente, "l'espressione letterale utilizzata dall'art. 216, 1° comma, deve intendersi riferita a tutte le previsioni normative contenute nel provvedimento normativo nel quale la relativa previsione transitoria risulta inserita". (Cons. St., sez. III, 25/11/2016 n° 4994; in senso conforme: TAR Toscana 12/12/2016 n° 1756).

Là dove, infatti, l'art. 216, 1° comma, si riferisce "al presente Codice", esso intende, evidentemente, comprendere entro il suo ambito applicativo tutte le disposizioni del D. Lgs.50/2016, compreso l'art. 113 che regola gli incentivi tecnici, con le uniche eccezioni stabilite dalla norma transitoria (Cons. St. 4994/2016 cit.)

Non è, perciò, inibito alla norma regolamentare sopravvenuta disciplinare, nei limiti che si diranno, tali fattispecie pregresse, proprio perché riferite ad ambiti temporali ai quali il D.Lgs. 50/2016 non si applica per effetto della ridetta disposizione di diritto transitorio.

Quest'ultima dispone per il passato nei limiti in cui rimette espressamente alla normativa previgente la disciplina delle fattispecie pregresse.

Più precisamente, l'art. 216, 1° e 3° comma, D.Lgs. 50/2016 detta una disposizione per il passato quando rinvia materialmente alla normativa precedente, incorporandola così nella norma di richiamo.

Tali conclusioni sono valorizzate dal richiamo dell'art. 216, 1° comma, D.Lgs. 50/2016 ai “bandi (...) pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore”, quale condizione di applicabilità dello stesso D.Lgs. 50/2016.

Ne deriva, a contrariis, che i bandi pubblicati prima dell'entrata in vigore sono regolati dalla normativa pregressa.

A rafforzare il dato normativo, va rilevato, poi, che il bando costituisce *lex specialis* della procedura di evidenza pubblica, regolandone le modalità di attuazione (Cons. St. 2423/2007), anche correlate alla materia degli incentivi

tecnic. E proprio in quanto *lex specialis*, il bando non può essere disapplicato dall'amministrazione (Cons. St. 6530/2002). E il divieto di disapplicazione opera anche in caso di precedente o successiva abrogazione delle norme

richiamate dal bando (TAR Lazio, Roma, Sez. II, ter, 616/2007; Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per l' Emilia-Romagna, delib. 306/2011/PAR) disponendo in tal caso l'amministrazione soltanto dell'autotutela attraverso l'annullamento del medesimo bando.

Venendo al punto centrale costituito dai limiti che siffatta retroattività nella specie incontra, va puntualizzato che il regolamento sopravvenuto potrà disciplinare le situazioni pregresse, nel caso di specie la ripartizione degli incentivi tecnici, nel rigoroso rispetto, tuttavia, dei limiti e parametri che la normativa, applicabile al tempo di tali situazioni, imponeva: si deve, infatti, categoricamente escludere “che lo stesso possa oggi disciplinare la distribuzione di risorse accantonate secondo criteri non uniformi a quelli in vigore al momento dell'attività incentivabile” (Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per il Piemonte, delib. 135/2018).

La Sezione ritiene così di privilegiare, ai fini della soluzione del quesito, l'imprescindibile dato normativo coincidente, nel caso di specie, con il richiamato art. 216, 1° e 3° comma, D.Lgs. 50/2010, perché esso, come detto, ammette la retroattività del regolamento nel rigoroso rispetto delle condizioni che precedono.

Infatti, “il legislatore del 2016 si è fatto carico delle disposizioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante cioè la previsione generale che le disposizioni introdotte dal D.Lgs. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo l'entrata in vigore del nuovo “Codice” (...)” (Cons. St. 4994/2016 cit.)

Secondo la giurisprudenza, pertanto, l'adozione del regolamento è condizione essenziale per il legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate nel fondo per incentivi tecnici, essendo esso destinato ad individuare le modalità e i criteri della ripartizione, oltre alla percentuale, che comunque non può superare il tetto massimo fissato dalla legge (Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per il Veneto, deliberazione n. 353/2016/PAR). Cosicché non può aversi ripartizione del fondo tra gli aventi diritto se non dopo l'adozione del predetto regolamento. Tuttavia, ciò non esclude che quest'ultimo – nel rispetto dei suddetti limiti e parametri del tempo – possa disporre la ripartizione di incentivi per funzioni tecniche espletate prima dell'adozione del regolamento stesso, utilizzando le somme già accantonate allo scopo nel preesistente quadro economico riguardante la singola opera (sul punto cfr. Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 305/2017/PAR).

L'irretroattività degli atti normativi non significa, pertanto, che “il Regolamento non possa disciplinare anche il riparto delle risorse del fondo per prestazioni rese precedentemente alla sua

approvazione. Ed invero, posto che i criteri di assegnazione e di riparto del fondo devono, di regola, essere determinati in sede decentrata con contrattazione integrativa per essere, poi, recepiti dal Regolamento, ne consegue che quest'ultimo è solo un contenitore (...), mentre sul piano sostanziale resta immutata la natura pattizia della disposizione che regola l'incentivo (...)" (Corte dei conti, Sez. reg. di controllo per la Basilicata n. 7/2017/PAR).

Quanto al rapporto giuridico sotteso agli incentivi tecnici, non va sottaciuto che la Sezione Autonomie, con delibera n. 6/SEZAUT/2018/QMIG ha stabilito che sussiste "(...) una diretta corrispondenza tra incentivo e attività corrispondente in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure".

In tale prospettiva va evocato quell'orientamento del giudice nomofilattico che qualifica come diritto risarcitorio la situazione giuridica soggettiva di chi ha espletato le attività di cui all'art. 113 D.Lgs. 50/2016, cui corrispondono gli incentivi tecnici, e si vede negati tali incentivi perché l'amministrazione non ha adottato il regolamento (Cass., sez. lav., sent.13937/2017; Cass., sez. civ., ord. n° 3779/2012; Cass., sez. lav. sent.13384/2004).

Atteso il contenuto favorevole del parere in ordine al primo quesito (ammissibilità della retroattività), rimane assorbita la questione inerente al secondo quesito posto in via subordinata (compensazione).

In conclusione, la Sezione esprime i seguenti principi di diritto all'esito del quesito scrutinato:

- 1) il regolamento può disciplinare con effetto retroattivo la distribuzione di incentivi tecnici accantonati nel regime normativo antecedente il D.Lgs. 50/2016 perché la retrodatazione degli effetti è consentita dall'art. 216, 1° e 3° comma, D.Lgs. 50/2016;
- 2) il regolamento potrà disciplinare le suddette situazioni pregresse nel rigoroso rispetto dei limiti e parametri che la normativa, applicabile al tempo di tali situazioni, imponeva;
- 3) è escluso, di conseguenza, che il regolamento suddetto possa attualmente disciplinare la distribuzione di risorse accantonate secondo criteri non conformi con quelli in vigore al tempo dell'attività incentivabile.

P.Q.M.

la Sezione rende il parere nei termini di cui in motivazione. Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del preposto alla segreteria, al Sindaco del Comune di Sanremo (IM).

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio del 21 marzo 2019.

Il Magistrato estensore

Giovanni Dalla Pria

Il Presidente

Fabio Viola

Depositato in segreteria il 3 aprile 2019

Il funzionario preposto d
ott.ssa Antonella Sfetin