La possibilità di regolamento successivo per la disciplina degli incentivi tecnici

Di Marco CATALANO

Introduzione

Ancora una volte la Corte, in sede consultiva, è intervenuta sugli incentivi per funzioni tecniche.

La questione rivolta al consesso contabile riguardava la possibilità di un regolamento approvato dopo la modifica legislativa intervenuta con il dlgs nr. 50 del 2016 che disciplinasse l'erogazione dell'incentivo sorto tra la entrata in vigore della vecchia legge e la nuova disciplina.

Quella della approvazione tardiva dei regolamenti è una questione ancora irrisolta che sconta la atavica lentezza delle amministrazioni pubbliche e la frenesia legislativa che comporta continuo mutamento della normativa primaria.

Il fatto

Con la deliberazione nr. 16 la Corte dei conti ha in effetti sposato una tesi, per così dire, sostanziale, asserendo che quel che importa in questo caso non è l'atto, ma l'azione, ovvero il compimento della attività prevista dalla legge (ovvero i compiti ricompresi nell'art. 113 del codice dei contratti pubblici o negli artt. 92 e 93 dell'abrogato dlgs nr. 163 del 2006).

La tesi negativa, infatti, si basava sui seguenti assiomi; il regolamento ha un grado inferiore alla legge; il regolamento non può disciplinare atti già esauriti, per il principio *tempus regit actum.*

Con una interpretazione più incentrata sull'agire la Corte ha ritenuto, in astratto, la validità del principio contenuto nelle preleggi (la legge non dispone che per l'avvenire), ma, nel contempo, ha considerato che prima del regolamento si potevano essere verificate circostanze che da un lato ingeneravano aspettative (se non, secondo la Corte di Cassazione, diritti risarcitori), dall'altro rientravano nel novero della futura regolamentazione; sicchè sarebbe stato ingiusto non concedere un diritto per la mera circostanza che questo si era maturato prima della norma che lo avrebbe in concreto erogato.

Si tratta, come detto, di un ragionamento di carattere sostanziale che ha tenuto presenti anche gli innumerevoli interventi della Corte di Cassazione la quale, sebbene in via

risarcitoria, ha sempre sostenuto che l'incentivo ex codice dei contratti è un diritto che deve essere erogato al verificarsi dei presupposti di legge.

Cassazione Sez. L - , ***Sentenza*** *n.* 10222 *del* 28/05/2020

Il diritto a percepire l'incentivo per la progettazione, di natura retributiva, previsto dall'art. 18 della l. n. 109 del 1994 sorge, alle condizioni previste dalla normativa vigente "ratione temporis", in conseguenza della prestazione dell'attività incentivata e nei limiti fissati dalla contrattazione decentrata e dal regolamento adottato dall'amministrazione. L'omesso avvio della procedura di liquidazione o il mancato completamento della stessa non impedisce l'azione di adempimento, che può essere proposta dal dipendente una volta spirati i termini previsti dalla fonte regolamentare, divenendo in quel momento il credito esigibile, ai sensi degli artt. 1183 e ss. c.c., in quanto gli atti della predetta procedura non sono costitutivi del diritto, ma hanno la finalità di accertare, in funzione meramente ricognitiva, che la prestazione sia stata resa nei termini indicati dalla fonte attributiva del diritto stesso.

Tra l'altro l'interpretazione della Corte dei conti elimina in radice un possibile contenzioso da parte di coloro che avevano svolto la loro attività durante l'iter di approvazione o modifica del regolamento e che avrebbero, viceversa, dovuto rivolgersi la giudice del lavoro per il soddisfacimento delle proprie pretese.

Inoltre la soluzione ermeneutica prospettata è coerente con il sistema previsto dal nuovo codice dei contratti il quale all'art. 216, ai commi 1 e 3, del d.lgs. n. in ossequio al principio *tempus regit actum* avalla la tesi per cui le disposizioni del medesimo decreto trovano applicazione solo ed esclusivamente per i bandi (l'actum) pubblicati sotto la vigenza dello stesso; pertanto, per i bandi approvati precedentemente devono trovare applicazione le normative previgenti (articoli 92 e 93 del d.lgs. n. 163/2006) a tenore delle quali era necessario adottare un regolamento per distribuire gli incentivi per attività realizzate durante la vigenza di quella normativa.

Pertanto il nuovo regolamento ex dlgs nr. 50 altro non fa che regolare, in maniera transitoria, le situazioni createsi sotto l'impero della vecchia normativa ed in via di esaurimento.

In definitiva la soluzione positiva adottata dalla Corte dei conti è riuscita a far coincidere le esigenze di giustizia di coloro che avevano posto in essere le attività previste dalla legge con il principio di regolarità e completezza dei bilanci.

Infatti, da un lato si hanno somme regolarmente accantonate perché comunque previste nel quadro economico dell'opera; dall'altro, con un regolamento che, più che retroattivo ha previsto norme transitorie, si fornisce una legittimazione contabile alla effettiva erogazione.

La possibilità di applicazione dei regolamenti precedenti

Ulteriore quesito rivolto alla Sezione Autonomie, ma non esaminato a causa della risoluzione positiva della prima richiesta riguardava la possibilità di utilizzo di un regolamento emanato sulla base di una normativa poi mutata.

Orbene, in tema di fonti del diritto, è noto che il regolamento è secondario rispetto alla legge; ma è altrettanto vero che possono esservi mutamenti legislativi non accompagnati da contestuali modifiche dei regolamenti. In questi casi ci si è chiesti se si possa applicare, per lo meno per le parti non incompatibili, il precedente regolamento.

Sebbene la dottrina sia prevalentemente favorevole, si è registrato in passato un intervento del consiglio di Stato in senso inverso.

Si trattava della modifica dell'art. 86 del d.P.R. nr. 602 del 1973 in tema di fermo amministrativo.

Intervenuta una modifica normativa, il Consiglio di Stato asserì che in mancanza di regolamento attuativo aggiornato non si potessero emettere provvedimenti che disciplinassero le modalità di iscrizione del fermo amministrativo, sicchè dovette intervenire il legislatore con il comma 41 l'art. 3, D.L. 30 settembre 2005, n. 203 secondo cui.

Le disposizioni dell'articolo 86 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, si interpretano nel senso che, fino all'emanazione del decreto previsto dal comma 4 dello stesso articolo, il fermo può essere eseguito dal concessionario sui veicoli a motore nel rispetto delle disposizioni, relative alle modalità di iscrizione e di cancellazione ed agli effetti dello stesso, contenute nel decreto del Ministro delle finanze 7 settembre 1998, n. 503.

Il recente intervento legislativo.

Della necessità, o, meglio dell'opportunità di retribuire le attività svolte anche durante il periodo di mancanza di regolamento pare essersi preso carico anche il legislatore.

Infatti con l'art. 10, comma 5, del recentissimo d.l. nr. 121 del 2021, menzionato dalla Corte dei conti è stato previsto che

Il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture le cui procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, anche se eseguiti prima dell'entrata in vigore del predetto regolamento. Gli oneri per la ripartizione delle risorse finanziarie di cui all'articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 fanno carico agli stanziamenti già accantonati per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture di cui al primo periodo negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.