



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DELLE AUTONOMIE

**ADOZIONE DEL REGOLAMENTO FUNZIONALE ALLA
DISTRIBUZIONE DEGLI INCENTIVI PER LA PROGETTAZIONE
ART. 113, CO. 3, D.LGS. 50/2016**

DELIBERAZIONE N. 16/SEZAUT/2021/QMIG



CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DELLE AUTONOMIE

N. 16/SEZAUT/2021/QMIG

Adunanza del 6 ottobre 2021

Presieduta dal Presidente della Corte dei conti

Guido CARLINO

Composta dai magistrati:

Presidenti di sezione	Francesco PETRONIO, Fabio VIOLA, Maria Teresa POLITO, Anna Maria Rita LENTINI, Antonio CONTU, Marco PIERONI, Roberto BENEDETTI, Salvatore PILATO, Michele ORICCHIO, Maria RIOLO, Lucilla VALENTE, Piergiorgio DELLA VENTURA, Stefano SIRAGUSA, Maria Annunziata RUCIRETA, Maria Paola MARCÌA, Rossella SCERBO, Maria Elisabetta LOCCI, Vincenzo PALOMBA, Enrico TORRI, Maria Teresa POLVERINO, Emanuela PESEL, Irene THOMASETH;
Consiglieri	Stefania FUSARO, Dario PROVVIDERA, Marcello DEGNI, Stefano GLINIANSKI, Francesco BELSANTI, Maria Rita MICCI, Luigi DI MARCO, Filippo IZZO;
Primi Referendari	Alessandra CUCUZZA;
Referendari	Eleonora LENER.

Visto l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e le successive modificazioni ed integrazioni;

Visto l'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Visto l'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti,

approvato dalle Sezioni Riunite con la deliberazione n. 14 del 16 giugno 2000 e le successive modifiche ed integrazioni;

Visto l'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213 e le successive modifiche ed integrazioni;

Vista la deliberazione n. 170/2021/QMIG, con la quale la Sezione regionale di controllo per la Campania, in riferimento alla richiesta di parere presentata dal Sindaco del Comune di Quadrelle (AV), ha rimesso al Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e del citato art. 6, comma 4, del decreto legge n. 174/2012, una questione di massima concernente il quesito *«se, nel caso in cui una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento, vigente ratione temporis (legge n. 109/94; d.lgs. n. 163/06; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento necessario a consentire la distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, possa adottare, ex post, un regolamento con efficacia retroattiva»*;

Vista l'ordinanza del Presidente della Corte dei conti n. 13 del 21 luglio 2021, con la quale, valutati i presupposti per il deferimento dell'esame e della risoluzione della predetta questione di massima ai sensi del richiamato art. 6, comma 4, del d.l. n. 174/2012, è stata rimessa alla Sezione delle autonomie la pronuncia in ordine alla questione prospettata dalla Sezione regionale di controllo per la Campania;

Vista la nota del Presidente della Corte dei conti n. 21390 del 28 settembre 2021 di convocazione in video conferenza dell'odierna adunanza della Sezione delle autonomie;

Udito il Relatore, Consigliere Stefano Glinianski;

PREMESSO

Con nota prot. n. 1049 del 17 maggio 2021, acquisita al prot. n. 6596 del 18 maggio 2021, il Sindaco del Comune di Quadrelle (AV) ha chiesto un parere alla Sezione regionale di controllo per la Campania, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della l. n. 131/2003, così articolato: «nel caso in cui un'amministrazione comunale non abbia adeguato il regolamento incentivi - redatto sulla base della legge 109/1994 - alla nuova disciplina di cui al d.lgs. 163/2006, si chiede se sia possibile adottare un nuovo regolamento con valenza retroattiva al fine di ripartire gli incentivi accantonati in bilancio e maturati dai dipendenti per l'attività svolta nel periodo successivo all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163/2006 (dal 1/7/2006) per lavori banditi durante la vigenza dello stesso d.lgs. n. 163/2006 e non ancora conclusi. Il quesito investe anche gli incentivi alla progettazione interna realizzati prima del 19.08.2014. 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 regolamento

successivamente adottato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e, in questo caso, come procedere per gli incentivi relativi alla progettazione interna. In subordine, se si possa applicare il previgente regolamento, adottato sotto la vigenza della l. 109/1994. In via di ulteriore subordine si chiede di indicare il criterio da utilizzare per l'erogazione delle spettanze, atteso il diritto maturato dal lavoratore».

La Sezione regionale di controllo per la Campania ha, conseguentemente, sollevato questione di massima - ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto legge 10 ottobre 2012 n. 174, convertito con modificazioni in legge 7 dicembre 2012 n. 213, con la deliberazione n. 170 del 9 giugno 2021 (depositata in data 24 giugno u.s.), posta nei seguenti termini: «*Se, nel caso in cui una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento, vigente *ratione temporis* (l. 109/94; d.lgs. 163/06; d.lgs. 50/16), il regolamento necessario a consentire la distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, possa adottare, ex post, un regolamento con efficacia retroattiva. In caso positivo, quali siano i limiti della predetta retroattività*».

La questione è stata deferita alla Sezione delle autonomie con ordinanza del Presidente della Corte dei conti n. 13 del 21 luglio 2021.

CONSIDERATO

La questione, oggetto del richiesto pronunciamento da parte della Sezione delle autonomie, tende a conoscere se, nel caso in cui una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente *ratione temporis* (l. n. 109/94; d.lgs. n. 163/06; d.lgs. n. 50/16), il regolamento necessario a consentire la distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, possa adottare, *ex post*, un regolamento con efficacia retroattiva. In caso positivo, quali siano i limiti della predetta retroattività.

La Sezione, al fine del decidere, ritiene opportuno, preliminarmente, ripercorrere le principali tappe che la materia *de qua* ha percorso nel suo travagliato cammino.

Con riferimento alla tesi non favorevole, la Sezione delle autonomie, nel richiamare il principio del *tempus regit actum*, si è determinata, in linea generale, nel senso della impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva mediante l'approvazione di regolamenti dotati di efficacia retroattiva, opponendosi a tale opzione la regola della irretroattività della legge e quindi anche dei regolamenti, ai sensi del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 4 e 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile.

Più precisamente, nelle questioni sottoposte alla sua attenzione e con diverse sfumature di analisi e di giudizio, la Sezione afferma che non sarebbe ravvisabile una norma che, in deroga al disposto dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile, autorizzi l'approvazione di regolamenti con efficacia retroattiva (*ex plurimis*, n. 18/SEZAUT/2016/QMIG; n. 7/SEZAUT/2017/QMIG; n. 6/SEZAUT/2018/QMIG; n. 26/SEZAUT/2019/QMIG; n. 15/SEZAUT/2019/QMIG).

In tal senso, altresì, anche se con alcune significative precisazioni di cui si dirà, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel parere n. 281/2021 e la Corte di Cassazione – ancorché per i profili giuslavoristici della vicenda - secondo cui l’incentivo ha carattere retributivo, ma poiché il legislatore ha rimesso, dapprima alla contrattazione collettiva decentrata e successivamente alla potestà regolamentare attribuita all’amministrazione, la determinazione delle modalità di ripartizione del fondo, la nascita del diritto è condizionata, non dalla sola prestazione dell’attività incentivata, bensì anche dall’adozione del regolamento, in assenza del quale il dipendente può far valere solo una azione risarcitoria per inottemperanza agli obblighi che il legislatore ha posto a carico delle amministrazioni appaltanti (Cass. nn. 21398/2019; 13937/2017; 3779/2012, 1384/2004, nonché Cass., Sezione lavoro, n. 10222/2020).

Opinando diversamente e, dunque, favorevoli ad una retroattività regolamentare fondata sulla base di un ragionamento che distingue la cd retroattività “forte” (in cui la legge retroattiva colloca prima della sua entrata in vigore sia la fattispecie, sia i suoi effetti) dalla retroattività cd “debole” (che corrisponderebbe alla produttività di effetti attuali ma sulla base di una fattispecie realizzatasi in passato), ferma restando la imprescindibilità del regolamento ai fini della concreta ripartizione del fondo tra gli aventi diritto, ci sono stati pronunciamenti di alcune Sezioni regionali (*ex plurimis*, Lombardia n. 305/17, n. 93/18 e n. 385/19; Liguria n. 31/19; Umbria n. 56/19 e Basilicata n. 7/17).

L’orientamento *de quo*, dunque, nel solco prospettico delineato dalla richiamata ricostruzione, ritiene possibile che un regolamento possa disciplinare la suddetta ripartizione anche con riferimento a funzioni tecniche espletate prima della sua adozione, a condizione che le somme, a tal fine necessarie, risultino già accantonate nel preesistente quadro economico riguardante la singola opera.

Ciò premesso, si evidenzia quanto segue.

Il noto principio del *tempus regit actum* legato ad un modello di amministrazione prevalentemente incentrato sulla dogmatica attizia ha, è noto, quale sua logica conseguenza, che gli atti e i provvedimenti devono essere formati nel rispetto della normativa vigente al momento della loro emanazione (essenza, struttura e requisiti). Ne consegue che il sopravvenire di una nuova legge durante lo svolgimento di un procedimento impone, in forza del richiamato principio, che ciascuna delle fasi va considerata sottoposta alla disciplina della legge vigente al momento in cui essa viene compiuta.

Il principio *tempus regit actum*, dunque, riflesso del più generale principio di irretroattività della legge nel tempo, individuando il paradigma normativo del provvedimento amministrativo nel regime esistente al momento della sua adozione, non anche nel regime in vigore al momento di avvio del procedimento, in ipotesi di sopravvenienze normative nel corso del procedimento, imporrà l’applicazione dello *jus superveniens* in luogo della norma vigente al momento di avvio del procedimento.

A fronte di tale tradizionale orientamento, tuttavia, in giurisprudenza è stato rilevato come, talvolta, il richiamato principio risulti inconciliabile con l'esigenza di tutela del legittimo affidamento, esponendo, in talune fattispecie concrete, i soggetti eventualmente interessati al rischio di discriminazioni per effetto del mutamento di disciplina.

Tali ragioni hanno, dunque, ispirato l'elaborazione giurisprudenziale del principio *tempus regit actionem*, in virtù del quale può trovare – in determinate e specifiche situazioni – applicazione la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo con conseguente inapplicabilità dello *ius superveniens*.

È evidente che il principio *de quo* – proprio per la sua intrinseca finalità prodromica alla regolazione di situazioni concrete altrimenti difficilmente riequilibrabili e conseguentemente foriere di danno per l'amministrazione e/o per il soggetto interagente con essa – potrà essere richiamato solo alla presenza di precisi presupposti fattuali e giuridici.

Orbene, nella fattispecie all'esame della Sezione, questi presupposti sembrano essere presenti.

In primis, come si evince dalla richiesta di parere, le somme relative agli incentivi da ripartire sono state accantonate; di poi, sempre come da richiesta di parere, trattasi di incentivi che, oltre ad essere stati accantonati e maturati dai dipendenti per attività svolta dal 1° luglio 2006, durante la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, afferiscono a lavori banditi durante la vigenza del citato decreto.

Come precisato dal Consiglio di Stato (parere, tra l'altro, opportunamente evocato dalla Sezione remittente) una retroattività potrebbe essere limitata (in deroga ad un principio di carattere generale e, dunque, sottendendo implicitamente proprio il richiamo ad una applicazione del principio *tempus regit actionem*) a fattispecie per le quali una fase procedimentale autonoma non si è ancora conclusa al momento della entrata in vigore di una legge sopravvenuta. Ebbene, nel caso di specie, mancando ancora la fase di riparto e successiva liquidazione degli incentivi presupponente la adozione di un regolamento, allo stato assente, la fase della liquidazione degli incentivi non può dirsi ancora definita.

Va ancora rilevato che, nell'ipotesi in esame, si tutela proprio l'affidamento di chi legittimamente ha espletato una attività lavorativa, in forza di una legge autorizzatoria, (a cui è funzionale il principio *tempus regit actionem*), consentendo, così, di applicare la legge vigente precedentemente alla sua abrogazione di cui l'adozione del regolamento esecutivo ne rappresenta condizione per la esplicazione dei suoi effetti.

Infine, (come evidenziato anche dalla Sezione remittente) in quanto l'art. 216, ai commi 1 e 3, del d.lgs. n. 50/2016 sembra avallare la tesi per cui se le disposizioni del medesimo decreto trovano applicazione solo ed esclusivamente per i bandi pubblicati sotto la vigenza dello stesso, ragionando *a contrario*, dovrebbero, nel caso *de quo*, 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.

Trattasi, in conclusione, più che di una deroga al principio di retroattività, di una ultrattività degli articoli 92 e 93 del d.lgs. n. 163/2006 in forza del principio *tempus regit actionem* di cui una cristallizzazione normativa autorizzatoria in tal senso si riscontra proprio nell'articolo 216, ai commi 1 e 3.

Tra l'altro, a sostegno di una intangibilità non assoluta del principio della irretroattività, in coerenza con la consolidata posizione della Corte costituzionale che non riconosce – se non in materia penale – in detto principio un valore costituzionale inviolabile, ammettendo, sin da tempi remoti, la legittimità di interventi legislativi retroattivi purché nell'osservanza di un prudente apprezzamento da parte del legislatore (Corte cost. 8 luglio 1957, n. 118), si richiama il recente articolo 5, comma 10, del decreto legge 10 settembre 2021, n. 121, che – nel disciplinare altra simile questione – parimenti riconosce che il regolamento di cui all'articolo 113, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 si applica agli appalti di lavori, servizi e forniture in cui le procedure di gara sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 anche se gli stessi lavori sono stati eseguiti prima della entrata in vigore del predetto regolamento.

A conforto, poi, della necessità, in specifiche e ben delineate fattispecie, di un temperamento degli effetti di una rigorosa applicazione del principio del *tempus regit actum*, si richiama, altresì, un recente pronunciamento della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte di Cassazione a Sez. Unite, con sentenza del 13 novembre 2019, n. 29459, intervenendo in materia di immigrazione sulla questione afferente agli effetti dello *jus superveniens* sul procedimento amministrativo volto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286/1998 ha, infatti, statuito che il principio *tempus regit actum* individua, quale regola generale, il paradigma normativo del provvedimento amministrativo nel regime esistente al momento della sua adozione, non anche nel regime in vigore al momento di avvio del procedimento.

Ne consegue che, in ipotesi di sopravvenienze normative nel corso del procedimento volto all'adozione di un atto amministrativo, laddove quest'ultimo non sia ancora intervenuto, troverà applicazione lo *jus superveniens* in luogo della norma vigente al momento di avvio del procedimento.

In tale generale prospettazione, precisa la Suprema Corte, in giurisprudenza è stato, tuttavia, rilevato che il richiamato principio risulta, talvolta, inconciliabile con l'esigenza di tutela del legittimo affidamento del richiedente, esponendo, altresì, al rischio di una discriminazione per effetto del mutamento di disciplina.

Logico corollario a tale assunto è, pertanto, l'elaborazione giurisprudenziale del principio *tempus regit actionem*, in virtù del quale - per determinate e concrete fattispecie - trova

applicazione, previa analisi fattuale legittimante tale percorso argomentativo e giuridico, la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo con conseguente inapplicabilità, in ambito amministrativo, dello *jus superveniens*.

P.Q.M.

La Sezione delle autonomie della Corte dei conti, pronunciandosi sulla questione di massima di interesse generale posta dalla Sezione regionale di controllo per la Campania con la deliberazione n. 170/2021/QMIG, enuncia il seguente principio di diritto:

«ove una amministrazione locale abbia omissso di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente ratione temporis (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato ex post, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo.

Trova in tali ipotesi applicazione, in virtù del principio di elaborazione giurisprudenziale, tempus regit actionem, la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo, con conseguente inapplicabilità' dello ius superveniens.

Una cristallizzazione normativa del suddetto principio si riscontra nell' art. 216, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 50/2016, che legittima una lettura dei precedenti artt. 92 e 93 del d.lgs n. 163/2006 nel senso della loro ultrattività, a conforto della necessità, in specifiche e ben delimitate fattispecie, di un temperamento degli effetti che andrebbero a scaturire da una rigorosa applicazione del principio tempus regit actum».

La Sezione regionale di controllo per la Campania si atterrà ai principi di diritto enunciati nel presente atto di orientamento. Agli stessi principi si conformeranno tutte le Sezioni regionali di controllo ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213.

Così deliberato nell'adunanza del 6 ottobre 2021.

Il Relatore

Stefano GLINIANSKI

(firmato digitalmente)

Il Presidente

Guido CARLINO

(firmato digitalmente)

Depositata in segreteria il 26 ottobre 2021

Il Dirigente

Gino GALLI

(firmato digitalmente)

