

Avv. Dover Scalera  
Via Antonio Bertoloni 49  
00197 Roma  
06 8080833  
06 8080731  
studiolegale@scaleraedipaolo.it

**Oggetto: Incentivi alla progettazione ex art.92 comma 5, del d. lgs. n. 163/2006 – Circolare n. 36 del 23.12.2008 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.**

Con la circolare del 23.12.2008 n.36 il Ministero dell'economia e delle Finanze ha fornito alcune indicazioni per *“l'applicazione delle disposizioni concernenti ulteriori misure di riduzione della spesa ed abolizione della quota di partecipazione al costo per le prestazioni di assistenza specialistica”*. In particolare, la circolare ministeriale si propone di fornire indicazioni in ordine alla applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 61 del decreto – legge 25 giugno 2008 n.112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008 n.133.

Ai fini che in questa sede rilevano, il *“chiarimento”* oggetto di riflessione è quello concernente il comma 8 del menzionato art.61 della legge 133/2008 disciplinante la riduzione dell'incentivo alla progettazione ex art. 92 del dlgs 163/06.

Come si è già avuto modo di precisare, dalla lettura coordinata dei commi 8 e 17 dell'art. 61 della legge n. 133/2008, si evince che la misura di contenimento della spesa pubblica costituita dall'obbligo di versare in apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato, l'1,5% della percentuale prevista dall'articolo 92, comma 5, del d. lgs. n. 163/2006, non si applica agli enti territoriali e agli enti di competenza regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano, del Servizio sanitario nazionale.

Infatti, il citato comma 17 individua l'ambito di operatività soggettiva della misure di contenimento della spesa pubblica contemplate nel predetto art. 61, con la previsione per cui *“Le somme provenienti dalle riduzioni di spesa e le maggiori entrate di cui al presente articolo, con esclusione di quelle di cui ai commi 14 e 16, sono versate annualmente dagli enti e dalle amministrazioni dotati di autonomia finanziaria ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato”* precisando, in aggiunta, che *“la disposizione di cui al primo periodo non si applica agli enti territoriali e agli enti, di competenza regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano, del Servizio sanitario nazionale.”*

Dinanzi al dato letterale dell'art. 61, comma 8 - pur con l'auspicio che la disposizione venisse integralmente espunta dal testo di legge - si erano suggerite due diverse interpretazioni:

- 1) La prima nel senso della non applicabilità *tout court* del prelievo agli Enti territoriali, in virtù di una lettura della norma in linea con il quadro di riparto di competenze sancito dalla Costituzione e ribadito dalle più recenti pronunce della Corte costituzionale, oltre che con la finalità di “*valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni*” dichiarata al comma 2 dello dell'art. 61 ”.
- 2) La seconda, nella accezione più restrittiva, di considerare applicabile agli Enti territoriali la riduzione dal 2 allo 0,5% della percentuale prevista dall'articolo 92, comma 5, del d. lgs. n. 163/2006, con la sola esenzione per gli stessi dal versare le maggiori entrate derivanti da tale misura ad apposito capitolo del bilancio dello Stato, proprio in virtù della autonomia finanziaria di cui sono dotati in virtù dell'art. 119 della Costituzione.

Ebbene, dopo una serie alternata di interventi alcuni dei quali avevano fatto esultare per la eliminazione dalle misure di contenimento della spesa pubblica di una disposizione che si traduceva in una vera e propria “*confisca statale*” di quota parte dell'incentivo comunale, si è assistito non solo alla sua reintroduzione, ma anche ad una innovazione sostanziale del regime di applicazione della disposizione per effetto della circolare del 23.12.2008 n.36 del Ministero dell'economia e delle Finanze.

Infatti, con riferimento al comma 8 del menzionato art.61, la circolare 36/08 precisa: “*la percentuale del 2% dell'importo a base di gara prevista come corrispettivo o incentivo per la progettazione ai sensi dell'art. 92, comma 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 viene destinata per lo 0,5% alla finalità di incentivo individuata dalla norma de qua e per l'1.5% al versamento di apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato. Si rinvia a successiva comunicazione l'indicazione degli estremi del capitolo. La riduzione del compenso incentivante, operante a partire dal 1° gennaio 2009, si ritiene debba trovare applicazione a tutti i compensi comunque erogati a decorrere dalla predetta data e non solo ai lavori avviati dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina. Di conseguenza, la riduzione va applicata con riferimento a tutta l'attività progettuale non ancora remunerata a tale data, anche in presenza di contratti integrativi definiti secondo la precedente disciplina. Il tenore letterale della norma, infatti, laddove parla di destinazione a decorrere dal primo gennaio 2009 appare indicativo di una precisa volontà del legislatore in tal senso.*

*La disposizione, nella parte in cui prevede la riduzione della percentuale da corrispondere al personale per le predette finalità incentivanti, ha portata generalizzata ed opera con riferimento alle pubbliche amministrazioni cui si applica il citato decreto legislativo. Si evidenzia però che -*

*secondo quanto previsto dal comma 17 – gli enti territoriali, gli enti di competenza regionale e delle province autonome di Trento e Bolzano e gli enti del servizio sanitario nazionale non devono procedere al suddetto versamento. Pertanto si ritiene che le suddette economie di spesa debbano incidere in termini positivi sui rispettivi saldi di bilancio”.*

Ebbene dal testo della Circolare in commento si desume che:

- 1) Tra le due interpretazioni prospettate – esenzione tout court per gli enti territoriali o applicazione generalizzata con sola esclusione per gli enti territoriali dal versamento in apposito capitolo del bilancio dello Stato - il Ministero dell'economie e delle finanze sostiene una applicazione generalizzata del prelievo;
- 2) Si introduce un regime retroattivo della norma ritenendo che la riduzione dell'incentivo ex art.92 del dlgs 163/06 vada applicata anche all'attività progettuale già espletata ma non remunerata al 1° gennaio 2009;
- 3) Si conferma che gli Enti territoriali – pur tenuti alla riduzione - non debbano procedere al relativo versamento in apposito capitolo del bilancio dello Stato, ma possano utilizzare le economie di spesa realizzate per incidere in termini positivi sui saldi dei propri bilanci.

Da quanto premesso discende la necessità di una prima considerazione di carattere generale.

Nel sistema delle fonti normative le circolari sono atti di natura conoscitiva adottati allo scopo di illustrare i termini di applicazione di nuove disposizioni legislative (cd. Circolari interpretative) .

Nel caso delle circolari 36/08, invece, l'intervento del Ministro del tesoro non appare circoscritto a mere indicazioni ma, al contrario, è palesemente inteso all'identificazione delle situazioni concrete alle quali applicare le disposizioni normative, addirittura introducendo un regime retroattivo non contemplato nell'art.61, comma 8.

In altri termini, incidendo sulla definizione di situazioni soggettive di privati la circolare finisce per introdurre innovazioni sostanziali nel sistema normativo.

Ebbene, la Corte dei Conti ha dichiarato *“la illegittimità della Circolare, nella parte in cui si sostituisce ad una legge dello Stato assumendo, addirittura, un contenuto parificato a quello di norme di livello primario”.*

Si assiste ad un fenomeno di circolari cd *“normative”* che, sotto il profilo delle fonti del diritto, vanno spesso ad incidere nello spazio che la legge n.400/88 individua per i decreti ministeriali.

Peraltro le circolari cd *“normative”* non solo derogano alle elementari indicazioni di conformità a legge, ma si pongono fuori del quadro di riferimento costituzionale, andando ad incidere su diritti fondamentali della persona oggetto di una riserva di legge assoluta.

Fatta questa premessa, è evidente che nel caso di specie la circolare ministeriale n. 36/08 assume un indubbio contenuto normativo nella parte in cui innovando all'art. 61, comma 8, della Legge 133/08 sancisce l'applicazione generalizzata del prelievo a tutti i soggetti tenuti alla applicazione del decreto legislativo 163/06 nonché la sua applicazione alle prestazioni già svolte ma non ancora remunerate al 1° gennaio 2009.

Sotto il primo aspetto va precisato che, a differenza di quanto lascia intendere la Circolare ministeriale, l'art. 61, comma 8 della legge 6 agosto 2008 n.133 non ha modificato l'art. 92 del dlgs 163/06 il cui contenuto è rimasto invariato anche dopo le modifiche apportate al Codice dei Contratti dal successivo D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (terzo decreto correttivo).

Invero l'art.61,comma 8, introduce una vera e propria tassa con la conseguenza che ai fini della determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma il riferimento non è la materia degli appalti pubblici ma quella fiscale per la quale il comma 3 dell'art. 117 della Cost. dispone che *“sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: .....(omissis); armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; .....(omissis). Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.”*

Ed ancora, l'art. 119 della Cost. per il quale *“I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa”*.

Ciò detto la interpretazione fornita dalla Circolare per cui la riduzione del 2% si applica a tutti i soggetti tenuti alla applicazione del dlgs 163/06 non è corretta poiché a nulla rileva il regime – peraltro rimasto invariato - del codice degli appalti, assumendo esclusivo rilievo, invece, il principio di autonomia finanziaria costituzionalmente riservata agli enti territoriali.

Sotto altro profilo, il regime di retroattività del prelievo introdotto dalla Circolare 36/08 è senz'altro innovativo del testo di legge e lesivo delle posizioni di terzi privati.

Infatti, ribadito che il divieto generale di retroattività della legge costituisce un principio generale dell'ordinamento, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito che secondo gli ordinari canoni ermeneutici, il dato normativo precettivo della retroattività deve essere chiaramente esplicito dalla disposizione che lo introduce mentre invece, nell'art.61 comma 8, della legge 113/08 non vi sono disposizioni precettive a carattere retroattivo relative alla riduzione dell'incentivo alla progettazione degli uffici tecnici interni alle stazioni appaltanti. Al contrario, una interpretazione siffatta finirebbe per incidere su un diritto soggettivo vantato dai dipendenti degli uffici tecnici delle stazioni appaltanti i quali hanno maturato il diritto al pagamento in busta paga dei corrispettivi previsti dalla normativa applicabile al momento in cui le prestazioni sono state svolte.

Tra l'altro - stante alla indicazione fornita dal Ministro – l'applicazione agli Enti territoriali del regime retroattivo finirebbe per produrre un effetto paradossale per cui i corrispettivi non pagati ai tecnici in base a prestazioni già dagli stessi effettuate costituirebbero economie di spesa per i rispettivi bilanci da utilizzare a discrezione dell'ente, il tutto in evidente violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art.3 della Costituzione.

Quanto agli strumenti per reagire avverso la applicazione della Circolare in esame, la questione della tutela dei singoli nei confronti delle circolari normative dotate di efficacia esterna, è direttamente connessa alla qualificazione giuridica che l'interprete dà del fenomeno.

In linea di massima se la circolare viene considerata un atto normativo generale ed astratto, mancherebbe un interesse concreto ed attuale del singolo ad agire per l'eliminazione della stessa. Il Consiglio di Stato, afferma che le circolari hanno un'efficacia esterna soltanto quando incidano su un procedimento amministrativo e ne ammette un'impugnativa congiunta unitamente all'atto applicativo, al fine di eliminare gli effetti giuridici da esse esplicati nei confronti dei terzi ( Cons. di Stato Se. V, 1/4710993 n.472).

Nel caso di specie, pertanto, la Circolare 36/08 andrebbe impugnata dinanzi al Giudice ordinario (vertendosi di diritti soggettivi) nella specie, al giudice del lavoro, unitamente ai provvedimenti con cui gli Enti territoriali si rifiutano di provvede alla liquidazione dei corrispettivi maturati dai tecnici per le prestazioni svolte precedentemente al 1° gennaio 2009.

Con l'occasione ed in via subordinata si potrebbe introdurre la questione di costituzionalità della circolare e della norma della quale la circolare fornisce indicazioni, poiché palesemente contraria al sistema di riparto di competenze di cui al Titolo V della Costituzione nonché dell'art. 3 della Costituzione nella parte in cui dispone la applicazione di un prelievo fiscale ad esclusivo discapito di una categoria di lavoratori.

Avv. Dover Scalera

*Osservatorio Appalti Pubblici LUISS Guido Carli*

*Studio Legale Associato Scalera e Di Paolo*