



# Milan Law Review

*Fascicolo 1/2020*

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CENTRO DI RICERCA  
COORDINATO  
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

---

---

**EDITORE:** Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Antonio Gambaro

**COMITATO DI DIREZIONE:** Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertozzi, Pierre Brunet, Maria Adoracion Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltran, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernandez, Fernando Londoño Martinez, Claudio Luzzati, Belen Mora Capitan, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rűfner, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

**COMITATO DI REDAZIONE:** Stefano Zirulia (coordinatore), Iliara Anrò, Vittorio Bachelet, Antonia Baraggia, Lorenzo Gagliardi, Alessandra Ingraio, Titina Maria Pezzani, Marcello Toscano, Silvia Zorzetto, Amal Abu Awwad, Alberto Aimi, Mohamed Arafa, Andrea Ballancin, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Daniela Dadamo, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Maria Elena Gennusa, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mamei, Lilian C. San Martìn Neira, Davide Paris, Irene Stolzi, Tommaso Trinchera.

**COMITATO SCIENTIFICO:** Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Roberto Luis Blanco Valdès, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Műschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

**Milan Law Review (MLR)** è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

**Open Access Policy:** Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

**Peer Review:** I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

**Codice etico:** La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

**Modalità di citazione:** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Milan Law Review*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, 2020, n. 1, p. 1-20.

**Luogo di pubblicazione:** Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122.

**Data di pubblicazione del fascicolo:** Ottobre 2020.

---

---



N. 1/2020

## INDICE DEI CONTRIBUTI

ANTONIO GAMBARO, <i>Editoriale</i> .....	1
MARCO CIAN, <i>I finanziamenti ad alta tecnologia: una sfida concettuale</i> .....	4
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, <i>El empleador plural: articulación jurídica y responsabilidades</i> .....	20
RICCARDO URSI, <i>Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali</i> .....	47
FRANCESCO VENOSTA, <i>Divisione ereditaria e nullità “urbanistiche”</i> .....	80
LORENZA VIOLINI, <i>Regionalismo differenziato: un cammino a ritroso partendo dai più recenti accadimenti</i> .....	103





## Editoriale

Ancorché debba questa funzione solo al sinistro privilegio dell'età, è sempre emozionante presentare il primo numero di un periodico e dell'impresa culturale retrostante.

Una lunga e cara consuetudine accademica vuole che le prime parole siano dedicate a rendere esplicito il progetto che intende animare l'uno e l'altra, entrambe del resto già sobriamente, ma perfettamente delineate in seconda di copertina, e dunque si tratta sì di una nuova, ennesima, rivista giuridica, ma dotata di evidenti peculiarità.

MLR è solo *on line*, è *open access*, è vocazionalmente poliglotta - da qui il titolo formulato nella lingua veicolare globalmente più diffusa -, è risolutamente interdisciplinare, impegnata a rendere accessibili riflessioni plurali su temi e problemi giuridici che possano zampillare nel mondo.

Però, MLR vuole essere anche veicolo ed espressione di una tradizione di stile e di pensiero che si è incardinata nei decenni passati nella facoltà giuridica milanese. Una tradizione che merita di continuare a vivere al di là delle più o meno felici innovazioni organizzative cui è stata sottoposta l'università italiana ed a vivere come è vissuta: aperta, anzi, apertissima a tutte le voci ed apporti non meneghine che tuttavia siano in consonanza con essa. Esattamente come lo sono state le collane librarie edite a cura dei suoi varî Istituti, o dipartimenti.

Da ciò due avvertimenti, forse banali e tuttavia non del tutto superflui.

MLR vuole essere un periodico di pura dottrina nel senso assai mite per cui ciò che si potrà leggere nelle sue pagine saranno narrazioni, argomentazioni, analisi e proposte del tutto sprovviste di crisma autoritativo. E' risaputo che il formante dottrinale sia oggi quello più frale, quello da cui l'editoria commerciale rifugge quando non si ammanti di metanarrazioni della giurisprudenza corrente. Banale quindi, ma non superfluo, è il sottolineare che MLR non ha intenti



commerciali ed è un periodico open source. I suoi costi sono resi modestissimi grazie alla sua struttura editoriale e, soprattutto, al volontariato culturale dei suoi collaboratori. Il che, volendo, corrisponde, su un lato e sull'altro, all'etica del dono piuttosto che allo schema della vendita.

Ma proprio perché, per dirla con Dante, è da tutte queste cose sciolta, MLR può rivendicare alla propria mite proposta dottrinale una funzione più ricca di quella offerta nella letteratura giurisprudenzialista. In ciò si è consci di essere in buona e numerosa compagnia non essendo poche in Italia e nel mondo le riviste e le pubblicazioni che perseguono e promuovono un discorso dottrinale alto sicché non si tratta di una rivendicazione di singolarità, ma dell'elezione di un campo editoriale di cui ci si propone di meritare di far parte.

Il secondo avvertimento riguarda la tradizione milanese.

Non è questa la sede per riproporre una galleria dei grandi giuristi che hanno ornato, pur in un tempo relativamente breve, la facoltà di diritto di Milano. Galleria già illustrata in numerosi scritti di studiosi ben più competenti di me. Piuttosto, se fosse dato cogliere nell'indubbio e felice pluralismo delle personalità, delle discipline e delle singole scuole, una cifra accomunante mi rifarei all'idea di rigorosità argomentativa che trova nell'aggancio ad una datità - sia essa espressa in norme positive oppure in fatti storici - la base di ogni discorso che non voglia dirsi svolto in libertà, anche se, certamente non ci si riferisce ad una datità nuda e rozza ed inconsapevole dei valori e dell'orientamento assiologico dell'ordinamento giuridico. Da questa cifra del rigore, un tempo, forse troppo pretenziosamente, chiamato scientifico, ha preso tono anche l'innesto, molto radicato nella tradizione milanese, dell'attività sapienziale e didattica in quella pratica, svolta sia in forma forense sia in forma di partecipazione alle più alte corti di giustizia nazionali ed internazionali. In tutti i casi, pur nella innegabile diversità di ruoli, si tratta di essere sì sapienti di diritto, ma anche di essere seri.

Con questi auspici si presenta qui il primo numero della neonata Milan Law Review, il quale annovera saggi compresi nell'angolo giro delle specializzazioni giuridiche e che quindi esplorano realtà diversificate spaziando da tematiche commercial privatistiche (Marco Cian), ma condotte alle frontiere più attuali delle problematiche di settore, a quelle giuslaburistiche (Raymond Sanguineti) che presentano fortissime affinità nei diversi ordinamenti europei e che nelle pagine seguenti sono abordate a partire dall'ordinamento spagnolo attraverso però categorie ordinanti di sicura comunanza romanistica; ed, ancora, alle complessità intrinseche ai controlli amministrativi ed ai loro effetti sull'azione degli enti regionali (Riccardo Ursi); per passare di nuovo a temi di frontiera che si potrebbero inquadrare tra quelli squisitamente civilistici (Francesco Venosta) e procedere, infine, ad analizzare tematiche pubblicistiche attualissime (Lorenza Violini), ma colte in una prospettiva evolutiva.

Dunque, un *tour d'horizon* deliberatamente pluralista ed interdisciplinare, ma evidentemente coerentizzato dalla comune ambizione di assalire

problematiche fresche nell'ora presente con l'ambizione di ridurre l'alone, in sé insopprimibile in toto, di incertezza e di opinabilità che circonda tutto ciò che è nuovo.

A questo serve, nella tradizione milanese, il diritto e la dottrina giuridica, la quale è utile se è attenta alle novità, sempre benvenute, ma che si fa carico del loro inserimento in un quadro dinamico, perennemente caratterizzato da una propria logica interna.

Che a queste ambizioni corrisponda l'esito lo giudicherà il lettore.

Noi ce l'abbiamo messa tutta!

a.g.



## I finanziamenti ad alta tecnologia: una sfida concettuale

MARCO CIAN

Professore ordinario di Diritto commerciale

Università degli Studi di Padova

marco.cian@unipd.it

---

### ABSTRACT

---

Le operazioni di finanziamento alle imprese sono ormai investite dall'ondata di novità portata dalle tecnologie digitali. Non si è di fronte solo a innovazioni di processo (= nei processi di produzione della vicenda economico-giuridica), ma, più radicalmente, di contenuto, ossia alla produzione di vicende intrinsecamente originali. I piani su cui si consuma questa interazione sono molteplici: dell'oggetto del finanziamento (il tipo di risorsa trasferita), della relazione finanziaria (la natura della posizione giuridica sottoscritta), della dimensione dei soggetti e delle dinamiche del loro contatto. L'avvento degli applicativi e delle connessioni digitali, a ciascuno di questi livelli, è sfidante e la sfida non si concentra solo sulla ricostruzione della disciplina dal punto di vista tecnico, ma investe anzitutto le categorie concettuali sulle quali questa si fonda; lo scritto è dedicato alla considerazione delle implicazioni che si manifestano sotto quest'ultimo profilo.

**Parole chiave:** Nuove tecnologie – Finanziamento alle imprese – Criptovalute – *Blockchain* – *Token*



Business financing operations are now hit by the wave of innovation brought by digital technologies. We are not faced only with process innovations (= in the production processes of the economic-legal affair), but, more radically, with content, that is the production of intrinsically original events. The plans on which this interaction takes place are many: the object of the loan (the type of resource transferred), the financial relationship (the nature of the legal position signed), the size of the subjects and the dynamics of their contact. The advent of applications and digital connections, at each of these levels, is challenging and the challenge is not focused only on the reconstruction of the discipline from a technical point of view, but first of all affects the conceptual categories on which it is based; the paper is dedicated to the consideration of the implications that arise under the latter profile.

**Keywords:** New technologies – business financing – Cryptocurrencies – Blockchain – Token

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo*



## **I finanziamenti ad alta tecnologia: una sfida concettuale**

SOMMARIO: 1. Tecnologia digitale e finanziamento alle imprese: i piani di intersezione. – 2. Finanziarietà e non finanziarietà della relazione giuridica: il problema della natura giuridica dei nuovi prodotti del mercato. – 3. La sfuggente natura della criptomoneta: documento, bene, denaro? – 4. La movimentazione della finanza virtuale: verso una nuova dimensione della circolazione cartolare? – 5. Una osservazione conclusiva di metodo.

### **1. Tecnologia digitale e finanziamento alle imprese: i piani di intersezione**

Anche le operazioni di finanziamento alle imprese sono ormai decisamente investite dall'ondata di novità portata dalle tecnologie digitali. Queste agiscono su più livelli del fenomeno, promuovendone e rendendone possibili nuove e del tutto inusitate forme di manifestazione. Le ragioni della forza, verrebbe talvolta da dire della virulenza di questo impatto stanno nella circostanza che le applicazioni informatiche non si limitano a mettere a disposizione strumenti alternativi per la realizzazione delle operazioni finanziarie classiche, ma permettono l'instaurazione di relazioni e l'attivazione di dinamiche essenzialmente inedite. Non si è di fronte, cioè, solo a innovazioni di processo (= nei processi di produzione della vicenda economico-giuridica), ma, più radicalmente, di contenuto, ossia alla produzione di vicende intrinsecamente originali.

I piani su cui si consuma questa interazione sono molteplici e tutti significativi: specialmente quello dell'oggetto del finanziamento (il tipo di risorsa trasferita) e quello della relazione finanziaria (la natura della posizione giuridica sottoscritta) appaiono implicati, ma anche nella dimensione dei soggetti e delle dinamiche del loro contatto gli scenari di mercato risultano sensibilmente arricchiti. L'avvento dei prodotti, degli applicativi e delle connessioni digitali, a ciascuno di questi livelli, è sfidante e la sfida non si concentra solo sulla ricostruzione (la ricalibratura, se si vuole) della disciplina dal punto di vista tecnico, ma investe anzitutto le categorie concettuali sulle quali questa si fonda. L'osservazione è lapalissiana e, in altri contesti, neppure così recente (basti pensare alla sfera contrattuale), ma è negli ultimi tempi che la prassi domestica e internazionale ha sollecitato anche nell'ambito finanziario una riflessione di vasta portata.

L'intera esperienza del c.d. *fintech*, che va continuamente evolvendosi, scoprendo nuove opportunità e generando fenomeni inesplorati, suscita interrogativi che si collocano al vertice del sistema, scardinando le consuete

logiche della territorialità, della tracciabilità e dell'imputabilità delle operazioni finanziarie. I pensieri che seguono hanno però un orizzonte assai più circoscritto: non quello del sistema finanziario nel suo complesso, cioè del reticolo dei rapporti d'affari e del tessuto connettivo delle tre popolazioni che li alimentano (nel modello descrittivo tradizionale: i portatori del bisogno finanziario, i possessori delle risorse in esubero, gli intermediari), ma quello del rapporto finanziario singolarmente considerato.

Questo è banalmente rappresentabile come relazione economica (e poi giuridica) tra soggetti che entrano in contatto diretto o mediato e che prende origine dal trasferimento dall'uno all'altro di una risorsa finanziaria, generando l'aspettativa di una remunerazione successiva. La banalizzazione serve per cogliere la molteplicità delle sfide all'equipaggiamento concettuale tradizionale, che vengono poste sui diversi piani sopramenzionati.

Il profilo dei soggetti, con la comparsa sulla scena di nuove (piatta)forme di intermediazione e soprattutto dell'intelligenza artificiale e dei processi decisionali automatizzati, è forse quello, in particolare per questo secondo aspetto, più vicino alla fantascienza per gli sviluppi cui si presta (si verrà a parlare, un giorno, di soggettività delle macchine <sup>(1)</sup>)? Un bel racconto di Ted Chiang, *The Lifecycle of Software Objects*, affronta la questione dalla prospettiva della loro possibile umanità) e nondimeno presenta un non trascurabile tasso di rilevanza già ora, per i problemi che si pongono in ordine alla identificabilità delle parti dell'operazione. Basta pensare alle esperienze del *P2P lending* e, specialmente, delle *DAO* collettrici e redistributrici di risorse e ai correlati interrogativi inerenti la ricostruzione dei rapporti giuridici così venutisi a costituire e la loro imputazione. Il primo fenomeno mette in gioco applicazioni e soggetti che agiscono come "sistema" di incontro tra domanda e offerta del finanziamento e che espletano conseguentemente una funzione intermediaria a cavallo tra quella di semplici piattaforme veicolatrici di iniziative negoziali altrui e quella di aggregatori e riallocatori in proprio del pubblico risparmio. Il secondo fenomeno ha visto scendere in campo *software* incaricati di raccogliere e gestire liquidità sul mercato degli investitori, da destinare al finanziamento (in varie forme) di iniziative economiche selezionate mediante algoritmo, dando così vita ad una sorta di fondo comune di non immediato inquadramento.

Il profilo delle forme di interazione tra i soggetti, cioè dei canali attraverso cui essi vengono in contatto, è quello oggi maggiormente indagato. La pervasività della rete ha permesso l'espansione del mercato potenziale verso nuove platee di soggetti portatori di risorse in esubero, pronti a trasformarsi in investitori, e ha amplificato, rendendola sostanzialmente illimitata, la capacità di manovra delle imprese alla ricerca di queste stesse risorse, anzitutto dal punto di vista territoriale e poi per la possibilità di raggiungere senza mediazioni i propri interlocutori. La prima reazione dell'ordinamento dei mercati finanziari (e all'avanguardia, per una volta, si è trovata l'Italia) è stata quella di attrarre sotto

---

<sup>(1)</sup> E v. la curiosa analisi di P. TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *AGE*, 2019, 225 ss.

il suo ombrello il fenomeno del *crowdfunding* (e di re-intermediarne le dinamiche relazionali) <sup>(2)</sup>, ma i mercati sono ormai oltre il *crowdfunding*; o meglio, scavalcano – talvolta, non sempre – le forme di *crowdfunding* istituzionale per cercare di affrancarsi dalle sue regole e operare a briglia sciolta e, di nuovo, senza intermediari. Le c.d. *initial coin offerings* in particolare sono finite sotto la lente degli operatori e degli studiosi per il fatto di scardinare tutti i meccanismi su cui si basa la disciplina dell'appello al pubblico risparmio e per la loro attitudine a creare conseguentemente una sorta di mercato parallelo o di zona franca nella circolazione delle risorse finanziarie. Qui la sfida è veramente a tutto campo e investe, o forse sarebbe meglio dire travolge, soprattutto l'idea di territorialità dell'ordinamento, posto che il contatto tra le parti si dipana interamente nella dimensione virtuale e la collocazione geografica dell'attività di offerta riesce quantomeno complessa <sup>(3)</sup>.

Vi è poi, terzo, il piano dell'oggetto del finanziamento. Qui si registrano già le prime esperienze di conferimenti e finanziamenti in criptovalute. Nuove tipologie di risorse, nuovi "beni", nuovo "denaro". Il fatto che la prima, fatalmente inesperta giurisprudenza si sia attorcigliata sul problema della qualificabilità di simili conferimenti <sup>(4)</sup> e che i primi tentativi di definizione normativa appaiano piuttosto pilateschi dà la misura della complessità del loro inquadramento giuridico.

E infine il complesso piano della relazione finanziaria e della sua natura. Un aspetto riguarda il mercato primario e segnatamente le menzionate *ICO*. L'interrogativo di vertice che questo genere di operazioni pone concerne la classificabilità come prodotto finanziario della posizione giuridica di cui l'investitore diviene titolare, cioè del c.d. *token* che al medesimo viene riconosciuto come contropartita del finanziamento. Qui la tecnologia digitale c'entra per la verità poco e tutto dipende dal tipo di prestazione a cui l'impresa si impegna. Ma poi vi è il mercato secondario e il profilo della circolazione successiva delle relazioni finanziarie; vi sono i *token*, di cui spesso si prevede la negoziabilità via *blockchain*, e vi sono però anche i più comuni strumenti finanziari collocati a monte tramite i portali di *crowdfunding*, e di cui si può prevedere la trasferibilità via registri elettronici gestiti da intermediari (art. 100-ter t.u.f.). Se si configurino o meno nuovi titoli di credito, con l'applicazione della relativa disciplina, è la domanda che immediatamente si solleva.

---

<sup>(2)</sup> Rinvio, per tutti, a N. DE LUCA – S. L. FURNARI – A. GENTILE, *Equity crowdfunding*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm., Agg.*, Torino 2017, 159 ss.

<sup>(3)</sup> Sul tema delle *ICO* v. per tutti e per ogni altro riferimento C. SANDEI, *Initial coin offerings e offerta al pubblico di prodotti finanziari*, in AA.VV., *Diritto del fintech*, a cura di M. Cian e C. Sandei, Milano 2020 (in corso di pubblicazione) e l'ampio studio monografico della stessa A., *Initial coin offerings*, in corso di pubblicazione (titolo provvisorio).

<sup>(4)</sup> *Infra*, par. 3.

## 2. Finanziarietà e non finanziarietà della relazione giuridica: il problema della natura giuridica dei nuovi prodotti del mercato

Di queste molte dimensioni, delle quali le nuove tecnologie ridefiniscono le coordinate, è sulle ultime due che si declina la relazione finanziaria nei suoi elementi costitutivi oggettivi; su di esse soltanto ci si soffermerà nelle pagine che seguono.

I temi sono numerosi e tra loro profondamente diversi. Un primo si snoda sul piano del diritto dei mercati e si porta dietro il problema dell'applicazione o meno dei vari blocchi disciplinari che compongono quest'ultimo: riguarda la riconducibilità della nuova "finanza digitale" e dei relativi prodotti entro il perimetro definitorio delle categorie tipizzate dei prodotti e degli strumenti finanziari.

Per la verità è un interrogativo che presenta sotto un certo profilo tratti di disomogeneità, dal momento che i prodotti digitali interessati sono molteplici e tra loro senz'altro irriducibili in un unico contenitore; sotto un altro profilo è questione che, come si è accennato, non è legata alla veste digitale dei prodotti stessi, bensì alla loro funzione economica, che va scandagliata alla luce del tipo di bisogno soddisfatto dalla loro creazione e dalla loro circolazione. Perciò basterà qualche rapidissimo cenno.

Ora, sotto il primo punto di vista, e senza neppure allargare eccessivamente l'orizzonte, alla "finanza digitale" si possono ricondurre: i prodotti collocati attraverso i portali telematici istituzionalizzati (*crowdfunding*); le criptovalute; i *token* collocati tramite ICO.

Alcuni di questi prodotti sono "classici": così è in particolare per le partecipazioni sociali offerte attraverso i portali, che, per l'appunto, non hanno nulla di intrinsecamente digitale se non, eventualmente, la forma documentale (qualora siano registrate nei conti degli intermediari), d'altra parte comune, *mutatis mutandis*, a quella rivestita dalle azioni e da tutti gli altri titoli dematerializzati (che pure ormai sono elettronici, senza che questo aggiunga o tolga nulla, com'è ovvio, alla loro natura di strumenti finanziari). Il che non significa che il problema della annoverabilità dei prodotti del *crowdfunding* nelle categorie contemplate dal Testo unico della finanza non si ponga in termini nuovi (il problema oggi attiene alle quote di s.r.l.), ma significa che la novità non ha a che fare con la loro (d'altra parte, per l'appunto, neppure essenziale) componente *tech*: si tratta, infatti, di una questione che deriva dalla possibile serializzazione delle quote (art. 26 d.l. 179/2012) e dal loro possibile accoglimento in una sede di negoziazione, quali sono i mercati di crescita per le PMI previsti dall'art. 69 t.u.f. <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Sulla qualificabilità delle quote di s.r.l. come strumenti finanziari v., a proposito delle imprese innovative, A. GUACCERO, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 713 ss. (anche in *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano 2015,

Altri prodotti sono almeno all'apparenza intrinsecamente nuovi: tali si è indotti a giudicare i gettoni elettronici riconosciuti al finanziatore dal promotore di una ICO (i *token*) e le criptovalute. In realtà, nuovo è, qui, oltre all'abito (la veste documentale), il corpo, se così vuol dirsi, ma non la funzione economica, che rappresenta l'elemento su cui sono costruite le nozioni di diritto dei mercati. A questo proposito mi limito dunque a riprodurre pedissequamente quanto già, proprio in merito alla qualificazione della moneta virtuale, ho avuto modo di puntualizzare in altra occasione <sup>(6)</sup>.

“Il prodotto finanziario, quale *medium* economico che ha la funzione di produrre un rendimento, cioè un incremento del capitale erogato per il suo conseguimento, si sostanzia in una posizione giuridica la quale, per sua natura, dato un certo capitale, è destinata, salvo il rischio finanziario insito nell'operazione, a consentire l'attribuzione di un capitale maggiore al suo titolare. Ai fini del riconoscimento della finanziarietà di tale posizione, rilevano la sua natura e funzione oggettive, per meglio dire la funzione cui tipicamente essa è intesa assolvere dalla comunità dei consociati. E' questo il motivo per cui beni come gli immobili, le pietre preziose, o le opere d'arte non possono rivestire *di per sé considerati* tale carattere, giacché la loro funzione sociale tipica non è quella di realizzare un rendimento; per il che la loro offerta non costituisce una offerta al pubblico ai sensi del t.u.f. e le ragioni individuali di chi propende per l'investimento nei medesimi non possono in alcun caso conferire all'offerta (che rispetto a queste ragioni rappresenta il *prius*) un carattere finanziario. Sembra dover fare eccezione un bene come l'oro, rispetto al quale il rapporto tra funzione tipica e motivo individuale dell'acquisto pare rovesciato: pur non potendosi invero escludere un acquisto a fini di consumo del metallo (da parte del fabbricante di gioielli, ad esempio), il movente ordinariamente parrebbe speculativo e dunque finanziario. Resta comunque valida la considerazione che, se l'offerta di *commodities* si sviluppa in una operazione più ampia (venendo ad esempio *ex ante* corredata, ove siano offerti beni di futura produzione, dalla creazione di un mercato secondario della pretesa nei confronti del produttore), l'offerta si tramuta in una avente ad oggetto prodotti finanziari, in quanto l'operazione assume un carattere speculativo socialmente tipico (l'investimento giocato sull'andamento del mercato della pretesa), rispetto al quale l'eventuale, diversa motivazione individuale dell'acquisto (l'interesse al conseguimento futuro e al consumo del bene) rimane assorbita.

Lo stesso vale per il denaro. Esso, come tale, è solo un mezzo intermediario negli scambi e non consente il maturare di un rendimento; la sua offerta non è dunque mai offerta di un prodotto finanziario; se in concreto

---

245 ss.); P. BENAZZO, *Start-up e PMI Innovative*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm.*, Agg.\*\*\*\*\*, Torino 2017, 486; sia consentito anche il rinvio al mio *Dalla s.r.l. a base personalistica alle quote "finanziarie" e alla destinazione ai mercati: tante s.r.l.?*, in corso di pubblicazione in *Studium iuris*, 2019 (fasc. 12).

<sup>(6)</sup> M. CIAN, *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 328, nt. 36.

L'acquisto è finalizzato a conseguire un incremento del capitale impiegato, ciò accade solo nella prospettiva da cui si pone il compratore e dal fatto che egli cede capitale espresso nella "propria" moneta legale (cioè nella moneta che egli impiega come ordinario strumento di scambio), giocando sull'oscillazione dei corsi e mirando quindi a riconvertire la valuta non propria, con la successiva vendita, in un capitale nuovamente espresso nella propria moneta legale e maggiorato rispetto a quello originario; l'acquisto di denaro può assolvere dunque ad una funzione finanziaria solo soggettivamente, mai in sé. E' in quest'ottica che pare prender corpo la ragione dell'esclusione, dal novero dei prodotti finanziari, dei depositi bancari e postali. Essi, pur integrando la pretesa alla restituzione di un capitale, hanno fundamentalmente funzione monetaria: costituiscono essi stessi – in senso per l'appunto economico-funzionale – moneta, sia pure in veste diversa dal denaro contante, e il versamento in conto, pur potendo comportare il riconoscimento di un interesse a favore del titolare, assolve prevalentemente alla funzione di creare una disponibilità monetaria. Fa eccezione all'eccezione l'ipotesi in cui il deposito sia rappresentato da strumenti finanziari; in tal caso la funzione di investimento finanziario torna oggettivamente a prevalere su quella monetaria grazie all'incorporazione della pretesa restitutoria in uno strumento negoziabile, per mezzo della cui circolazione – la quale assume rilievo centrale nella struttura complessiva dell'operazione – l'investitore si attende, almeno potenzialmente, un incremento di valore del capitale investito."

La criptomoneta, conseguentemente, in quanto assolve ad una funzione di intermediazione negli scambi, è strumento di pagamento e non strumento finanziario. Nuovamente, la circostanza che, in alcuni casi per quanto emblematici, l'acquisto della medesima possa avvenire per fini di speculazione e che talvolta i risultati, in termini di incremento di valore e comunque di rischio dell'operazione, siano considerevolissimi, non fa di questo prodotto digitale un prodotto finanziario, per le stesse ragioni per cui non lo è neppure la moneta legale il cui corso sia soggetto alle oscillazioni più marcate.

Secondo questi stessi parametri deve essere apprezzata la natura giuridica dei *token*: tenendo conto sia del contenuto della prestazione attesa dal sottoscrittore, sia dell'eventuale creazione di un mercato secondario per la circolazione dei "gettoni", il quale può attribuire valenza finanziaria all'operazione, nei termini sopradescritti, anche là dove tale valenza difetti sul piano del contenuto della prestazione medesima. Quest'ultimo, in particolare, può essere il più vario: il riconoscimento di una somma di denaro o di criptodenaro, il conseguimento di beni o servizi, una volta che saranno prodotti dall'impresa finanziata, o altro ancora. Solo dove si dia remunerazione si può discorrere di prodotto finanziario; altrimenti no, a meno che l'aspettativa di redditività dell'investimento non sia recuperata sul piano della negoziabilità della pretesa verso l'impresa finanziata. Ma poiché appunto il fenomeno in questione è estremamente variegato, e ha poco a che vedere con la dimensione tecnologica, questi sommari, e per la verità tutt'altro che conclusivi cenni possono bastare.

### 3. La sfuggente natura della criptomoneta: documento, bene, denaro?

Un secondo tema si sviluppa sul piano della natura del finanziamento, inteso come risorsa destinata all'impresa. E' di nuovo la criptomoneta a risvegliare l'Amleto che è in noi. Che cos'è, questo impulso digitale che esiste solo come dato documentale, per di più esclusivamente virtuale, al quale si ascrive peraltro un valore, talvolta ingente, sotto il profilo economico? E' un bene immateriale, è *pecunia*, è una pretesa, è mera scrittura?

Può essere utile, per evitare di ripercorrere in termini astratti un dibattito già assai intenso e dagli esiti tutt'altro che univoci, muovere dal dilemma che alla prima giurisprudenza domestica si è posto (7). Si trattava di un'operazione di conferimento in una società a responsabilità limitata, avente ad oggetto, fra l'altro, proprio una criptovaluta, non particolarmente diffusa. L'operazione era in sé finanziariamente piuttosto originale, posto che si aumentava il capitale da diecimila a quasi un milione e mezzo di euro, mediante conferimento di varie opere d'arte (dipinti di autori la cui identità i provvedimenti non rivelano; probabilmente non figuravano né Leonardo, né Caravaggio, ma questa è solo una ingenerosa supposizione; comunque esisteva una perizia di stima) e, per l'appunto, di una apparentemente semiconosciuta criptovaluta non negoziata su alcuna piattaforma di *exchange*. Al di là dell'aneddotica, il tema, sotto il profilo tecnico, concerneva la riconducibilità di quest'ultimo segmento dell'operazione tra i conferimenti in denaro o tra quelli in natura; e cioè della qualificabilità giuridica della valuta virtuale come denaro, o come bene diverso dal denaro.

Il concetto di moneta rappresenta di per sé uno degli enigmi più insidiosi del pensiero economico e del pensiero giuridico. Si può immaginare dunque quanto scosceso risulti il percorso di inquadramento di questa nuova forma di mezzo di scambio in categorie normative di per sé non agevolmente ricostruibili. Alcune coordinate possono tuttavia essere definite (8).

La nozione giuridica di denaro non è una nozione unitaria. Non esiste, cioè, la "moneta" *tout court*, nell'ordinamento; esistono invece nozioni diverse, nei diversi contesti normativi in cui il fenomeno è trattato. Nella materia dei conferimenti la nozione è la più circoscritta possibile: denaro è solo la moneta legale avente corso in Italia, cioè l'euro (9); anche il dollaro, o il renminbi, sono beni in natura, ai sensi degli artt. 2343 e 2365, e il loro conferimento richiede dunque la perizia (salva l'applicazione dell'art. 2343-ter) e la liberazione integrale

---

(7) App. Brescia 24 ottobre 2018 e Trib. Brescia 18 luglio 2018, entrambe in *Società*, 2019, 26 ss., e altresì in corso di pubblicazione in *Giur. comm.* In rete si trova anche notizia della costituzione di una s.r.l. mediante conferimento di bitcoin: <https://www.coinlex.it/2015/03/30/prima-srl-con-conferimento-in-bitcoin> (accesso: 17 ottobre 2019).

(8) Rinvio, per tutto quanto segue, alle riflessioni che ho sviluppato, in modo più approfondito, nel mio scritto da ultimo citato.

(9) M. S. SPOLIDORO, *I conferimenti in denaro*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 252 ss.; G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano 2001, 370 ss., 376 nt. 64.

immediata. La ragione sta nella funzione propria del capitale e del principio di effettività dello stesso, su cui è fondata la diversità del trattamento giuridico riservato alle due tipologie di conferimento. Poiché il capitale è espresso in euro e poiché va garantita la corrispondenza (nei termini previsti dal codice) tra il valore delle risorse conferite e l'entità della posta contabile "capitale", solo il conferimento di questa moneta legale è, sotto il profilo valoriale, certo *ex ante* e non soggetto ad oscillazioni, per effetto del principio nominalistico. Ogni altra moneta, ancorché avente corso legale altrove, va parametrata all'unità di misura in cui il capitale è espresso e perciò va stimata, e presenta un, più o meno ampio, tasso di volatilità (= di oscillazione rispetto a tale unità di misura) e perciò va versata per intero al momento della sottoscrizione.

Le corti bresciane avrebbero dovuto (e potuto) limitarsi a questo argomento. La valuta virtuale, a prescindere da cosa essa sia in altri contesti normativi, non è moneta legale domestica e non è dunque denaro, quando si tratta di farne l'oggetto di un conferimento. In prime cure per la verità la premessa sembra essere stata proprio questa e si è poi concluso che la specifica criptovaluta indagata non era neppure suscettibile di una valutazione economica attendibile, in quanto priva di qualsiasi parametro oggettivo di scambio con la moneta legale, e difettava così del requisito per la conferibilità in società, prescritto dall'art. 2464 c.c. La Corte d'appello pare essersi viceversa avvitata in una riflessione dalla quale si palesa la difficoltà di mettere a confronto i fenomeni digitali con le categorie tradizionali; e che si è tradotta nel negare che la criptovaluta possa essere qualificata come bene in natura, perché è un mezzo di scambio e non un bene esso stesso, e nell'assumere che non sarebbe tuttavia neppure classificabile come denaro, o meglio che, come denaro, in quanto diverso dall'unità di misura del capitale, abbisognerebbe comunque di parametri attendibili idonei a rapportarne il valore a quest'ultima (che in concreto mancavano).

Il rischio della sfida portata dalla digitalizzazione è proprio questo: che conduca a soluzioni qualificatorie incapaci di mettere adeguatamente a fuoco le dimensioni su cui si declina la novità dei fenomeni digitali e che allora finiscono per forzare piuttosto, ma senza costrutto, le categorie di riferimento. All'esito della vicenda bresciana è uscito tra le pieghe del codice civile un *tertium genus* di conferimento, di nuovo conio, accanto a quello di denaro e a quello di beni diversi dal denaro (il conferimento di denaro diverso dall'euro), per il quale è stata costruita *ad hoc* una disciplina di cui, in verità, non c'è proprio traccia.

In realtà, è solo il condizionamento indotto da una visione (puramente) economica della criptomoneta che inibisce la sua considerazione come bene diverso dal denaro. Viceversa, portando l'analisi tutta sul piano giuridico, sul quale si colloca, va da sé, la nozione giuridica di denaro con la quale l'entità digitale deve essere raffrontata, e constatato che la prima, nella materia dei conferimenti, è circoscritta alla valuta legale domestica, l'inibizione viene a cadere.

Il che non esclude che la criptomoneta possa risultare invece qualificabile come denaro in altri contesti normativi, alla luce della cennata molteplicità delle

accezioni giuridiche di denaro. Non è dunque sulla scorta di un suo inquadramento economico, bensì in base al (più ampio, rispetto alla materia dei conferimenti in società) concetto di “strumenti di pagamento”, fatto proprio dall’art. 1, co. 2, t.u.f., che la valuta virtuale va ricompresa tra di essi e non annoverata invece tra gli strumenti o i prodotti finanziari <sup>(10)</sup>.

Rimarrebbe poi il problema della sua classificazione come oggetto di prestazione, ossia della qualificabilità o meno del relativo debito come obbligazione pecuniaria, ai fini dell’applicazione degli artt. 1277 ss. c.c. Ma questo è un tema di tale complessità, che il suo esame ci porterebbe troppo lontano. Resta opportuno solo ribadire che la risposta va cercata non già nella funzione sociale della nuova entità digitale – giacché non è con una nozione pregiuridica di denaro che va condotto il confronto –, ma sempre nel concetto di denaro accolto dall’ordinamento, in questa specifica area; la complessità dell’argomento è dovuta principalmente al fatto che esso tocca i profili legati alla sovranità monetaria dello Stato, ai suoi limiti e al trattamento delle c.d. monete complementari in genere, il che rende non agevole tracciare il perimetro della nozione di denaro, assunta a referente oggettivo della disciplina in questione. D’altra parte, è verosimile assumere che la stessa visione legislativa del fenomeno monetario sia in evoluzione, spinta verso un ripensamento della tradizionale concezione sovrana del medesimo, proprio e in particolare per effetto della comparsa e della diffusione delle valute virtuali: i primi interventi normativi al riguardo (mi riferisco alla novella della disciplina antiriciclaggio <sup>(11)</sup>) appaiono a onor del vero piuttosto pilateschi, ma il tempo è ormai maturo per una presa di posizione più scoperta, o, se si vuole, per una presa d’atto, nella direzione dell’equipollenza, almeno sotto certi profili, tra le monete private e quelle aventi corso legale.

#### **4. La movimentazione della finanza virtuale: verso una nuova dimensione della circolazione cartolare?**

Il terzo tema attiene alla relazione finanziaria come oggetto di circolazione. Le modalità documentali attraverso cui quest’ultima avviene pongono di fronte ad un interrogativo di facile intuizione: si tratta di una nuova era del fenomeno cartolare?

Sul piano documentale sembra possibile distinguere due diverse forme di “archiviazione” della posizione giuridica finanziaria e di movimentazione della medesima. Il primo è intermediato e riguarda fundamentalmente gli strumenti finanziari generati attraverso il *crowdfunding*, e segnatamente le quote di s.r.l., le quali, come si sa e si è già ricordato, possono venire registrate nei conti tenuti dagli intermediari e trasferite mediante annotazioni negli stessi (art. 100-ter t.u.f.). Il secondo è disintermediato e può riguardare (oltre alle criptovalute) i *token*, che

---

<sup>(10)</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>(11)</sup> Com’è noto, l’art. 1 d. lgs. 231/2007 è stato novellato dal d. lgs. 90/2017; sulla novella cfr., per tutti, M. PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di “valute virtuali”*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 1171 ss.

spesso vengono memorizzati negli *e-wallets* dei sottoscrittori e resi movimentabili via *blockchain*.

L'uno e l'altro modello documentale presentano evidenti caratteri di affinità, vuoi con i tradizionali, vuoi con i più moderni moduli cartolari: cioè, rispettivamente, con l'incorporazione nei titoli cartacei (il secondo) e con la registrazione nella rete contabile facente capo al depositario centrale, in regime di dematerializzazione (il primo).

E' appena il caso di ricordare che questi moduli si fondano sull'idoneità dello specifico sistema di documentazione e di movimentazione a garantire: dall'un lato la leggibilità del contenuto della posizione giuridica e l'attendibilità del relativo testo, che consegue alla sua fissazione su un supporto unico e accettato come tale dalle parti della relazione; dall'altro lato l'esclusività della situazione di disponibilità materiale del documento, consistente nella relazione possessoria o, per i titoli contabilizzati nel sistema di gestione accentrata, di titolarità del conto, relazione che permette di realizzare una forma di consegna (fisica o scritturale) del documento medesimo, e così idealmente della posizione giuridica documentata, e ne assicura l'irripetibilità fra parti diverse.

L'operatività dei principi della disciplina cartolare, tanto sotto il profilo della tutela obbligatoria, quanto sotto quello della tutela reale, è resa in effetti possibile dall'adozione di una tecnica di annotazione e quindi di materializzazione di entità giuridiche di per sé viceversa prive di materialità. Lo stesso ingresso del regime di dematerializzazione, accanto alla disciplina codicistica, segna l'avvento, o per essere più precisi è stato reso possibile dall'implementazione, di una tecnica di documentazione e movimentazione documentale alternativa, ma equipollente a quella dell'incorporazione nella *chartula*: alla garanzia, nei termini testé precisati, offerta dalla fisicità e dall'unicità di quest'ultima si sostituisce la garanzia di affidabilità e regolarità di funzionamento di una rete di annotazioni gestita da intermediari professionali.

L'interrogativo oggi ulteriormente posto dalla finanza digitale poggia dunque sul riscontro dell'*equipollenza tecnica funzionale* delle forme di documentazione cui essa è soggetta, rispetto ai modelli cartolari. Da un lato, l'annotazione e circolazione delle quote di s.r.l. collocate tramite portali riflette con tutta evidenza gli schemi su cui sono costruiti i sistemi di gestione accentrata (con la sola, peraltro non decisiva differenza che qui la gestione contabile non è in linea di principio accentrata, bensì diffusa), con meccanismi di scrittura in addebito e in accredito (o di cancellazione e riscrittura) su registri o conti tenuti da terzi intermediari. Dall'altro lato, la memorizzazione e trasmissione in *blockchain* riproduce virtualmente le caratteristiche di unicità del documento e di esclusività della relazione di disponibilità materiale del medesimo ("possesso"), che nell'ambiente fisico sono determinate dalla reificazione del rapporto giuridico nel titolo cartaceo.

Va a onor del vero sottolineato che non entrambe le forme documentali sono intrinsecamente legate alla digitalizzazione del dato finanziario. Mentre il fenomeno circolatorio che si svolge per mezzo della *blockchain* è, sì, un fenomeno per definizione digitale, la movimentazione intermediata delle quote di s.r.l. può

non avere nulla a che vedere con le nuove tecnologie, potendo al limite consumarsi anche mediante l'uso di penna e calamaio. Se ha attinenza con la dimensione virtuale è solo perché riguarda esclusivamente partecipazioni che vengono collocate *online*: la disciplina contenuta nell'art. 100-ter t.u.f., invero, abbina il sistema a valle di gestione contabile all'offerta a monte tramite portali, e non si tratta di un abbinamento necessario dal punto di vista tecnico, bensì di una, per la verità più che comprensibile, scelta di politica legislativa, di favorire, sotto il profilo dei costi prima ancora che sotto quello degli oneri formali, la circolazione delle tendenzialmente piccole partecipazioni sottoscritte sul mercato dei capitali, così da rimuovere (agevolando il disinvestimento successivo) una altrimenti consistente remora all'investimento iniziale <sup>(12)</sup>. Perciò il collegamento tra questo modello circolatorio e la finanza tecnologica è accidente e non sostanza, ma è quanto basta per non uscir fuori di tema se se ne tratta in questa occasione.

Ora, la questione della qualificabilità di tutte le posizioni finanziarie qui considerate come titoli di credito, e della conseguente, relativa assoggettabilità del loro trasferimento ai principi cartolari di tutela degli acquisti non può reputarsi risolta, e risolta positivamente, sulla sola base del riconoscimento dell'equipollenza funzionale tra la forma documentale che esse rivestono e quelle dei titoli di credito, cartacei o scritturali.

Vi sono infatti disposizioni che sanciscono l'impossibilità giuridica della scrittura di determinate posizioni giuridiche allo scopo di assoggettarle alla disciplina cartolare. Tale portata aveva ad esempio il divieto, contenuto nella legge che istituì in Italia il regime di dematerializzazione obbligatoria, di rappresentare in "titoli" (= cartacei) gli strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati (art. 28 d. lgs. 213/1998, poi rifluito nell'attuale art. 83-bis t.u.f., con una significativa variazione nella formulazione, ma con identico significato), il cui obiettivo però non era quello di sottrarre detti strumenti ai vantaggi della circolazione in regime di protezione degli acquisti, bensì quello di imporne la veste scritturale, la quale pure era destinata ad assicurare i medesimi vantaggi.

Al di là di tale disposizione (che qui non rileva), v'è invece da tenere presente, rispetto alle quote di società a responsabilità limitata, il perdurante divieto della loro rappresentazione in azioni (art. 2468 c.c.). Si tratta di un vincolo all'autonomia negoziale per la verità di non immediata decifrazione, ma che pare senz'altro implicare almeno e proprio l'impossibilità giuridica dell'incorporazione in titoli e dunque della circolazione delle partecipazioni sociali in regime cartolare. Il precetto è uscito inalterato dall'alluvione di novità introdotte tra il 2012 e il 2017, prima per le sole *startup* innovative e poi per tutte le PMI, e continua a connotare il modello tipologico delle s.r.l. e a contribuire non poco, specie venute meno una serie di altre, originarie caratteristiche differenziali, al perdurare della sua identità rispetto alla società per azioni.

---

<sup>(12)</sup> Cfr. P. BENAZZO, *Start-up*, cit., 484; N. DE LUCA – S. L. FURNARI – A. GENTILE, *Equity crowdfunding*, cit., 168; S. GUIZZARDI, *L'impresa start up innovativa costituita in forma di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 579.

Pertanto, il sistema di circolazione intermediata di queste quote non è in condizione di richiamare l'applicazione dei principi di tutela degli acquisti<sup>(13)</sup> e le quote medesime non sono configurabili come titoli scritturali a questi fini<sup>(14)</sup>.

La conclusione così raggiunta appare significativa, in quanto giova ad evidenziare come anche a proposito di questo tema, come già a riguardo della qualificazione delle criptovalute, la dimensione economica e la dimensione tecnica del fenomeno oggetto d'esame possano sì fornire elementi utili al suo inquadramento giuridico (perché le nozioni normative implicate non possono prescindere dal soddisfacimento di dati requisiti tecnici e dall'assolvimento di date funzioni economiche), ma non siano sufficienti a determinare di per se stesse tale inquadramento, giacché l'ordinamento può selezionare, tra i fenomeni economici e tecnici idonei, quelli giuridicamente integranti la fattispecie rilevante sul piano normativo.

Da questo medesimo angolo visuale, conseguentemente, deve essere riguardata l'esperienza della circolazione via *blockchain* e deve essere affrontata la questione della qualificabilità o meno delle posizioni finanziarie così movimentate alla stregua di titoli di credito.

Non c'è dubbio che, tecnicamente, i sistemi di annotazione nei blocchi garantiscano una sicurezza di grado forse persino superiore a quella dell'incorporazione nei classici titoli cartacei. Si tratta di una sicurezza offerta non già dall'intervento di intermediari professionalmente qualificati, bensì dalla inattaccabilità del sistema di dati (o almeno: dal fatto che la sua aggredibilità costituisce un'ipotesi assai remota!); è una sicurezza informatica, cioè, non istituzionale, la quale assicura comunque l'immodificabilità dei dati e la loro movimentabilità tramite operazioni fra *e-wallets* che rappresentano una forma di consegna digitale.

Non c'è dubbio neppure che molte delle entità finanziarie create e immesse in questi sistemi vengano emesse e apprezzate nella comunità dei consociati come essenzialmente destinate alla circolazione (l'elemento di carattere "sociale" che è necessario affinché un documento possa qualificarsi come titolo di credito).

In tale scenario, e al ricorrere in concreto di quest'ultimo presupposto, la natura cartolare della posizione giuridica documentata appare indiscutibile, a meno, però, che all'"incorporazione", agli effetti dell'assoggettamento alla disciplina circolatoria dei titoli di credito, non osti, in ragione dello specifico contenuto della posizione medesima, una norma come l'art. 2468 c.c. In effetti

---

<sup>(13)</sup> Sia consentito il rinvio a M. CIAN, *L'intestazione intermediata delle quote di s.r.l. PMI: rapporto societario, regime della circolazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 1275 ss.; e v. pure N. DE LUCA, *Crowdfunding e quote "dematerializzate" di s.r.l.? Prime considerazioni*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 8 s.

<sup>(14)</sup> Ciò al netto di altre considerazioni, che pur potrebbero farsi, in ordine all'effettività dell'equipollenza funzionale tra questo sistema e quello di gestione accentrata, i quali divergono invero profondamente sul piano dei presidi normativi e regolamentari introdotti al fine di assicurare la piena regolarità e integrità dei conti e delle operazioni di movimentazione contabile.

nulla esclude che si adotti una *blockchain* per trasferire quote di società a responsabilità limitata, cioè che le quote di s.r.l. vengano, se così vuol dirsi, "tokenizzate"; un *software* che utilizzi la *DLT* potrebbe venire implementato sia tra gli intermediari di cui all'art. 100-ter t.u.f., per la gestione delle annotazioni in conto dallo stesso previste, sia, forse (si profilerebbe il problema di verificarne la compatibilità con gli inderogabili meccanismi pubblicitari legali), dalla società emittente, a valle, a monte o *a latere* della procedura di iscrizione nel registro delle imprese. Nessuna di queste opzioni potrebbe in ogni caso far assumere alle partecipazioni la natura di titoli di credito, alla stregua di titoli azionari.

### 5. Una osservazione conclusiva di metodo

La sfida lanciata dalla digitalizzazione è, alla resa dei conti, decisamente impegnativa. E richiede coscienza della corretta prospettiva metodologica da adottare. I fenomeni digitali appaiono nuovi e sotto molti aspetti lo sono. Ma, se si manifestano in un'altra dimensione rispetto a quella della realtà materiale, non appartengono ad un universo parallelo e alieno. La loro classificazione in rapporto alle categorie giuridiche su cui si è formato l'ordinamento dei mercati (in senso ampio: l'ordinamento societario, dei mercati finanziari e della circolazione della ricchezza mobiliare) deve procedere dunque muovendo da queste (= dalle categorie giuridiche). E' possibile, *va da sé*, che queste stesse richiedano un adattamento, al mutare delle condizioni materiali di riferimento (come il concetto di titolo di credito ha dovuto adattarsi alle tecniche documentali equipollenti alla reificazione), o è possibile che i principi normativi su cui esse sono costruite vengano rimodulati dall'evoluzione delle dinamiche economiche (come probabilmente sarà, se già non è, per la correlazione tra la nozione di denaro e il principio della sovranità monetaria). Tuttavia, va evitato il rischio di sostituire per così dire *a priori* le categorie di riferimento con altre, e specie di muovere da una visione puramente economica dei fenomeni, obliterando il dato normativo, inibiti di fronte all'idea che la realtà digitale possa trovare un proprio, sicuro (o comunque non forzato) accomodamento nel quadro concettuale e disciplinare preesistente.

## Bibliografia

BENAZZO P., *Start-up e PMI Innovative*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm.*, Agg.\*\*\*\*\*, Torino 2017, 467 ss.

CIAN M., *Dalla s.r.l. a base personalistica alle quote "finanziarie" e alla destinazione ai mercati: tante s.r.l.?*, in corso di pubblicazione in *Studium iuris*, 2019 (fasc. 12)

CIAN M., *L'intestazione intermediata delle quote di s.r.l. PMI: rapporto societario, regime della circolazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 1275 ss.

CIAN M., *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I

DE LUCA N., *Crowdfunding e quote "dematerializzate" di s.r.l.? Prime considerazioni*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 8 s.

DE LUCA N. – FURNARI S. L. – GENTILE A., *Equity crowdfunding*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm.*, Agg.\*\*\*\*\*, Torino 2017, 159 ss.

FERRI jr G., *Investimento e conferimento*, Milano 2001

GUACCERO A., *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 713 ss. (anche in *Impresa e mercato, Studi dedicati a Mario Libertini*, I, Milano 2015, 245 ss.)

GUIZZARDI S., *L'impresa start up innovativa costituita in forma di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 579

PASSARETTA M., *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di "valute virtuali"*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 1171 ss.

SANDEI C., *Initial coin offerings e offerta al pubblico di prodotti finanziari*, in AA.VV., *Diritto del fintech*, a cura di M. Cian e C. Sandei, Milano 2020 (in corso di pubblicazione)

SPOLIDORO M. S., *I conferimenti in denaro*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 1\*\*, Torino, 2004, 252 ss.

TULLIO P., *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *AGE*, 2019, 225 ss.



# El empleador plural: articulación jurídica y responsabilidades

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del trabajo

Universidad de Salamanca

[wsr@usal.es](mailto:wsr@usal.es)

---

## ABSTRACT

---

L'Autore si sofferma sulla discussa figura del datore di lavoro plurale riconosciuta dall'ordinamento spagnolo, non solo livello normativo, ma anche giurisprudenziale, considerandola formula preferenziale per la cooperazione interaziendale, soprattutto in seguito allo sviluppo di processi produttivi globali dominati dall'ascesa dei gruppi d'impresa e delle reti d'impresa. Il contributo esplora i numerosi profili giuridici nonché i delicati problemi che nascono dalla configurazione unica del rapporto di lavoro complesso, dove al lavoratore, unico debitore della prestazione e un unico creditore della retribuzione, si contrappongono tutti i datori di lavoro che condividono la posizione di datore di lavoro.

**Parole chiave:** Datore di lavoro plurale – Codatorialità – Gruppi d'impresa – Reti d'impresa – Obbligazioni complesse – Rapporto di lavoro.



The author focuses on the controversial figure of the plural employer recognised by the Spanish legal system, not only at the regulatory level, but also at the jurisprudential one, considering it a preferential formula for inter-company cooperation, especially following the development of global production processes dominated by the rise of business groups and networks. The contribution explores the numerous legal profiles as well as the tricky problems that arise from the unique configuration of the complex employment relationship, where the worker, is the only debtor and creditor of the salary, but employers are more than one.

**Keywords:** Plural employer – Codatoriality – Enterprise groups – Business networks – Complex obligations – Employment relationship.

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo*



## **El empleador plural: articulación jurídica y responsabilidades**

SOMMARIO: 1. La plena admisión de la configuración plural del empleador dentro del ordenamiento laboral español y su problemática articulación jurídica. – 2. El recurso al expediente técnico de las obligaciones colectivas o subjetivamente complejas como punto inicial de referencia para la determinación de las consecuencias jurídicas de la atribución conjunta de la posición de empleador. – 3. Caracterización jurídica de la posición conjunta de débito de los coempleadores frente al trabajador. – 4. Caracterización jurídica de la posición conjunta de crédito de los coempleadores frente al trabajador. – 5. Una cuestión capital necesitada de respuesta: la fuente de determinación de las condiciones de trabajo del trabajador dependiente de varios empleadores.

### **1. La plena admisión de la configuración plural del empleador dentro del ordenamiento laboral español y su problemática articulación jurídica.**

La admisión del potencial carácter *plural* o *conjunto* de la posición empresarial al interior del contrato de trabajo forma parte, en el caso del Derecho del Trabajo español, de una muy arraigada tradición jurídica. Esta tiene su punto de arranque nada menos que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, cuyo artículo 1, muy probablemente diseñado con el propósito de ofrecer cobertura a los supuestos en que varias personas físicas ocupan las posiciones contractuales de trabajador o empresario, optó por declarar que se entenderá por contrato de trabajo, «cualquiera que sea su denominación», aquel en virtud del cual «una o varias personas» se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio «a *uno o varios patronos*, o a una persona jurídica del tal carácter», bajo la dependencia de estos y a cambio de una remuneración. Esta apertura hacia la configuración múltiple de la estructura bilateral del contrato de trabajo, adquirirá continuidad a lo largo de todo el período dictatorial a través de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que se inclinó por ofrecer a través de su artículo 1 una noción de este que recogía en términos casi idénticos los términos de su precedente en lo que a esta cuestión se refiere. De allí pasará, en fin, ya bajo una nueva formulación y haciendo referencia exclusivamente al empleador, al texto del vigente Estatuto de los Trabajadores, aprobado en 1980, en cuyo artículo 1.2 se indica, dejando escaso margen para la duda, que deberán ser considerados empleadores o empresarios «*todas las personas*» físicas o jurídicas o comunidades de bienes, que «reciban» la prestación de servicios de un trabajador que reúna las condiciones exigidas por su artículo 1.1.

Este temprano y constante reconocimiento a nivel normativo de la figura del *empleador plural* <sup>(1)</sup> se ha visto respaldado, a su vez, por un buen número de pronunciamientos judiciales que, también desde etapas tempranas, han venido atribuyendo la titularidad de esa posición contractual de empleador de manera conjunta a dos o más sujetos, sean estos personas físicas o jurídicas, en aplicación de los preceptos antes referidos. Inicialmente solo en relación con los supuestos en que la misma había sido establecida contractualmente <sup>(2)</sup>. Y luego respecto de hipótesis en las que la misma se desprendía de la dinámica de la relación contractual y el desarrollo de la prestación de servicios <sup>(3)</sup>. Esta clase de decisiones cobrarán impulso en las últimas décadas del pasado siglo, marcadas por el auge de los grupos de empresas como fórmula preferente de cooperación interempresarial, apareciendo entonces ligada esencialmente a los supuestos de utilización conjunta de la prestación de uno o más trabajadores por todas o algunas de las empresas que los integran <sup>(4)</sup>. La emergencia de formas nuevas de colaboración entre empresarios, de carácter reticular antes que societario, determinará, ya en los últimos años, la consolidación de un corpus jurisprudencial que declara, en aplicación de la concepción abierta a la configuración plural del sujeto empleador contenida en el vigente precepto estatutario, la existencia de una posición patronal conjunta o compartida en cabeza de varios empresarios en una variedad de situaciones <sup>(5)</sup>.

Más allá de las características singulares de cada una de ellas, estas situaciones pueden ser agrupadas, en atención al fundamento que sirve de soporte a la atribución en común de la posición patronal, en torno a dos supuestos fundamentales, susceptibles de materializarse por igual tanto en el seno de los grupos como de las redes empresariales:

---

<sup>(1)</sup> Denominación cuyo uso se prefiere a la de *empresario plural*, más próxima a la tradición y el uso cotidiano, dada especificidad y mayor precisión conceptual del término *empleador*, cuando se trata de hacer alusión a la posición jurídica ocupada por la contraparte del trabajador dentro del contrato de trabajo.

<sup>(2)</sup> Así, especialmente las SSTS 5 de enero de 1968 (RJ 126) y de 12 de noviembre de 1974 (RJ 4050), en las que quedaba acreditado que los servicios del trabajador fueron contratados por más de un empresario.

<sup>(3)</sup> Vid. por ejemplo las SSTS de 5 de marzo de 1985 (RJ 1274) y 9 de julio de 1984 (RJ 4141).

<sup>(4)</sup> Vid. L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas*, Madrid 1986, 34 ss.; J. L. MONEREO PÉREZ, *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, in *Revista española de derecho del trabajo*, 1985, n. 21, 111-116; y J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, 2002, 210-213, en todos los casos con amplias referencias jurisprudenciales.

<sup>(5)</sup> Permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales*, in AA. VV., *Impacto laboral de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguinetti Raymond, J. Vivero Serrano, Granada 2018, 135-145.

· El primero y más característico de los dos es el que puede ser denominado de *empleador plural* <sup>(6)</sup> o *empleador conjunto*. Este se caracteriza por la utilización conjunta, alternativa o indistinta, en cualquier caso compartida, de los servicios de uno o más trabajadores por dos o más empresarios, por lo general integrados en uno de los dos tipos de conglomerados empresariales que han sido referidos. Situación de la cual descende de forma natural y necesaria el reconocimiento de todos ellos como empleadores de los trabajadores afectados.

· A su lado es preciso tener en cuenta, por tratarse de una hipótesis distinta aunque próxima, bien que menos frecuente, los supuestos que pueden ser calificados como generadores de situaciones a las que conviene más bien la denominación de *empleador complejo* o *empleador incompleto*. En estas, antes que una utilización en común con todas sus consecuencias de la prestación de trabajo, lo que se registra es un ejercicio compartido o incluso un reparto, que puede ser tanto convencional como de hecho, de los poderes inherentes a la condición de empleador entre los empresarios que participan en un determinado sistema de cooperación o lleva a cabo un proceso productivo global. El trabajador o los trabajadores, aún prestando sus servicios desde el punto de vista material para un empresario, se ven sujetos de tal forma al poder de varios o incluso, en ciertos casos, a una suerte de doble esfera de dirección y control, con arreglo a la cual, mientras uno adopta las decisiones generales relativas a la ordenación del trabajo, el otro conserva los poderes relacionados de manera inmediata con la gestión de las prestaciones concretas, siendo finalmente la dinámica global de la relación de trabajo el resultado de la interacción de las decisiones de ambos. Como es obvio, el elemento que opera como aglutinador dentro del polo patronal de todos los empresarios participantes no es otro que el ejercicio de potestades inherentes al mismo sobre uno o más trabajadores <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Se opta, de este modo, por atribuir a la noción de *empleador plural* un sentido doble: amplio, de un lado, referido a todas las situaciones de pluralidad subjetiva empresarial, y restringido, del otro, vinculado con este singular supuesto en el que todos los empresarios disfrutan en principio por igual de la prestación del trabajador. La primera referencia doctrinal a la noción la encontramos en J. LLUIS Y NAVAS, *Manual de Derecho Laboral*, Barcelona 1975, que en la p. 115 alude al “empresario plural” dándole un sentido similar al utilizado aquí. A nivel jurisprudencial, la STS de 11 de julio de 2012 (RJ 9305), califica la previsión contenida en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores como reconocedora de la posibilidad de la existencia de una “posición empresarial plural”.

<sup>(7)</sup> Para un amplio desarrollo de las características y el fundamento de ambos supuestos, se remite a W. SANGUINETI RAYMOND, *El empleador plural*, cit., *passim*. Fuera del espacio de aplicación del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores se sitúan, en cambio, como se apunta en las pp. 145-149, los supuestos que en este estudio reciben la denominación de *empleador mediato* o *empleador indirecto*, en los cuales se registra la influencia externa de un empresario sobre las decisiones de otro, sin reflejo en el ejercicio por parte del primero de poderes inherentes a la condición de empleador sobre los trabajadores del segundo. Una situación en buena medida insatisfactoria, al menos desde la perspectiva de la atribución

Ahora bien, admitido lo anterior la gran cuestión a dilucidar no es otra que la de la determinación del impacto que, sobre la estructura interna del contrato de trabajo y los poderes a él asociados, así como las responsabilidades que de él se derivan, posee la circunstancia de que la posición empresarial recaiga en ambos supuestos sobre más de un sujeto. Este es un asunto no regulado entre nosotros, en la medida en que el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores se conforma con reconocer la viabilidad de la figura, sin dar pistas sobre el régimen jurídico que debe serle atribuido. Lo mismo ocurre con los pronunciamientos judiciales que declaran su existencia en situaciones concretas, que no solo no llevan a cabo una reconstrucción sistemática de sus contornos, sino que tampoco contienen indicación alguna sobre las modalidades de desenvolvimiento de la relación de trabajo en estos casos o la manera como han de ser ejercidos los poderes empresariales <sup>(8)</sup>, esencialmente porque estos tienen en prácticamente todos los casos un carácter exclusivamente remedial <sup>(9)</sup>, en la medida en que han sido expedidos en un momento en el que la relación de trabajo de titularidad patronal compartida ha desplegado todos sus efectos y se ha extinguido. Las referencias en ellos incluidas guardan relación, por ello, casi de forma exclusiva, como se verá más adelante, con la determinación de la naturaleza de los créditos que mantienen los trabajadores afectados frente a los coempleadores.

La presencia de más de un empleador trae consigo, sin embargo, una evidente “complicación” de la relación de trabajo, que sigue teniendo un único deudor de la prestación de servicios y un único acreedor de la retribución (el trabajador), pero varios acreedores de esa prestación y varios deudores de su contrapartida económica (todos los empresarios que comparten la posición de empleador) <sup>(10)</sup>. De esta singular configuración del vínculo derivan delicados problemas jurídicos, a los que es preciso ofrecer respuesta si se desea asegurar un funcionamiento en clave fisiológica y no meramente remedial de la figura del

---

de la condición de empleador a quien decide los términos generales de la relación laboral, pero que resulta plenamente coherente con la concepción contractual de este sujeto recogida por la norma estatutaria. Y frente a la cual se propone la construcción de respuestas específicas basadas en la creación de posiciones empresariales de carácter instrumental a determinados efectos, de las cuales empiezan a registrarse ejemplos, tanto entre nosotros como en otros ordenamientos.

<sup>(8)</sup> Como apunta, respecto de la experiencia italiana, M. G. GRECO, *Reti di impresa, codatorialità e cessazione del rapporto di lavoro. Qualche considerazione sulla disciplina italiana*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 133 ss.

<sup>(9)</sup> En el sentido al que alude L. RATTI, *La codatorialità come rimedio: profili comparati e prospettiva nazionale*, in AA. VV., *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano 2015, 153.

<sup>(10)</sup> Como apunta V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 125, 61.

empleador plural, en consonancia con el uso que cabe esperar de esta dentro de una realidad empresarial en la que las fórmulas de cooperación entre organizaciones independientes para el desarrollo de procesos productivos globales o actividades de interés común son cada vez más frecuentes e intensas. Esto es algo que requiere centrar la atención, como podrá apreciar continuación, en el análisis de las respectivas posiciones de débito y crédito a las que se da lugar en estos casos <sup>(11)</sup>.

## **2. El recurso al expediente técnico de las obligaciones colectivas o subjetivamente complejas como punto inicial de referencia para la determinación de las consecuencias jurídicas de la atribución conjunta de la posición de empleador**

En ausencia de reglas específicas, el punto de partida para la determinación del régimen jurídico al que deben entenderse sometidas aquellas situaciones en las que una misma prestación de trabajo es utilizada para satisfacer un interés compartido de una pluralidad de empleadores <sup>(12)</sup> no puede ser otro que la determinación de la naturaleza jurídica de las posiciones de débito y crédito que de tal modo se generan, recurriendo para ello a las categorías generales propias del Derecho de Obligaciones. Una tarea que se ve facilitada por la presencia de la categoría, de origen doctrinal antes que normativo, de las denominadas *obligaciones colectivas* u *obligaciones subjetivamente complejas* <sup>(13)</sup>, caracterizadas por la concurrencia de tres presupuestos sustanciales o elementos delimitadores: a) pluralidad de sujetos acreedores o deudores, b) unidad de prestación (*eadem res debita*) y c) unidad de la causa, fuente o título generador de la obligación (*eadem causa obligandi*) <sup>(14)</sup>.

La categoría de las obligaciones subjetivamente complejas, entendida como cotitularidad cualificada de una posición de crédito y/o débito, resulta particularmente idónea para reconstruir la naturaleza de las obligaciones y derechos derivados de una relación de trabajo en régimen de cotitularidad de la posición patronal, en la medida en que todos sus elementos constitutivos se

---

<sup>(11)</sup> Nuevamente, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 61.

<sup>(12)</sup> Por utilizar la descripción del supuesto propuesta por O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità dell'era della flexicurity*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, n. 1, 44.

<sup>(13)</sup> Nociones que operan en este caso como sinónimas, como apunta L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 2008, II, 189.

<sup>(14)</sup> De obligada referencia son aquí los estudios de F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano 1974, *passim*, y *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX (1979), 329-353.

encuentran presentes en ella <sup>(15)</sup>. Comenzando por la pluralidad subjetiva, que deriva aquí de la presencia de más de un sujeto ocupando la posición de empleador, bien como resultado de la existencia de un acuerdo contractual, o bien por efecto de la dinámica de la relación de trabajo y el comportamiento de las partes, que evidencien un efectivo aprovechamiento o utilización en común de la prestación laboral, incluso en ausencia de un pacto en tal sentido. A lo que hay que añadir la evidente existencia de unidad de prestación, al no encontrarnos aquí en presencia de tantas prestaciones como acreedores o deudores, sino ante una única prestación de servicios a cargo de un único trabajador, que todos los empleadores tienen derecho a recibir. En tanto que, a su vez, las obligaciones frente al trabajador propias de la condición de empleador graban por igual a todos los sujetos que ocupan esa posición. Teniendo, por último, este haz de obligaciones y derechos un origen unitario, marcado por la constitución de una sola relación de trabajo subordinado con el mismo trabajador, por aplicación del principio de imputación de la condición de empleador al sujeto o los sujetos que utilizan efectivamente la prestación de trabajo, que se deduce de la redacción del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores <sup>(16)</sup>.

El que se acaba de apuntar es, de hecho, el camino seguido por la doctrina italiana, pionera en el estudio de la materia, para descifrar los efectos de la denominada *cotitolarità del rapporto di lavoro*, tanto en su versión tipificada legalmente como en aquella que se desprende de la conducta o el acuerdo entre las partes, incluso en ausencia de una norma habilitante <sup>(17)</sup>. En ambos casos, el encuadramiento de la figura dentro de la categoría de las obligaciones subjetivamente complejas, admitido de forma prácticamente unánime, opera como una referencia fundamental para la reconstrucción, a partir de las previsiones contenidas en el Código Civil italiano, de su régimen jurídico <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Así, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, Torino 2017, 206-207, cuyas observaciones sobre la configuración en estos casos de tales elementos, presentes en las pp. 207-207, se recogen en lo fundamental a continuación.

<sup>(16)</sup> V. W. SANGUINETI RAYMOND, *El empleador plural*, cit., 131. En la misma dirección, además de M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 209; O. RAZZOLINI, *Cotitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in WP "Massimo D'Antona" n. 89/2009, 25.

<sup>(17)</sup> Para una presentación y análisis de los dos supuestos de *codatorialità* previstos de forma expresa por el ordenamiento laboral italiano, ambos coincidentemente desprovistos de una regulación de sus efectos, vid. nuevamente M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 178-194.

<sup>(18)</sup> Vid., además de los autores citados en *supra* notas 10, 12, 15 y 16, M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in AA. VV., *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano 2015, 37; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano 1995, 278; M. MOCELLA, *Il regime di responsabilità per i crediti di lavoro*

Esta es, por supuesto, una reflexión de la cual no es posible prescindir aquí, donde el tema apenas ha merecido atención <sup>(19)</sup>. Aunque sus conclusiones no sean extrapolables de forma mecánica al caso español, debido al diferente tratamiento que, como habrá ocasión de destacar más adelante, merecen dentro de nuestro Código Civil esta clase de obligaciones.

Es importante poner de relieve, en cualquier caso, que tanto en Italia como en España, la problemática relativa a la determinación de los efectos de la titularidad patronal compartida del contrato de trabajo reviste una especial complejidad, incluso luego de efectuado su encuadramiento dentro del espacio de las obligaciones subjetivamente complejas, en la medida en que esta última es una categoría general que engloba varias especies o clases de obligaciones caracterizadas por la presencia de una pluralidad de deudores y/o acreedores <sup>(20)</sup>. Las cuales pueden, a su vez, organizar esa doble pluralidad con arreglo a hasta tres fórmulas de muy distinto contenido:

- La *parciaridad*, conde existe una fragmentación de los créditos y deudas en obligaciones independientes (*obligaciones parciarias*).

- La *mancomunidad*, en la que todos los sujetos son deudores o acreedores en común del crédito o la deuda, por lo que la prestación debida debe ser cumplida conjuntamente por todos los deudores y el crédito ha de ser exigido por todos los acreedores (*obligaciones mancomunadas*).

- La *solidaridad*, caracterizada porque cada uno esos sujetos es, por sí solo, acreedor o deudor de la totalidad del crédito o la deuda, de manera que cada uno de los deudores está obligado a realizar por sí solo la entera prestación debida o satisfacer de manera íntegra la deuda, en tanto que cada acreedor podrá exigir de forma individualizada la totalidad de la misma (*obligaciones solidarias*) <sup>(21)</sup>.

Es necesario, pues, definir cuál es la singular naturaleza jurídica – parciaria, mancomunada o solidaria– de las obligaciones que se generan cada vez que se da origen a un contrato de trabajo con pluralidad del lado empresarial. Teniendo en cuenta que esa complejidad subjetiva no afecta aquí solamente a su *lado pasivo*, relativo a las obligaciones comunes que asumen los empresarios que

---

*nelle reti d'impresе*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 149 ss; L. NOGLER, *Gruppo di impresе e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, n. 2, 310; L. RATTI, *Funzioni e limiti della codatorialità nei gruppi di impresе*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 119 ss.; y E. VILLA, *La codatorialità nell'ordinamento italiano: ipotesi ricostruttive*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 103 ss.

<sup>(19)</sup> La única excepción está representada por el estudio de los supuestos de cotitularidad del contrato de trabajo susceptibles de producirse en el seno de los grupos de empresas realizado por J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 215-226.

<sup>(20)</sup> M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 195.

<sup>(21)</sup> Vid. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., especialmente 198.

actúan como coempleadores de un trabajador, sino también –y de manera particularmente relevante, dados los delicados problemas que está en condiciones de plantear– a su *lado activo*, que se vincula con la titularidad compartida del ejercicio frente al trabajador de los poderes empresariales (directivo, de control y disciplinario) por parte de esos mismos sujetos <sup>(22)</sup>. Situaciones estas que, dada su singularidad y especial complejidad, corresponde examinar por separado <sup>(23)</sup>, como se hará en las páginas que siguen.

### 3. Caracterización jurídica de la posición conjunta de débito de los coempleadores frente al trabajador

De la configuración de una situación de titularidad compartida de la posición de empleador en el seno del contrato de trabajo deriva la constitución de quienes la ocupan en una *posición pasiva de débito* compartida frente al trabajador por las obligaciones emanadas del mismo. Esta posición, sin embargo, es susceptible de dar lugar a consecuencias muy distintas en función de la naturaleza que pueda atribuírsele de acuerdo con las previsiones contenidas en la legislación civil. Así, si se le reconoce carácter *parciario*, la misma se dividirá en tantas deudas como deudores existan, cada de ellas una distinta y exigible de forma independiente. En cambio, si se la considera de naturaleza *mancomunada*, el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento al conjunto de los deudores y estos solo podrán liberarse ejecutando la prestación también de forma conjunta. Mientras que, en caso de que corresponda conferirle la condición de *solidaria*, cada uno de los deudores tendrá por sí solo el deber de cumplir íntegramente con la prestación, pudiendo por tanto el acreedor reclamar el cumplimiento íntegro a cualquiera de ellos o a todos conjuntamente, liberando el pago realizado por uno tanto a sí mismo como a los demás <sup>(24)</sup>.

De lo que se acaba de indicar se desprende que la solidaridad constituye, de las tres opciones posibles, la que de forma más rotunda contribuye a reforzar el crédito del acreedor. Y también aquella que más facilidades ofrece a este para su cobro. Su imposición, sin embargo, solo tiene sentido cuando entre los deudores exista una conexión lo suficientemente estrecha o intensa como para justificar un haz de consecuencias como el descrito.

Hechas estas consideraciones, procede pasar a interrogarse por la naturaleza que cabe atribuir a la posición conjunta de débito que ostentan los coempleadores frente al trabajador en casos como los que se viene examinando.

---

<sup>(22)</sup> Nuevamente, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 128.

<sup>(23)</sup> Como recomienda V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 64.

<sup>(24)</sup> Para una amplia descripción de los efectos de estas tres formas típicas de pluralidad de deudores, sintéticamente presentados en este párrafo, vid. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 229-266.

Esta es una cuestión que no plantea duda alguna en el caso italiano, al disponer el artículo 1294 del Código Civil del país alpino que la solidaridad de los codeudores se presume, “si de la ley o del título no resulta otra cosa”. Esto supone que en Italia la solidaridad pasiva de los coempleadores constituye el efecto típico, inmediato y automático de la conformación de una situación de cotitularidad patronal del contrato de trabajo <sup>(25)</sup>, por así haberlo decidido con carácter general para los supuestos de pluralidad de deudores el legislador civil, seguramente con el fin de ofrecer en estos casos una garantía más intensa a los créditos <sup>(26)</sup>.

Las cosas no son tan sencillas en España, al partir nuestro Código Civil precisamente de una presunción de sentido contrario a la recién apuntada. Así se desprende del texto del artículo 1137 del mismo, en la medida en que el este, luego de indicar que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho de pedir, ni cada uno de estos deba prestar, íntegramente las cosas objeto de la misma, señala que «solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». A lo que apostilla a continuación el artículo 1138 que «si del texto de las obligaciones» a las que se acaba de hacer referencia «no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como alrededores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

A través de ambos preceptos la legislación civil española adopta como punto de partida del tratamiento de la pluralidad de deudores, lo mismo que de la pluralidad de acreedores, “una regla o principio de no presunción de la solidaridad”, al que sustituye por una regla o principio de signo opuesto, de “presunción de fragmentación de la obligación”, que opera siempre que esta sea divisible <sup>(27)</sup>. La *parciaridad* constituye, de este modo, la regla, en tanto que la solidaridad y la mancomunidad operan en vía de excepción. La razón de ser de esta decisión se encuentra en la adopción de un criterio de favor del deudor, para el que el régimen de esta clase de obligaciones conlleva menores cargas <sup>(28)</sup>, al permitir a cada uno de los sujetos que se sitúan en esa posición pagar por separado la parte de la obligación que le corresponde, que constituye una deuda distinta e independiente, sin que se le pueda exigir la que recae sobre los demás. Una solución diametralmente opuesta a la que se aplica tratándose de la solidaridad, promovida por el legislador italiano, que introduce un régimen

---

<sup>(25)</sup> Como apunta O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto*, cit., 26 y 31.

<sup>(26)</sup> De hecho, partiendo de esta previsión la doctrina italiana asimila de forma unánime la pluralidad subjetiva patronal a la solidaridad, como puede comprobarse revisando los textos de todos los autores referidos en *supra* nota 18 y concordantes.

<sup>(27)</sup> Conforme destaca L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 199 y 203, respectivamente.

<sup>(28)</sup> Nuevamente, L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 199.

particularmente oneroso para el deudor, que se encuentra obligado a satisfacer de forma individual el crédito en su totalidad.

Como no es difícil de advertir, la atribución de carácter parciario a la posición de débito asumida por quienes actúan como coempleadores, en aplicación de las reglas que se acaba de presentar, terminaría por convertir la cotitularidad patronal del contrato de trabajo en una figura impracticable y además peligrosa, dada la muy limitada tutela que de tal forma se terminaría por reconocer a la correlativa posición de crédito del trabajador. Téngase presente, por hacer alusión aquí solo a la obligación retributiva, que constituye el principal – aunque no el único– contenido de la posición deudora común que se genera en estos casos, que el reconocimiento de su naturaleza parciaria determinaría que deba entenderse dividida en tantas deudas salariales de igual importe como coempleadores existan, que cada uno estará obligado a abonar por separado, sin que pueda exigírsele el pago de la porción de demás, debiendo por tanto el trabajador reclamar individualmente a cada uno la parte que le corresponde.

Seguramente con la vista puesta en tan negativos efectos, nuestra jurisprudencia no ha dudado en descartar desde un inicio la aplicación de esta solución a las situaciones que vienen siendo examinadas, pese a la existencia de una expresa previsión en tal sentido en nuestro Código Civil. Frente a ello, los pronunciamientos de los tribunales se han inclinado de forma unánime por atribuir a la posición de débito de quienes comparten la posición de empleador aquella naturaleza que mayores garantías ofrece al trabajador-acreedor. No otra, por supuesto, que la de una deuda *solidaria* <sup>(29)</sup>. Algo similar ha ocurrido con la doctrina, que desde sus primeras manifestaciones, ha optado también por esta solución <sup>(30)</sup>.

¿Cuál sería el fundamento de tan llamativa coincidencia a la hora de inaplicar la no presunción de solidaridad impuesta por nuestra legislación civil, pese a la inexistencia de una norma que la prevea expresamente, como viene exigido por aquella? Este no puede estar representado por la aplicación de la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica de los contratantes, ya que en estos casos nos encontramos ante negocios lícitos, en los que no existe, ni fraude, ni abuso de la misma <sup>(31)</sup>. Pero tampoco por la aplicación, ni siquiera analógica, de lo dispuesto por los artículos 42, 43 y 44 del

---

<sup>(29)</sup> Este criterio tiene su punto de arranque en la STS de 5 de enero de 1968 (A. 126) y se mantiene inalterado desde entonces. Ello permitirá, por ejemplo, a las STS de 5 de marzo y 17 de julio (RJ 1274 y 3797, respectivamente), indicar de forma coincidente que «la pluralidad de empleadores implica siempre, en relación con los trabajadores, responsabilidad solidaria».

<sup>(30)</sup> Vid. M. ALONSO GARCÍA, *El sujeto acreedor de trabajo*, in *Revista jurídica de Cataluña*, 1961, 27-28; y J. LLUIS Y NAVAS, *Manual de Derecho Laboral*, cit., 115.

<sup>(31)</sup> J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 220.

Estatuto de los Trabajadores <sup>(32)</sup>, que regulan supuestos de fianza solidaria por obligaciones salariales ajenas, y no de responsabilidad solidaria por deudas propias, como ocurre en este caso <sup>(33)</sup>.

La respuesta se encuentra, sin lugar a dudas, en la naturaleza del negocio a través del cual varios empresarios comparten posición de empleador frente a un mismo trabajador y con relación a una única prestación de trabajo. En casos como estos, solidaridad deriva de forma natural y automática del interés que impulsa a esa pluralidad de empresarios a obligarse conjuntamente. Un interés que radica, como es fácil de deducir, en la obtención del provecho o ventaja derivados «de la gestión y utilización directa y conjunta de una prestación de trabajo subordinado, en vista de un objetivo común» <sup>(34)</sup>. Y que se materializa a través del aprovechamiento compartido y en beneficio común de la prestación del trabajador. La solidaridad constituye, desde esta perspectiva, «una consecuencia que descende necesariamente de la asunción de la posición de empleador» por los distintos sujetos que la comparten <sup>(35)</sup>, sin necesidad de una expresa previsión legal <sup>(36)</sup>. Así lo entiende, de hecho, nuestra jurisprudencia, que hace descender el carácter solidario a la posición de débito de los empleadores del desarrollo simultáneo, indistinto o conjunto de la prestación de servicios en su provecho o el ejercicio compartido de los poderes empresariales, que convierte a todos ellos en receptores por igual de la prestación laboral <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Así, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales*, in *Relaciones laborales*, 1989, II, 7 de la versión digital del texto, deduciendo a partir de estos tres preceptos que la solidaridad constituye «el criterio general de aplicación» dentro de nuestro ordenamiento laboral «para determinar el régimen jurídico de la responsabilidad conjunta» de varios empresarios.

<sup>(33)</sup> Conforme destaca J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 221. Como apunta V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 64, respecto de previsiones de sentido coincidente presentes en el ordenamiento italiano, esta clase de supuestos parten del presupuesto de que el obligado solidariamente es extraño a la relación de trabajo, cosa que no ocurre en nuestro caso. Sobre la diferencia entre solidaridad y fianza solidaria, vid. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 238.

<sup>(34)</sup> M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 214.

<sup>(35)</sup> En palabras de R. ROMELI, *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in AA. VV., *L'idea di diritto del lavoro oggi: in ricordo di Giorgio Ghezzi*, a cura di A. Perulli, Padova 2016, 520.

<sup>(36)</sup> Otra vez, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 128.

<sup>(37)</sup> Especialmente expresiva de ello es, por ejemplo, la STS de 7 de diciembre de 1987 (RJ 88451), en la que se afirma que «habiendo trabajado indistintamente el actor para las empresas demandadas (...) es claro que la presunción de la relación laboral ha de jugar para todos y cada uno de ellos, y de ahí nace la solidaridad pasiva, existiendo una obligación plural con deudores solidarios». A nivel de la doctrina de suplicación puede ser citada la STSJ de Madrid de 10 de junio de 2003 (AS 3624), que indica que, en los casos en que los trabajadores «presten sus servicios de forma indiferenciada, simultánea o

Estas decisiones guardan coherencia con la jurisprudencia que, en el ámbito civil, ha venido llevando a cabo de forma paralela una progresiva erosión de la presunción contraria a la solidaridad presente en el artículo 1137 del Código Civil, cuyo resultado ha sido la aceptación de que esta no solo puede derivarse del mandato del legislador o la previsión expresa de los contratantes, sino también de la función económico-social del negocio y la existencia de una comunidad de objetivos entre las prestaciones y una interna conexión entre ellas<sup>(38)</sup>, como ocurre en los casos que vienen siendo examinados.

Dado su fundamento, la que se acaba de indicar es una responsabilidad de carácter solidario que alcanza por igual a todas y cada una de las obligaciones laborales, de Seguridad Social o de cualquier otra índole que correspondan al sujeto empleador. Incluyendo las relativas a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores<sup>(39)</sup>. Y sin que pueda excluirse de ella, por ejemplo, la responsabilidad por las consecuencias, económicas o de otro tipo, derivadas del despido<sup>(40)</sup>. Esta opera, por lo demás, con los efectos propios de esta clase de

---

sucesivamente» para varias empresas, «la solidaridad nace igualmente del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al constituirse todas las empresas en receptoras de la prestación laboral».

<sup>(38)</sup> Vid., con importantes referencias jurisprudenciales, L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 202-203.

<sup>(39)</sup> Así, entre nosotros, J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 221, atribuyéndole, en función de ello, carácter “global”. En la doctrina italiana subrayan igualmente este carácter omnicomprendido del supuesto, con alusión expresa en la mayor parte de los casos a la obligación de seguridad, M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 37; M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 211; y O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto*, cit., 32.

<sup>(40)</sup> Respecto de la aplicación de la solidaridad pasiva a las primeras, vid. V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 69. La atribución de carácter solidario a la obligación de readmitir al trabajador tras el despido ha sido puesta en duda por J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 224-225, destacando la existencia de pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo sobre el particular y su incompatibilidad con la ejecución separada de la misma por cualquiera de los empresarios que de tal forma se haría posible. A pesar de ello, en la doctrina de suplicación existen no pocos pronunciamientos que condenan solidariamente a todos los empleadores a readmitir o indemnizar al trabajador afectado por un despido improcedente. O incluso solo a readmitirlo, cuando este ha merecido la calificación de nulo. Pueden verse, a título de ejemplo, las SSTSJ de Galicia de 9 de octubre de 2000 (AS 2923) y 19 de noviembre de 2004 (AS 3791); de las Islas Canarias de 2 de marzo de 2005 (AS 1015); y de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2013 (JUR 295460). Lo que ocurre en estos casos es que la singular naturaleza de la obligación de readmitir, sobre la que llama la atención el autor recién citado, p. 224, conduce a entenderla satisfecha únicamente cuando se produce una reintegración plena del trabajador en la misma posición contractual que ocupaba con anterioridad. Lo cual es incompatible con su ejecución separada por cualquiera de los empleadores. Y exige, por tanto, la

obligaciones: cada uno de los coempleadores tiene el deber de cumplir íntegramente con la prestación o abonar íntegramente el crédito del que se trate, de manera que el trabajador podrá reclamarlos en su totalidad, tanto a cualquiera como a todos, teniendo el pago realizado por uno efecto liberatorio sobre los demás, sin perjuicio de su derecho de exigirles con posterioridad la parte que les corresponde, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1145 del Código Civil<sup>(41)</sup>.

Los que se acaban de apuntar son, ha de indicarse para concluir, efectos no disponibles para las partes del contrato de trabajo, al derivarse de la naturaleza del negocio, teniendo además buena parte de ellos base constitucional<sup>(42)</sup>. Cualquier pacto, tanto con el trabajador como entre empresarios, que niegue el carácter solidario de la posición de los coempleadores o alguno de sus efectos, carecerá pues de validez.

#### **4. Caracterización jurídica de la posición conjunta de crédito de los coempleadores frente al trabajador**

En los supuestos de cotitularidad patronal del contrato de trabajo, la posición pasiva de débito compartida por los empresarios tiene su correlato en la conformación de una también común *posición activa de crédito* de estos frente al trabajador por la prestación de servicios debida y las obligaciones anejas a ella. Naturalmente, también en este caso es preciso dilucidar, a falta de previsiones legales específicas, qué naturaleza jurídica ha de atribuirse a esta posición, ya que de ello derivará una muy diversa distribución de facultades entre los empresarios-acreedores, con efectos inmediatos y de gran calado sobre la manera de operar de la relación de trabajo. Y es que, igualmente aquí, si se le atribuye carácter *parciario*, el derecho a la prestación deberá entenderse descompuesto o fragmentado en créditos independientes, cada uno de ellos vinculado a una parte de la prestación inicial, los cuales podrán ser ejercidos de forma autónoma por los acreedores. Todos los empleadores podrán ejercer, así, los derechos que como tales ostentan sobre la prestación de servicios del trabajador – y en particular el poder de dirección – separadamente, pero única y exclusivamente respecto de una porción de la misma. En cambio, de reconocerle naturaleza *mancomunada*, nos situaríamos delante de un derecho de crédito que, perteneciendo por igual a

---

participación de todos aquellos cuyo concurso sea necesario, bien que en los términos que sean precisos en cada caso para dar lugar a ese resultado.

(41) A nivel doctrinal, hace alusión expresa a la posibilidad de esta acción de regreso *pro cuota* entre empleadores, E. VILLA, *La codatorialità nell'ordinamento*, cit.

(42) Conforme destaca M. G. GRECO, *Reti di impresa*, cit. La referencia constitucional se vincula en este caso con la atribución a cada empleador de la posición de sujeto pasivo respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, tanto de titularidad individual como colectiva, que derivan de la posición de trabajador en el marco de un contrato de trabajo.

una comunidad de acreedores, habrá de ser ejercido conjuntamente por todos en relación con el conjunto de la prestación. Todos los empleadores deberán, en consecuencia, adoptar de consuno y sobre la entera prestación de servicios del trabajador los actos a través de los cuales se expresa el poder de dirección, exactamente al contrario de lo que ocurre en la hipótesis anterior. Mientras que, de conferirle naturaleza *solidaria*, cada uno de los acreedores, actuando individualmente, se encontrará facultado para exigir y recibir del deudor la totalidad de la prestación debida, en tanto que este, cumpliendo en relación con un solo acreedor, podrá liberarse por entero de la obligación. Lo cual es, en nuestro caso, tanto como establecer que el ejercicio del poder de dirección por uno de los empresarios participantes en la relación de trabajo obliga al trabajador de la misma manera que si dicho poder hubiera sido ejercido por todos, a la vez que el cumplimiento de lo dispuesto por él lo liberará enteramente frente al conjunto <sup>(43)</sup>.

¿Cómo caracterizar el supuesto en el que varios empleadores son acreedores de una única prestación de servicios de un único trabajador? De la respuesta que se ofrezca a esta pregunta depende, como se acaba de ver, la determinación de *quién* o *quiénes* están legitimados para exigir el cumplimiento de la prestación laboral <sup>(44)</sup>, ejerciendo los poderes de dirección, organización y control que corresponden al empleador de acuerdo con los artículos 20 y 58 del Estatuto de los Trabajadores.

Un primer paso para avanzar en la construcción de la respuesta a esta decisiva pregunta está representado por la determinación de la naturaleza *objetivamente indivisible* de la prestación de servicios debida por el trabajador. Como se ha indicado, «resulta materialmente imposible que el trabajador cumpla con su obligación ejecutando la misma prestación de trabajo de modo parcial en provecho de distintos empleadores-acreedores en una específica unidad de tiempo» <sup>(45)</sup>. Esta es una consideración que tiene consecuencias decisivas en el caso italiano, en la medida en que, si bien la presunción de solidaridad

---

<sup>(43)</sup> Una amplia presentación de los efectos diferenciados de estas tres formas típicas de la pluralidad de acreedores, sintéticamente expuestos aquí, en L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 209-217.

<sup>(44)</sup> Conforme destaca J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 215.

<sup>(45)</sup> M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 39. Vid. también, en la misma dirección, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 211; y V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 65. No es obstáculo para esta caracterización el hecho de que el artículo 1151 de nuestro Código Civil indique que «las obligaciones de hacer serán divisibles», entre otros supuestos, «cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo». Como apunta el segundo de los autores citados, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 65, si bien la obligación de prestar servicios es indivisible «sobre el aspecto cualitativo», puede serlo *ratione temporis*, en la medida en que, aunque «la energía de trabajo es de por sí inseparable» en lo que atiene a su «estructura interna», cabe su fraccionamiento «en relación con el tiempo de ejecución».

establecida por el artículo 1294 del Código Civil de este país se aplica a la pluralidad de deudores y no de acreedores, el artículo 1317 del mismo dispone que «las obligaciones indivisibles se regulan por las normas relativas a las obligaciones solidarias». Trasladado al ámbito del contrato de trabajo, esto supone que los empresarios que comparten la titularidad de la posición patronal son acreedores solidarios de la prestación de servicios del trabajador, por lo que cualquiera de ellos podrá pretender la entera ejecución del trabajo <sup>(46)</sup>. Y que la prestación desarrollada en provecho de uno y siguiendo sus directrices libera al trabajador respecto de todos <sup>(47)</sup>. En nuestro caso, el establecimiento del carácter indivisible de la obligación de prestar servicios tiene un efecto más modesto, pero ni mucho menos irrelevante, toda vez que conduce a descartar la aplicación de la presunción de parciaridad prevista tanto para los supuestos de pluralidad de deudores como de acreedores por el artículo 1138 del Código Civil. La divisibilidad constituye, como destaca con especial énfasis la doctrina, un presupuesto necesario de la parciaridad, en la medida en que esta solo puede originarse cuando, «conforme a su naturaleza, la prestación es divisible y puede fragmentarse sin pérdida de su valor y de su utilidad» <sup>(48)</sup>. Cosa que no ocurre, como acabamos de ver, en el supuesto que nos ocupa. Las opciones se limitan aquí, así pues, a la mancomunidad y la solidaridad.

Dicho esto, la cuestión puede ser reconducida a la siguiente pregunta: ¿cómo debe organizarse la exigencia de la prestación laboral para que esta se encuentre en condiciones de satisfacer el interés económico y organizativo común que determina la existencia de una única relación jurídica en estos casos<sup>(49)</sup>?

Dada la existencia en estos casos de una posición de crédito compartida, podría pensarse que la mancomunidad, que exige una actuación conjunta y en provecho de todos los empleadores, estaría en condiciones de atender de forma plena ese interés. No debe perderse de vista, sin embargo, que de la cotitularidad de una posición de crédito, lo mismo que de una de débito, no descende de forma necesaria la exigencia de que sus titulares actúen conjuntamente, como de hecho hemos podido comprobar en las páginas precedentes. Antes bien, constituye un principio esencial del funcionamiento de esta clase de obligaciones, sobre el que llama la atención la doctrina dedicada a su estudio, aquel que reconoce que la actividad de los cotitulares del crédito o la deuda, tanto si es ejercitada singularmente como de forma colectiva, constituye por igual un

---

<sup>(46)</sup> Otra vez V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 65.

<sup>(47)</sup> M. V. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 211.

<sup>(48)</sup> Dicho con palabras de L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 210.

<sup>(49)</sup> De acuerdo con la formulación propuesta por J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 215.

instrumento idóneo para la realización del interés común <sup>(50)</sup>. Es más, la exigencia de un ejercicio conjunto o simultáneo de los poderes empresariales, como correspondería de adoptarse dicha calificación, en vez de facilitar la puesta en práctica de la relación de trabajo de titularidad compartida, posibilitando la satisfacción del interés común que a ella subyace, terminaría por hacerla inactuante desde el punto de vista práctico <sup>(51)</sup>. En realidad, la solución a aplicar en estos casos no difiere de la postulada para la cotitularidad de la posición pasiva de débito de los empleadores. Y es que la *solidaridad*, a través de la cual se permite el ejercicio del poder de dirección por cualquiera de los empleadores, bien que con el límite de la persecución del interés común <sup>(52)</sup>, no solo constituye la única fórmula capaz de hacer posible el funcionamiento cotidiano de la relación de trabajo en casos como estos <sup>(53)</sup>, sino que es aquella que de manera más clara se adapta a la naturaleza del interés que justifica su constitución – que, como se ha dejado dicho, radica en la obtención del provecho o ventaja derivados de la gestión y utilización en común de un prestación de trabajo a los efectos de satisfacer un objetivo compartido – y los estrechos vínculos que, como consecuencia de ello, existen entre las partes. De allí que la doctrina considere que la atribución de las facultades de organización y dirección por igual a todos los coempleadores constituye «una consecuencia necesaria» de su ubicación en esa posición jurídica <sup>(54)</sup>.

Lo anterior supone que los poderes asociados a la posición jurídica de empleador recaen en estos casos sobre todos los sujetos que la ocupan, que podrán ejercerlos tanto de manera conjunta como individualizadamente, aunque siempre con efectos para todos <sup>(55)</sup>. Mientras que el cumplimiento de las

---

<sup>(50)</sup> Es obligada aquí la remisión a F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 193.

<sup>(51)</sup> O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto*, cit., 33. En el mismo sentido, C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *As perplexidades suscitadas pela regulamentação positiva de uma figura não inovadora: o contrato de trabalho celebrado com pluralidade de empregadores*, in *Prontuario de direito do trabalho*, 2010, n. 87, 80.

<sup>(52)</sup> Sobre el que llama la atención M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 223.

<sup>(53)</sup> Conforme destaca C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *As perplexidades*, cit., 78.

<sup>(54)</sup> Así, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 66-67. Entre nosotros, J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., postula una solución semejante para los supuestos en que la cotitularidad del contrato de trabajo haya sido pactada contractualmente, aunque haciendo referencia a la existencia de una “obligación subjetivamente colectiva” en vez de solidaria.

<sup>(55)</sup> En contra, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 68, para quien «los poderes atribuidos a los acreedores solidarios deben ser ejercidos conjuntamente cada vez que puedan producir efectos desfavorables frente a los demás acreedores. Mientras que, cuando su ejercicio determina consecuencias positivas, estos pueden ser actuados también singularmente». La observación parece tener relación con el criterio al que se hace referencia en *infra* nota 61.

directrices emanadas tanto de todos como de uno de los empleadores, tendrá también efectos liberatorios frente al conjunto. Sin que pueda exigirse al trabajador su repetición o duplicación <sup>(56)</sup>. Todo ello, por supuesto, siempre que el ejercicio de esos poderes por uno o por todos los empleadores, lo mismo que la realización de la prestación en beneficio de uno o de todos ellos, se encuadren dentro del objeto de la relación contractual y sean aptos para satisfacer el interés común que justifica su constitución. El ejercicio individualizado de las potestades empresariales no resultará aceptable, en consecuencia, si no responde a ese interés. De la misma manera que tampoco lo será una ejecución de la prestación de servicios en provecho de uno de los empleadores que se sitúe fuera de dicho objeto o no atienda al propósito compartido que se encuentra en la base de su exigencia. Como consecuencia de esto último, aunque el cumplimiento por el trabajador sea único, tanto si se lleva a cabo en términos materiales respecto de uno como de todos los empleadores, la diligencia que le es exigible de acuerdo con los artículos 5.a y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores ha de ser valorada en relación con los intereses del conjunto <sup>(57)</sup>. Algo similar ocurrirá con el deber de realización de la prestación conforme a las reglas de la buena fe previsto por el primero de los preceptos citados –y, dentro de él, la prohibición de concurrencia desleal establecida por su artículo 21.1– que adquieren de tal forma una proyección igualmente general <sup>(58)</sup>. La prestación es así única, pero los deberes asociados a su cumplimiento se multiplican.

La admisión de la existencia de un poder directivo «repartido por entero y no parcialmente» entre los empleadores <sup>(59)</sup> determina, como se acaba de ver, que los efectos de su ejercicio por cualquiera de ellos afecten de forma global a la relación y sean eficaces frente a todos <sup>(60)</sup>. Esta es una conclusión que no se ve

---

<sup>(56)</sup> Conforme apostilla V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 70.

<sup>(57)</sup> Nuevamente, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 70

<sup>(58)</sup> Vid. complementariamente, J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 229; y M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 224. Este criterio es aplicado, aunque sin toda la claridad que sería deseable, a un supuesto en el que se produjo una prestación de servicios indiferenciada en beneficio de empresas pertenecientes a un mismo grupo, por la STS de 8 de junio de 1988 (RJ 5251).

<sup>(59)</sup> Dicho con palabras de M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 217.

<sup>(60)</sup> Es partiendo de esta premisa que debe ser contemplada la posibilidad de un ejercicio no armónico del poder de dirección por parte de los distintos empleadores, expresada a través de la emisión de órdenes contradictorias. Para hacer frente a estas situaciones V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 67, propone la adopción de un criterio de “prioridad temporal”, de acuerdo con el cual el trabajador se encontrará obligado a observar aquellas que sean impartidas en primer lugar, pudiendo desobedecer las siguientes de sentido opuesto sin ser sancionado disciplinariamente por ello. Aunque añadiendo a continuación, de forma no del todo coincidente con lo anterior, salvo que venga referido a un ejercicio contrastante simultáneo, que el conflicto entre poderes empresariales existente determinaría su “neutralización recíproca”, por lo que el trabajador podrá

alterada ni siquiera tratándose de los actos de carácter modificativo o extintivo regulados por los artículos 39, 41 o 51 a 57 del Estatuto de los Trabajadores. Una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o un despido –sea este disciplinario, por causas objetivas o colectivo– decididos exclusivamente por uno de los coempleadores está en condiciones, pues, de dar lugar a su modificación o extinción. Sin que se precise para ello la voluntad concurrente de los demás. Siendo la relación única y teniendo por objeto una prestación de servicios también única, el ejercicio de esas potestades por uno de los sujetos legitimados para ello está en condiciones de producir plenos efectos sobre la misma <sup>(61)</sup>. Es cierto que esta conclusión se opone al principio general, postulado para las obligaciones subjetivamente complejas por la doctrina, que exige un ejercicio colectivo – en vez de individual – del derecho subjetivo cuando se trate de decisiones que afecten directamente a la vida de este <sup>(62)</sup>. Sin embargo, es objeto de expresa recepción por nuestra legislación civil, aplicable a estas situaciones a falta de norma laboral específica, como se ha indicado. En concreto, a través del artículo 1143 del Código Civil, de acuerdo con el cual «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los

---

suspender su prestación y esperar a que las órdenes se tornen coherentes. Con buen criterio, sin embargo, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 231, observa que el planteamiento termina siendo inadecuado en la medida en que, dado que la prestación de trabajo se desarrolla a lo largo del tiempo, puede ser necesaria su modificación mediante la asignación de nuevas tareas o la imposición de órdenes de diverso contenido al trabajador. De operar el criterio temporal, pues, debería hacerlo, en todo caso, en sentido inverso al propuesto. Teniendo, por tanto, cada orden validez hasta que sea modificada por otra posterior. Como, por lo demás, corresponde a la naturaleza solidaria de la posición de crédito asumida por los coempleadores. Es importante indicar, de todas formas, que, aparte de ser esta una situación de no fácil configuración en una relación dentro de la cual los acreedores persiguen un interés común y se encuentran vinculados por lazos de particular intensidad, el criterio de la necesaria vinculación de las órdenes a la satisfacción de ese interés y la exigencia de que estas respeten el objeto del contrato y la prestación debida por el trabajador, a los que se ha hecho alusión, ha de operar como un primer y muy relevante filtro para la valoración de las órdenes contrastantes, no generando deber de obediencia las que no se atengan a él. Este es un problema que puede ser evitado, como se verá más adelante, a través de la adopción de acuerdos entre los empleadores que regulen la competencia y las modalidades de ejercicio del poder de dirección, encargándolo exclusivamente a uno o distribuyéndolo entre varios en función de las prerrogativas de las que se trate. Vid., en este sentido, el texto referido en *infra* nota 72.

<sup>(61)</sup> Vid. especialmente M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 41. También, siguiendo lo apuntado por esta autora, M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 217. En contra, J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo*, cit., 220, para quien «el poder disciplinario debe entenderse ejercitado mancomunadamente (‘en mano común’) o en unidad de acto por la totalidad de los coempleadores».

<sup>(62)</sup> Vid. F. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 193.

acreedores solidarios (...) extinguen la obligación». Lo cual supone que, con carácter general, «los actos dispositivos, modificativos o extintivos del derecho de crédito pueden ser realizados por cualquiera de los acreedores con plena eficacia tanto frente al deudor como respecto de los demás acreedores» <sup>(63)</sup>. De hecho, nuestra jurisprudencia parte de esta premisa a la hora de abordar los supuestos de extinción del contrato de trabajo con una pluralidad de empleadores <sup>(64)</sup>.

No debe olvidarse, con todo, que el ejercicio de los poderes empresariales, incluyendo entre ellos los relativos a la modificación y extinción de la relación, deberán tener en cuenta siempre – es decir, tanto si tiene su origen en la actuación individual de uno de los coempleadores como si procede de una decisión de todos– la realización del interés común, como se ha señalado antes <sup>(65)</sup>. Como consecuencia de ello, la pluralidad empresarial, no solamente subjetiva sino también organizativa, se proyecta sobre los requisitos y condiciones de aplicación de todas las instituciones del ordenamiento laboral. Debiendo, por tanto, actuar el conjunto de los empleadores y la entera organización dentro de la cual se desenvuelve la relación de trabajo como el espacio de referencia o parámetro, tanto para la individualización del régimen de jurídico aplicable en cada caso, como para la valoración de la legitimidad de las decisiones adoptadas con arreglo a este <sup>(66)</sup>.

Los efectos de esta ampliación del prisma desde el que debe ser contemplada la aplicación de las normas e instituciones jurídico-laborales, y a través de ellas los derechos y obligaciones de las partes de la relación contractual plural, son ambivalentes. Así, por lo que a la responsabilidad disciplinaria se refiere, la misma determina que los comportamientos del trabajador deban ser valorados en relación con todos los empleadores y no solo con el que pueda

---

<sup>(63)</sup> Así, L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho*, cit., 219. Especial atención merece aquí el análisis, que realiza este autor en las pp. 217-219, de los alcances del poder de disposición del crédito solidario por parte de los acreedores de esta naturaleza. Y en particular la conclusión a la que arriba en torno a la difícil conciliación entre lo dispuesto por el precepto antes citado y el artículo 1141, que circunscribe el poder de disposición de «cada uno de los deudores solidarios» solo «a lo que sea útil a los demás, pero no a lo que les sea perjudicial».

<sup>(64)</sup> Los pronunciamientos judiciales vinculados con supuestos de extinción del contrato de trabajo producidos en el seno de relaciones respecto de las cuales han podido establecer la existencia de una posición empresarial plural no cuestionan la validez de la extinción decidida por uno de los empleadores, ni su efecto sobre los demás, limitándose a declarar la responsabilidad solidaria de todos por las consecuencias del despido. Pueden verse como muestra de ello los supuestos examinados por las SSTs de 7 de diciembre de 1987 (RJ 8851) y 4 de febrero de 2015 (RJ 650). Así como por las SSTSJ de Madrid de 10 de octubre de 2004 (JUR 299934) y 2 de marzo de 2005 (AS 1015).

<sup>(65)</sup> En la misma dirección, vid. M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 41.

<sup>(66)</sup> Como apunta con agudeza M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 41.

recibir de forma individual la prestación, de ser el caso <sup>(67)</sup>. Sin embargo, a la vez, supone que todos los empleadores y sus respectivas organizaciones deben ser equiparados a una sola empresa a los efectos de la aplicación de las normas que apelan a la dimensión de la misma y el número de trabajadores empleados para la determinación del régimen jurídico aplicable o la graduación de sus consecuencias <sup>(68)</sup>. Y que las causas que deben justificar las correspondientes decisiones empresariales –piénsese por ejemplo en un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción *ex* artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores– deben ser valoradas también respecto de la totalidad de los empleadores y sus organizaciones <sup>(69)</sup> y no solo en relación con aquel que pueda haber adoptado la decisión de la que se trate <sup>(70)</sup>. Esta es igualmente una conclusión con reflejo jurisprudencial <sup>(71)</sup>.

No está demás indicar, en fin, que los empresarios vinculados a través de la celebración de un contrato de trabajo con un mismo trabajador pueden regular mediante pacto las fórmulas de ejercicio de los poderes empresariales dentro del mismo. Si bien la titularidad de esos poderes corresponde a todos de forma necesaria, no parece que exista inconveniente, por ejemplo, para que acuerden confiar en exclusiva a uno el ejercicio del poder de dirección o reserven la adopción de las decisiones que afecten al contenido o la vida de la relación a una decisión del conjunto <sup>(72)</sup>.

##### **5. Una cuestión capital necesitada de respuesta: la fuente de determinación de las condiciones de trabajo del trabajador dependiente de varios empleadores**

No es necesario realizar un gran esfuerzo analítico para advertir que la reconstrucción del régimen jurídico del contrato de trabajo con una pluralidad de empleadores, llevada a cabo hasta aquí partiendo de las previsiones de nuestra

---

<sup>(67)</sup> M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 224.

<sup>(68)</sup> Incluyendo las normas reguladoras de los despidos colectivos. Vid., M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 41-42; C. DE OLIVEIRA CARVALHO, *As perplexidades*, cit., 78; M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 252; y V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., 68.

<sup>(69)</sup> Aunque siempre sin perder de vista los objetivos comunes que justifican la existencia de la relación de trabajo de titularidad patronal compartida.

<sup>(70)</sup> Así, M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 41; M. G. GRECO, *Il rapporto di lavoro*, cit., 254-255; y V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit. Igualmente, L. NOGLER, *Gruppo di imprese*, cit., 305, con referencia a la jurisprudencia alemana.

<sup>(71)</sup> Vid. las SSTs de 8 de junio de 1988 (RJ 5251) y 23 de enero de 2007 (RJ 1910), referidas, respectivamente, a un despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual y a un despido objetivo por causas económicas y organizativas.

<sup>(72)</sup> Vid. M. G. GRECO, *Reti di impresa*, cit. Esta es una opción que serviría para eludir los problemas derivados de un posible ejercicio contrastante del poder de dirección a los que se ha hecho alusión e *supra* nota 60.

legislación civil aplicables a las obligaciones subjetivamente complejas, arroja un balance manifiestamente ambivalente de esta figura, en función del extremo de su conformación al que se preste atención. Así, si se la contempla desde el punto de vista de la posición conjunta de débito de los coempleadores frente al trabajador, donde se impone la solidaridad como mecanismo de garantía de los créditos laborales y previsionales, no es difícil calificarla como un «adecuado instrumento de tutela del trabajador frente a los nuevos escenarios de descomposición de las organizaciones empresariales»<sup>(73)</sup>. Las cosas varían cuando la atención se traslada hacia la correlativa posición común de crédito de los mismos frente al trabajador, toda vez que su calificación como solidaria determina, conforme se ha podido comprobar, una multiplicación de los sujetos a cuya dirección se encuentra sometido el trabajador, así como de los deberes accesorios asociados al desarrollo de la prestación laboral. A partir de aquí no es difícil llegar a la conclusión de que la cotitularidad del contrato de trabajo mediante la conformación de una posición empresarial plural constituye «un nuevo instrumento de *flexicurity*»<sup>(74)</sup>, dirigido a lubricar el funcionamiento del sistema de organización en red de las actividades empresariales.

Es más, esta valoración crítica puede hacerse más intensa –e incluso tornarse global– si se tiene en cuenta que esa multiplicación de los espacios y contenidos de los deberes del trabajador tiene lugar, en realidad, a cambio de una tutela crediticia no superior a la garantizada por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de subcontratación de actividades productivas. Pero, sobre todo, si se advierte que de las normas civiles que nos permiten establecer los contornos más relevantes del régimen jurídico de la figura no es posible extraer respuesta alguna para una cuestión de tanta relevancia como es la relativa a determinación de las condiciones de trabajo –incluyendo dentro de ellas, por supuesto, el salario– a las tiene derecho del trabajador sometido a la dependencia de varios empleadores.

¿Cuál debe ser la retribución a abonar en estos casos?, ¿qué extensión ha de tener la jornada laboral?, ¿qué horario de trabajo debe cumplirse?, entre muchas otras, son todas preguntas a las que no ofrecen solución las normas antes referidas. Y que tampoco merecen, de forma sorprendente, la atención de la mayor parte de la doctrina que se ocupa del tema, que no suele trascender el examen de la caracterización jurídica de las posiciones de crédito y débito que corresponden a las partes en estos casos. Un análisis sin duda muy relevante, pero finalmente insuficiente. Sobre todo porque, sin una atención a esta decisiva cuestión, la asunción en común de uno o más trabajadores puede terminar convirtiéndose, al menos cuando se produce en el seno de redes empresariales de

---

(73) Una vez más M. T. CARINCI, *Introduzione. Il concetto di datore*, cit., 42.

(74) Como sugiere O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo*, cit., 52.

carácter vertical y jerárquico <sup>(75)</sup>, en un mecanismo capaz de permitir a la empresa titular del proceso productivo global disponer de la actividad de uno o más trabajadores al precio de la empresa contratista, pero manteniendo con ellos un contrato de trabajo. Y ejerciendo sobre los mismos, por tanto, prerrogativas propias de un empleador. El mecanismo para conseguirlo vendría dado, ante la ausencia de una regulación imperativa, por la estipulación en el contrato de trabajo, o incluso por la mera aplicación a esos trabajadores, de los salarios y las condiciones laborales que reconoce la empresa auxiliar a su personal, en vez de los que aplica al suyo la principal. Incluso sin exclusión de las previstas por el convenio colectivo aplicable por razón de su actividad a la primera, por lo general distinto y menos favorable del que rige en la segunda.

Una posible respuesta, postulada a nivel doctrinal, podría venir dada por la aplicación analógica a los supuestos de cotitularidad patronal del contrato de trabajo de las normas que regulan hipótesis en las que intervienen en una misma relación de trabajo más de un sujeto. Y, en particular, del principio de paridad de tratamiento en materia salarial y de condiciones laborales previsto por las normas reguladoras de la actuación de las empresas de trabajo temporal <sup>(76)</sup>. Entre nosotros el artículo 11 de la Ley 14/1994. La solución es sin duda sugestiva, pero peca seguramente de forzada, al no existir identidad sustancial o al menos un nivel de proximidad suficiente entre los supuestos de hecho considerados como para dar lugar al traslado, del terreno del prestamismo laboral al de la cotitularidad del contrato de trabajo, de la referida fórmula de equiparación.

Existe, sin embargo, otro camino a través del cual es posible impedir tan negativo resultado. Para aproximarse a él es preciso partir de admitir que este puede producirse, como se ha dicho, tratándose de redes empresariales de carácter vertical y asimétrico, dentro de las cuales varias empresas realizan actividades diversas integradas dentro de un proceso productivo global, al frente del cual se sitúa una que ejerce el control sobre todas ellas. En estos casos, como es sabido, es el hecho de las empresas colaboradoras lleven a cabo por lo general actividades distintas, aunque complementarias, de la que desarrolla la empresa principal, el que posibilita que las condiciones laborales de sus trabajadores sean diferentes y menos favorables de las que aplica esta última, al regirse por convenios colectivos distintos, sean de sector o de empresa <sup>(77)</sup>. Esta lógica, sin embargo, no es aplicable al trabajador asumido conjuntamente por varios empleadores, ya que este lo es de todos ellos. Es decir, tanto de la empresa principal como de la empresa contratista. Si estas empresas se encuentran regidas por convenios colectivos distintos, pues, ambos serían en principio aplicables al

---

<sup>(75)</sup> Sobre cuya caracterización se remite a W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada 2017, 27-32.

<sup>(76)</sup> O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto*, cit., 35.

<sup>(77)</sup> Se remite nuevamente, para un mayor desarrollo del argumento, a la obra citada en *supra* nota 75, 60-61.

trabajador, por lo que nos encontraríamos en realidad delante de una situación de *concurso de convenios colectivos*, a resolver conforme a las reglas o principios aplicables a estas <sup>(78)</sup>. Y, en particular, el relativo a la *actividad principal o preponderante* en cada caso <sup>(79)</sup>. Solamente que no aplicado aquí a una única empresa sino más bien, dada la situación de cotitularidad de la posición patronal y el carácter solidario de la posición de crédito de los coempleadores, al conjunto de estos y sus respectivas organizaciones, como se ha dejado apuntado en la parte final del apartado anterior <sup>(80)</sup>. Por supuesto, esa actividad principal o preponderante no puede ser en estas situaciones sino aquella que identifica al *proceso productivo global* sometido al control de la empresa principal, al que la actividad de las empresas contratistas auxilia o sirve. Como consecuencia de ello, el convenio colectivo a aplicar en estos casos ha de ser aquel de sector que, por razón de su actividad, rige las relaciones laborales dentro de la empresa principal. O el de empresa del que esta se haya dotado. Y no el que aplique la empresa contratista. Motivo por el cual las condiciones laborales del trabajador o los trabajadores sometidos a una relación de trabajo de titularidad compartida no podrán diferir de las que aplica a su personal la empresa principal, titular del proceso productivo global dentro del cual se inserta su prestación. El riesgo de que la figura se convierta en un fácil mecanismo de degradación de las condiciones laborales, conservando sin embargo la posición de empleador, queda de tal modo conjurado.

---

<sup>(78)</sup> Como indica J. MERCADER UGUINA, *Problemas de conflicto y coordinación entre convenios colectivos en el seno de la empresa: notas para un estudio*, in *Revista de trabajo y seguridad social*, 1993, 11, por tales hay que entender los supuestos en que «dos o más convenios colectivos –no necesariamente situados en el mismo ámbito de aplicación personal, espacial y temporal– tienen vocación de regir el mismo contrato de trabajo».

<sup>(79)</sup> Como postula de forma novedosa, dentro de la doctrina italiana, M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli 2018, 247-248. Sobre el referido principio y su aplicación dentro de nuestro Derecho del Trabajo, vid. J. THIBAUT ARANDA, *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Valencia, 2008, 31 ss. De igual forma, aunque encaminadas al análisis de la problemática singular planteada por las empresas multiservicios, es de interés el análisis de los alcances y la forma de operar de este principio realizado por F. CAVAS MARTÍNEZ, *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Pamplona 2019, 90 ss.

<sup>(80)</sup> En la misma dirección, nuevamente, M. MOCELLA, *Reti d'impresa*, cit., 248.

## Bibliografía

- ALONSO GARCÍA M., *El sujeto acreedor de trabajo*, in *Revista jurídica de Cataluña*, 1961.
- BAZ RODRÍGUEZ J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, 2002.
- BUSNELLI F., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano 1974.
- BUSNELLI F., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979.
- CAMPS RUIZ M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas*, Madrid 1986.
- CARINCI M. T., *Introduzione. Il concetto di datore di lavoro alla luce del sistema: la codatorialità e il rapporto con il divieto di interposizione*, in AA. VV., *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano 2015, 1 ss.
- CAVAS MARTÍNEZ F., *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Pamplona 2019.
- DE OLIVEIRA CARVALHO C., *As perplexidades suscitadas pela regulamentação positiva de uma figura não inovadora: o contrato de trabalho celebrado com pluralidade de empregadores*, in *Prontuario de direito do trabalho*, 2010, n. 87, 45 ss.
- DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano 1995.
- DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 2008.
- GONZÁLEZ BIEDMA E., *La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales*, in *Relaciones laborales*, 1989, II.
- GRECO M. G., *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Torino 2017.
- GRECO M. G., *Reti di impresa, codatorialità e cessazione del rapporto di lavoro. Qualche considerazione sulla disciplina italiana*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 133 ss.
- LLUIS Y NAVAS J., *Manual de Derecho Laboral*, Barcelona 1975.
- MERCADER UGUINA J., *Problemas de conflicto y coordinación entre convenios colectivos en el seno de la empresa: notas para un estudio*, in *Revista de trabajo y seguridad social*, 1993, 7 ss.
- MOCELLA M., *Reti d'impreses e rapporti di lavoro*, Napoli 2018.
- MOCELLA M., *Il regime di responsabilità per i crediti di lavoro nelle reti d'impreses*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 149 ss.

MONEREO PÉREZ J. L., *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, in *Revista española de derecho del trabajo*, 1985, n. 21, 83 ss.

NOGLER L., *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, n. 2, 291 ss.

RATTI L., *La codatorialità come rimedio: profili comparati e prospettiva nazionale*, in AA. VV., *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano 2015, 153 ss.

RATTI L., *Funzioni e limiti della codatorialità nei gruppi di imprese*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 119 ss.

RAZZOLINI O., *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità di impresa"*, in WP "Massimo D'Antona" n. 89/2009, 1 ss.

RAZZOLINI O., *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità dell'era della flexicurity*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, n. 1, 29 ss.

ROMEI R., *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in AA. VV., *L'idea di diritto del lavoro oggi: in ricordo di Giorgio Ghezzi*, a cura di A. Perulli, Padova 2016, 507 ss.

SANGUINETI RAYMOND W., *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada 2017.

SANGUINETI RAYMOND W., *El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales*, in AA. VV., *Impacto laboral de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. Vivero Serrano, Granada 2018, 115 ss.

SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 125, 1 ss.

THIBAUT ARANDA J., *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Valencia 2008.

VILLA E., *La codatorialità nell'ordinamento italiano: ipotesi ricostruttive*, in AA.VV., *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales*, a cura di W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada 2019, 103 ss.



## Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali

RICCARDO URSI

Professore ordinario di Diritto amministrativo

Università degli Studi di Palermo

riccardo.ursi@unipa.it

---

### ABSTRACT

---

Alla Corte dei conti spetta il giudizio di parificazione del bilancio delle regioni che si configura come un esame di legittimità-regolarità delle modalità utilizzate dal governo regionale per costruire il rendiconto generale avendo come prospettiva di confronto le decisioni assunte nel bilancio di previsione e con l'assestamento in ossequio alle norme contabili. La parifica si sostanzia, quindi, in una funzione di riscontro, ossia nella verifica degli scostamenti che, negli equilibri stabiliti dal bilancio preventivo, si evidenziano in sede consultiva, sia in riferimento alle entrate sia in relazione alle spese. In presenza di uno scarno quadro normativo il giudizio di parifica è stato oggetto di un ampio dibattito in ordine alla sua qualificazione come atto di controllo ovvero come esercizio di una funzione latamente giurisdizionale. Posto che l'effetto giuridico dell'atto parifica è indipendente dal suo stato di giudicato in quanto attiene principalmente agli aspetti funzionali del giudizio affidato alla Corte dei conti in relazione alla conformità della legge regionale che approva il rendiconto, lo scritto intende descrivere tale giudizio contabile come forma sui generis di volontaria giurisdizione.

**Parole chiave:** Corte dei conti – Giudizio di parificazione – Rendiconto regionale – Volontaria giurisdizione.



The Italian Court of Auditors (“Corte dei conti”) has jurisdiction and authority to the equalization judgement (“giudizio di parificazione”) of fiscal statements of Italian Regions, which appears as an exam on the legitimacy/rightness of the ways applied by the regional administrations in the construction of their general audit reports taking into consideration the comparison with those decisions assumed in the budget and the adjustments pursuant to the applicable fiscal rules. Therefore, the equalization judgement consists in a check of correspondence, that is to say in the assessment of the variances that, considering the equilibria set forth in the budget, emerge from the final reports, regarding both incomes and expenses. Due to the incompleteness of the normative contest, the equalization judgement has been extensively under discussion with reference to its qualification: whether it may be qualified as an act of administrative control or, rather, a jurisdictional function. Given that the legal effect of its outcome is independent from the res judicata and it is mainly related to the functional features of the Italian Court of Auditors competence who deals with the compliance with Regional laws, the contribution herein aims at presenting the equalization judgement as a sui generis act of voluntary jurisdiction.

**Keywords:** Italian Court of Auditors – Equalization judgement – Regional fiscal statements – Voluntary jurisdiction.

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo*



## Riflessioni sul giudizio di parificazione dei rendiconti regionali

SOMMARIO: 1. Lo scenario: la *lex fiscalis* europea. – 2. La parificazione dei bilanci regionali. – 3. L'inquadramento sistematico e il problema della natura giuridica. – 4. La parifica del rendiconto regionale come esercizio di una funzione giusdicente affine alla volontaria giurisdizione. – 5. Una nuova forma di ausiliarietà.

### 1. Lo scenario: la *lex fiscalis* europea.

Il primato dell'interesse finanziario sigillato dalla stagione della crisi dei debiti sovrani e dialetticamente formalizzato nella novella costituzionale del 2012<sup>(1)</sup>, ha indotto una spinta centralista negli assetti del regionalismo italiano tracciati dalla riforma del Titolo V del 2001.

L'efficienza europea veicolata dall'Unione Economica e Monetaria disegna un quadro dei rapporti tra centro e periferia sempre più improntati da un governo uniforme e, per certi versi, gerarchico dei processi decisionali di spesa e conseguenzialmente una compressione dell'autonomia delle assemblee regionali. Anche se i vincoli diretti al rispetto dei parametri europei, positivizzati negli artt. 97 e 119 Cost, come riscritti dalla legge cost. 20 aprile 2012 n. 1, hanno arrestato la spinta ventennale verso un modello di regionalismo forte, non hanno, in egual misura, alterato l'assetto delle competenze, generando, così, una situazione di naturale tensione tra centro e periferia in ordine alle capacità di spesa e all'implementazione delle politiche pubbliche a esse correlata. Un centro, si badi, che, a sua volta, in virtù dell'equilibrio di bilancio importato dal *fiscal compact*, è periferia di un centro decisionale finanziario europeo che intende regolare i flussi di debito pubblico e le politiche fiscali degli Stati membri.

Il quadro complessivo sembra delineare non solo un semplice rafforzamento del potere esecutivo rispetto al legislativo, ma, più in generale,

---

Il testo riproduce la relazione tenuta al Seminario permanente di formazione della Corte dei Conti il 9 maggio 2019.

<sup>(1)</sup> Infatti, non sembra revocabile in dubbio che le norme introdotte dalla novella agli artt. 81, 97 e 119 Cost. non si limitano più a conformare solo i processi decisionali, bensì diventano espressione diretta di una precisa tipologia di politica economica e, in quanto tali, vorrebbero prefigurare la prevalenza della cura degli interessi finanziari, su quella di qualsiasi altro interesse. Vedi A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir. Annali*, VII (2014), 180.

uno schema decisionale, centralizzato e gerarchizzato, volutamente indirizzato all'uniformità<sup>(2)</sup>; tale da lasciare trasparire, seppur in una logica sovranazionale, non pochi riferimenti agli aspetti più tradizionali del liberalismo autoritario<sup>(3)</sup>.

In tale contesto di federalismo di esecuzione, nell'Eurozona le pubbliche amministrazioni nazionali, esercitando le loro competenze in modo omogeneo ed

---

(2) Cfr. R. BIEBER, F. MAIANI, *Enhancing centralized enforcement of EU law: Pandora's toolbox*, in *Common Market Law Rev.* (2014), 1058 ss. Tale assunto condiviso da molti osservatori e che, in Italia, trova uno dei suoi massimi sostenitori in G. GUARINO, *Euro: venti di depressione (1992-2012)*, in *Nomos* (2012), 1 ss. è, invece, fortemente criticato da G. DELLA CANANEA, *La lex fiscalis europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 1 ss., spec. 21 ss., secondo il quale «la disciplina alla quale gli Stati membri hanno unanimemente concordato di assoggettarsi non comporta la rinuncia alla sovranità di bilancio, bensì il tentativo di recuperare quel che resta – in un'epoca di più accentuata globalizzazione – delle proprie prerogative in ambito finanziario». Infatti, «il principio in virtù del quale le finanze pubbliche devono essere stabili ed il divieto di disavanzi pubblici eccessivi rinsaldano una tradizione costituzionale comune che, in Italia ben più che altrove, si era indebolita nel periodo in cui nelle sedi istituzionali oltre che in quelle scientifiche i più davano per scontato che bilanci pubblici e le prestazioni da essi finanziate potessero espandersi in modo crescente». Dunque, secondo l'a., il *Fiscal Compact*, che non presenta nulla di nuovo rispetto all'orientamento espresso sin dalla prima edizione del Patto di Stabilità del 2001, non priva delle loro prerogative i Parlamenti nazionali i quali per lo più sono investiti della responsabilità di ripristinare gli equilibri che subiscano alterazioni nel corso dell'esercizio finanziario. Tale opinione ha indubbiamente un fondamento e coglie nel segno allorché vede nei limiti finanziari relativi ai disavanzi eccessivi il meccanismo per innescare la responsabilità dei Governi degli Stati membri, ma non può essere pienamente condivisa laddove non sembra valorizzare il dato di assoluta rilevanza rappresentato dall'incidenza del vincolo sul debito pubblico, soprattutto in realtà, come quelle italiana, che costringe i Parlamenti ed i Governi nel medio periodo a scelte imposte e rigide, le quali non possono che coinvolgere tanto la spesa corrente (*Spending review* lineare) quanto la spesa per investimenti.

(3) Al riguardo vedi la interessante analisi fornita da M.A. WILKINSON, *The specter of authoritarian liberalism: reflection on the Constitutional crisis of the European Union*, in *German Law J.* (2013), 527 ss., spec. 542, secondo il quale «il liberalismo autoritario è qui delineato solo in forma stilizzata per fornire un retroterra alla sua comparsa come fenomeno transnazionale. La sua caratteristica chiave è di ridurre o nascondere il conflitto tra democrazia e capitalismo piuttosto che affrontarlo a testa alta attraverso la costruzione di forti istituzioni politiche o riconciliarlo sostenendo progetti sociali. Invece, il conflitto è gestito - con successo o senza successo - dall'alto, in un tentativo guidato da *élite* di mantenere la stabilità economica in assenza di unità collettive o solidarietà sociale. I metodi utilizzati per mantenere la stabilità potrebbero essere formali o informali, coercitivi o consensuali, ma i principi costituzionali e le norme legali, scritte e non scritte, vengono messi da parte, ignorati o distorti al fine di mantenere la credibilità economica della politica e attenuare la pressione esercitata dai mercati finanziari. Alla base di questa mutazione costituzionale c'è la tentata depoliticizzazione della politica, basata su una riconcettualizzazione del costituzionalismo in cui l'economica diventa fondatrice della politica».

efficace, rappresentano lo strumento per conferire rilevanza “locale” al rispetto della *Lex fiscalis* allo scopo di realizzare appieno gli obiettivi comuni <sup>(4)</sup>.

Come è noto, per quanto concerne la disciplina di bilancio degli enti decentrati, la legge costituzionale del 2012 ha modificato l’art. 119 Cost., al fine di specificare che l’autonomia finanziaria degli enti territoriali è assicurata nel rispetto dell’equilibrio dei relativi bilanci, prevedendo, al contempo, che tali enti siano tenuti a concorrere ad assicurare l’osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea. In particolare, con una modifica al sesto comma dell’art. 119 Cost., viene precisato che il ricorso all’indebitamento, che la vigente disciplina costituzionale consente esclusivamente per finanziare spese di investimento, è subordinato alla contestuale definizione di piani di ammortamento e alla condizione che, per il complesso degli enti di ciascuna Regione, sia rispettato l’equilibrio di bilancio. In questo senso, l’autonomia finanziaria di cui è dotato l’ente territoriale determina, di per sé, la condivisione delle responsabilità derivanti dal ricorso all’indebitamento, in modo tale che l’obiettivo dell’equilibrio di bilancio si presenta come un obiettivo diffuso a tutti i livelli di governo <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Cfr. M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra gli stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* (2013), 28-29.

<sup>(5)</sup> Le modifiche operate all’art. 119 Cost. hanno introdotto due principi incidenti in maniera diretta sull’autonomia finanziaria degli enti territoriali. Il primo riguarda la regola che prevede che l’autonomia finanziaria di entrata e di spesa di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni debba essere assicurata nel rispetto dei relativi bilanci. In tale prospettiva, il principio di pareggio di bilancio diviene un vincolo costituzionale, in grado di limitare l’autonomia finanziaria degli enti, nonché di subordinare al rispetto dell’obbligo di equilibrio di bilancio le politiche regionali e locali. Il secondo attiene al principio di responsabilizzazione degli enti territoriali nel perseguimento degli obiettivi di equilibrio della finanza pubblica nazionale. Sull’impatto della modifica dell’art. 119 Cost. sull’assetto delle autonomie territoriali vedi: G.M. SALERNO, *Le mitologie dell’autonomia tra equilibri di bilancio e principio di responsabilità degli enti territoriali*, in *Ist. Fed.* (2014), 83 ss.; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: Profili di controriforma dell’autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it* (2012), 1 ss.; G. RIVISECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni; quando la paura prevale sulla ragione*, in *www.rivistaaic.it* (2012). A ben vedere già prima della riforma costituzionale, la necessità di intervenire con urgenza per limitare i rischi legati ai disequilibri di bilancio negli enti territoriali ha progressivamente indotto il legislatore statale a considerare le autonomie locali sostanzialmente come centri di spesa, ossia fattori di espansione del deficit e del debito pubblico da sottoporre a radicali misure di razionalizzazione, piuttosto che enti portatori di interessi collettivi e dotati di una propria autonomia. In questo senso, vedi anche S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in *www.federalismi.it* (2012), 1 ss.; S. MANGIAMELLI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, in *www.issirfa.cnr.it* (2012); F. MERLONI, *Il*

Al riguardo, sembra difficilmente revocabile in dubbio che le modifiche delle regole costituzionali relative alla leva finanziaria preludano ad un definitivo abbandono del percorso, ormai quarantennale, indirizzato a decentrare i processi decisionali nell'ambito di assetti istituzionali e amministrativi locali. Specularmente, sembra emergere una chiara indicazione verso un ritorno ad un forte centralismo statale.

Infatti, con riferimento agli aspetti legati all'autonomia finanziaria degli enti territoriali risulta agevole rilevare come la revisione costituzionale, rafforzando la capacità dello Stato di presidiare l'unità economica della Repubblica e irrigidendo i vincoli che rendono le autonomie responsabili della propria gestione finanziaria davanti ad esso, abbia consolidato processi di gestione finanziaria contrassegnati da un progressivo ampliamento degli oneri finanziari posti a carico di Regioni ed enti locali <sup>(6)</sup>.

In questa ottica, tanto il novellato art. 119 Cost., quanto la legge 24 dicembre 2012, n. 243 stabiliscono, per le autonomie regionali, un regime finanziario che risulta essere più gravoso rispetto a quello dell'amministrazione statale, dal momento che il principio dell'equilibrio di bilancio diviene per esse un vero e proprio vincolo di pareggio nominale <sup>(7)</sup>.

Non si registra più la semplice enunciazione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali, che, invece, essendo subordinata al rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci e al concorso nell'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, viene sottoposta, in una logica di uniformità e omogeneità, ad un sistema di coordinamento della finanza pubblica interamente presidiato dallo Stato <sup>(8)</sup>.

---

*sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, in *Le Regioni* (2011), 599 ss.; G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Ist. Fed.* (2011), 457 ss.

<sup>(6)</sup> Al riguardo, si deve segnalare che tale approccio ha trovato l'avallo della Corte costituzionale ha precisato come le previsioni contenute nel Patto di Stabilità Interno, derivanti dai vincoli finanziari europei, ancorché interferiscano con l'ordinamento anche degli enti locali, siano da ritenersi legittime avendo il carattere strumentale finalizzato alla riduzione della spesa corrente. Esse sono infatti riconducibili alla materia «coordinamento della finanza pubblica», di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. e, nell'ambito di tale materia, assume il rango di normativa di principio (Corte cost., 13 marzo 2014, n. 44, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>(7)</sup> A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., 183.

<sup>(8)</sup> I nodi principali riguardano le dinamiche che ruotano intorno all'indebitamento degli enti territoriali. È questo infatti il momento in cui è concentrata l'attività di governo delle risorse attribuita alle Regioni dalla riforma, chiamata a decidere, sulla base degli elementi forniti dal legislatore statale, quali enti potranno ricorrere al predetto strumento finanziario. Al riguardo, la Corte costituzionale ha rilevato che «la garanzia dell'omogeneità della disciplina è connaturata alla logica della riforma, poiché, oggi ancor più che in passato, non si può ammettere che ogni ente, e così ogni Regione, faccia in proprio le scelte di concretizzazione dei vincoli posti in materia di indebitamento. Si

Tale aspetto della riforma potrebbe ritenersi parzialmente temperato dal nuovo ruolo che l'art. 119 Cost. e la legge 243/2012 sembrerebbero attribuire alla Regione in ordine alla valutazione e decisione, in via autonoma rispetto allo Stato e sostanzialmente in modo autoritativo rispetto agli enti locali, delle politiche di spesa al proprio interno. Si tratta di una funzione ulteriore che pone definitivamente gli enti locali in una posizione gerarchicamente subordinata, nella scala gestionale e decisionale, rispetto alla Regione, la quale è, a sua volta, sopposta allo Stato, di per sé vincolato e condizionato dal livello sovranazionale.

Indubbiamente tale configurazione rivela una torsione centripeta e gerarchica del sistema di governo della finanza pubblica, per la quale il diritto dell'Unione europea e il diritto statale di rango primario e secondario divengono i punti di riferimento <sup>(9)</sup>.

Ciò mette in crisi l'idea di "Repubblica delle autonomie" propalata dalla riforma del Titolo V del 2001: peraltro, a dire il vero, mai riuscita ad estrinsecarsi adeguatamente <sup>(10)</sup>.

A ben vedere appare convincente l'opinione secondo la quale la circostanza che il governo politico dei processi economici richieda sempre più decisioni rapide, accentrate, fondate su dati tecnici, conduce, inevitabilmente, alla «contrazione del ruolo svolto dai "terminali" periferici del potere, viepiù sviliti a mere sedi di attuazione (o, addirittura, di piatta applicazione) di decisioni altrove interamente confezionate, secondo quanto si vedrà meglio a breve ragionando dei più recenti sviluppi al piano dei rapporti inter-ordinamentali» <sup>(11)</sup>.

Alla luce di quanto detto, cogliendo spunto dalla metafora del circuito elettrico, con cui i giuristi francesi descrivevano il modello amministrativo dello

---

tratta infatti di vincoli generali che devono valere in modo uniforme per tutti gli enti, [e pertanto] solo lo Stato può legittimamente provvedere a tali scelte. [...] Questa esigenza di uniformità, del resto, è il riflesso della natura ancillare della disciplina dell'indebitamento rispetto ai principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico: essa, al pari di questi ultimi, deve intendersi riferita al «complesso delle pubbliche amministrazioni» (Cfr. Corte cost., 10 aprile 2014, n. 88, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>(9)</sup> Sul punto, A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (2014).

<sup>(10)</sup> Secondo M. CAMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni* (2012), 683, «ben prima della totale centralizzazione di politiche e determinazioni generata dall'azione di contenimento della crisi (2008-2012), l'originaria ipotesi esplicitamente dualista e dialettica di relazione con il centro su cui era stata modellata la veste istituzionale delle Regioni e di cui è stata testimonianza fin dall'inizio l'architettura del Titolo V e la ripartizione di funzioni operata dagli artt. 117 e 118, si è smarrita ed è stata sostituita da un sistema ispirato al principio opposto della centralizzazione e della integrazione sia in termini politici generali che di politiche di settore, il che (ri)trasferisce appunto nelle sedi centrali le quote più significative dei processi decisionali riguardanti i sistemi locali».

<sup>(11)</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (2012), 1 ss.

Stato liberale, un simile circuito sembra essersi consustanziato nella nuova *governance* europea che per funzionare non può che basarsi su impulsi che viaggiano su impianti uniformi e ben monitorati. Continuando sempre nella metafora, un corto-circuito o un sovraccarico di tensione causato da un ambito di squilibrio finanziario, seppur localmente circoscritto, è potenzialmente idoneo a pregiudicare l'integrità del sistema e, quindi, va immediatamente riparato.

La manutenzione della rete diventa un processo continuo e ineludibile soprattutto in ambienti costituzionali nei quali la naturale tensione tra effettività dei diritti ed efficienza della spesa vocata al risparmio pone fisiologicamente sotto stress i rapporti politici e soprattutto quelli istituzionali tra i vari livelli di governo.

## **2. La parificazione dei bilanci regionali.**

In tale contesto assumono un ruolo preminente le procedure di monitoraggio e correzione delle criticità di sistema e gli attori chiamati a garantire, da una parte, la necessaria uniformità dell'assetto della struttura finanziaria pubblica e, dall'altra, a gestire la fisiologica tensione istituzionale tra i livelli di governo da quest'ultima generata. Se la Corte costituzionale ha il compito di convogliare le distonie ordinamentali della finanza pubblica nella necessaria coerenza dei valori della Carta (compito, a mio avviso, non sempre adempiuto secondo direttrici univoche), alla Corte dei conti spetta il compito di "mantenere" l'assetto contabile pubblico, cioè l'infrastruttura essenziale alla tenuta del sistema, e di monitorare la sana gestione finanziaria secondo i nuovi parametri dell'efficienza europea. La magistratura contabile, in questo senso, viene dall'ordinamento investita di un ruolo più incidente nel delicato equilibrio tra centralismo finanziario e autonomia regionale, con compiti che se risultano chiari negli obiettivi, appaiono, come si vedrà, non altrettanto nitidi e coerenti nella regolazione.

Tale ruolo della Corte dei conti, espressione della riforma del titolo V del 2001 (art. 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131), con l'art. 1 del D.l. 10 ottobre 2012, n. 174 (conv. in legge 24 dicembre 2012, n. 213) e con l'art. 20 della legge 24 dicembre 2012 n. 243, è stato rafforzato, esorbitando l'area del controllo collaborativo sulla gestione, già presente sin dalla legge n. 20/1994, a favore, di una verifica più stringente dell'adeguamento, dinamico e continuo, del sistema finanziario delle Regioni al paradigma dell'equilibrio di bilancio tracciato dalla novella costituzionale del 2012.

Con tale scelta il legislatore ha inteso definitivamente superare la dimensione un tempo "statale" della finanza pubblica riflessa dall'art. 100 Cost. e ha riconosciuto alla Corte dei conti, nell'ambito del disegno tracciato dagli artt. 81, 97, primo comma, e 119 Cost., il ruolo di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità. In un

contesto, essenzialmente volto a salvaguardare l'equilibrio complessivo della finanza pubblica, alle sezioni regionali della Corte dei conti, è affidato il compito di riscontare nei conti regionali il rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio; della previa copertura finanziaria delle spese; del divieto di indebitamento per spese non di investimento.

Come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 6 marzo 2014, n. 39, infatti, i compiti affidati alla magistratura contabile sono strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio e si fondano sui caratteri di neutralità e indipendenza del controllo di legittimità della Corte dei conti. Così, se da una parte, essi possono essere accompagnati anche da misure atte a prevenire pratiche contrarie ai principi della previa copertura e dell'equilibrio di bilancio, dall'altra parte, però, essi «non impingono nella discrezionalità propria della particolare autonomia di cui sono dotati gli enti territoriali destinatari, ma sono mirati unicamente a garantire la sana gestione finanziaria, prevenendo o contrastando pratiche non conformi ai richiamati principi costituzionali» (12).

Nel complesso, in coerenza con il novellato impianto costituzionale e in correlazione con lo scenario tracciato, ciò che qualifica quanto previsto dall'art. 1 del D.l. n. 174/2012 è l'attribuzione alla Corte dei conti di una funzione, non più solo collaborativa qualificata dalla *moral suasion* del controllo-referto sui bilanci delle Regioni (13), bensì soprattutto coercitiva in virtù del valore prevalente dell'equilibrio finanziario.

---

(12) Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39.

(13) Seguendo la linea tracciata dalla legge 24 febbraio 1990, n. 20, le relazioni di controllo sono finalizzate al *drafting* normativo per migliorare l'influenza dei suoi risultati amministrativi, facendo affidamento sulla capacità dell'amministrazione di autocorreggersi sotto la spinta del sindacato critico della magistratura contabile (A. CAROSI, *Il ruolo della Corte dei Conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in *Riv. Corte Conti* (2015), 581). Al riguardo, non può non ricordarsi come sin dalla sentenza 27 gennaio 1995, n. 29, la Corte costituzionale abbia affermato che il controllo di gestione ha lo scopo di agevolare l'adozione di soluzioni legislative e amministrative dirette al raggiungimento dell'economicità e dell'efficienza nell'azione degli apparati pubblici, nonché dell'efficacia dei relativi risultati. Infatti, diceva la Consulta, «nei confronti delle amministrazioni interessate, si riscontra un rapporto fortemente collaborativo della Corte dei conti, cui è data la possibilità di formulare a quelle "in qualsiasi (altro) momento" le proprie osservazioni e di ricevere dalle stesse la comunicazione delle "misure consequenzialmente adottate". Questo tipo di rapporto è la conseguenza del fatto che il controllo dei risultati della gestione è, prima di tutto, diretto a stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati processi di "autocorrezione" sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali, sia sul piano dei "controlli interni". Ed, invero, perché questo obiettivo possa essere efficacemente perseguito, è determinante l'attribuzione di tale funzione di controllo a un organo, come la Corte dei conti, la cui attività contrassegna un momento di

Enfatizzando molto, con una frase a effetto, si potrebbe dire che da “tutori” i giudici contabili dovrebbero diventare i “guardiani” dell’efficienza finanziaria veicolata dal paradigma europeo.

Tuttavia, alla facile sintesi contenuta in tale affermazione non corrisponde un quadro normativo che autorizza ad una simile semplificazione nella misura in cui si tenga presente che il legislatore, anziché affiancare ai nuovi compiti strumenti altrettanto nuovi, ha preferito muoversi in continuità con il passato adibendo le già collaudate tecniche alle sfide innovative determinate dal novellato quadro costituzionale. Come si vedrà, tale utilizzo non sempre è agevole ed ha generato ulteriore complessità sistematica piuttosto che la perseguita semplificazione.

In questa ultima prospettiva si deve osservare l’estensione del giudizio di parificazione dei rendiconti regionali introdotta dall’art. 1, comma 5, del D.l. 10 ottobre n. 174, 2012.

Questo, come è noto, si configura come un esame di legittimità-regolarità delle modalità utilizzate dal governo regionale per costruire il rendiconto generale avendo come prospettiva di confronto le decisioni assunte nel bilancio di previsione e con l’assestamento in ossequio alle norme contabili <sup>(14)</sup>.

---

neutralizzazione rispetto alla conformazione legislativa (politica) degli interessi» (cfr. Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it*).

<sup>(14)</sup> La riforma costituzionale del 2012 e la legislazione organica introdotta con il D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 ha comportato che, nelle leggi di approvazione del rendiconto delle Regioni, gli elementi basilari inerenti alla dimostrazione della situazione economico-finanziaria non possano essere che espressi con chiarezza e coerenza anche in rapporto alla fondamentale interdipendenza con il principio di legittimazione democratica, indefettibile raccordo tra la gestione delle risorse della collettività e il mandato elettorale degli amministratori., in questo senso, come osservato dalla Corte costituzionale, «la legge di approvazione del rendiconto deve contenere, in coerenza con le risultanze di detti allegati, tre elementi fondamentali: a) il risultato di amministrazione espresso secondo l’art. 42 del decreto in questione; b) il risultato della gestione annuale inerente al rendiconto; c) lo stato dell’indebitamento e delle eventuali passività dell’ente applicate agli esercizi futuri. Infatti, il primo risultato chiarisce la situazione economico-finanziaria al termine dell’esercizio in modo comparabile a quella dell’anno precedente e a quella che sarà determinata per l’esercizio successivo. Il secondo enuclea - dal contesto complessivo di cui al precedente punto a) - le risultanze della gestione annuale integralmente imputabile agli amministratori in carica. Il terzo fornisce il quadro pluriennale dell’indebitamento, consentendo una prospettiva di sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all’equità intergenerazionale, strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate. Tali elementi, indipendentemente dalla tecnicità degli allegati al bilancio, costituiscono appunto la necessaria attuazione degli evocati precetti costituzionali di natura finanziaria» (Cfr. Corte cost., 5 marzo 2018, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*).

Dunque, la parifica si sostanzia in una funzione di riscontro, ossia nella verifica degli scostamenti che, negli equilibri stabiliti dal bilancio preventivo, si evidenziano in sede consultiva, sia in riferimento alle entrate sia in relazione alle spese.

Secondo la norma citata le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti procedono alla parifica del rendiconto regionale secondo le modalità previste per il rendiconto statale e in funzione referente nella medesima sede, con atto allegato, formulano osservazioni in merito alla legittimità ed alla regolarità della gestione, proponendo misure correttive ed interventi di riforma per assicurare l'equilibrio di bilancio e migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa.

Si tratta di un istituto antico, che risale agli albori dello stato unitario, il regime del quale, nei suoi tratti essenziali, risale agli artt. 29 e 32 della legge 14 agosto 1862, n. 800, poi in larga misura trasfusi negli artt. 38, 39 e 40 del Testo unico Corte dei conti (R.d. 12 luglio 1934, n. 1214) <sup>(15)</sup> e che, seppure adeguato al mutato contesto costituzionale, risulta ancora il punto di riferimento del D.l. n. 174/2012.

Nato dall'esigenza di fornire integrità finanziaria allo Stato mediante un sindacato imparziale sulla certezza della regolarità e della legittimità dei fatti contabili relativi alla gestione governativa nella dialettica tra amministrazione e Parlamento, l'istituto ha attraversato la storia costituzionale del nostro Paese mantenendo intatti i propri tratti qualificanti, ma subendo una mutazione funzionale dovuta alla diversa configurazione degli attori, primo fra tutti la Corte dei conti, e in ultimo all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione.

Se sin dagli anni Sessanta del secolo scorso la magistratura contabile ha preso piena contezza della portata rilevante delle disposizioni contenute negli artt. 100 e 103 Cost. e, uscendo dall'orbita governativa, nella quale durante il periodo fascista era stata collocata, ha avviato una profonda trasformazione dell'attività di parificazione, soprattutto nella parte relativa alla relazione, è con l'estensione ai rendiconti regionali in un ambiente contrassegnato da una programmatica idea di Repubblica delle autonomie veicolata dalla riforma del Titolo V del 2001 che si registra un inevitabile cambio di prospettiva. Mutamento,

---

<sup>(15)</sup> Per gli scritti più recenti in tema di giudizio di parificazione del rendiconto generale vedi: F. SUCAMELI, *Il giudizio di parifica tra costituzionalismo antico e moderno. Il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di San Valentino*, in *Riv. Corte Conti* (2019), 1 ss.; ID., *Il giudizio di parificazione del rendiconto delle regioni*, in AA.VV., *Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. Canale, F. Freni, Milano 2019, 1121 ss.; P. SANTORO, *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it) (2018), 1 ss.; M. GRAFFEO, *Il giudizio di parificazione del rendiconto statale*, in AA.VV., *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, a cura di E.F. Schlitzer, C. Mirabelli, Napoli 2018, 801 ss.; C. CHIAPPINELLI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle regioni*, in *Riv. Corte Conti* (2016), 505 ss.; A. MASSARENTI, *Attualità e prospettive del giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato*, in *Nuova rass. legisl., dottr. e giur.* (2004), 2382 ss.

in ultimo, definitivamente rivelato dalla legislazione di attuazione della legge cost. n. 1/2012 in cui nella parificazione dei rendiconti regionali sembra consustanziarsi una trascendente visione del valore, per certi versi supremo, dell'equilibrio di bilancio correlato al corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria.

In altri termini, l'estensione alle Regioni rivela una fisiologica distonia tra funzione e regime giuridico che lascia aperti numerosi problemi, sia sul piano dell'esatta configurazione della natura giuridica di questa forma di giudizio di parificazione, sia, sul piano sistematico, in ordine alla collocazione dell'istituto in un impianto costituzionale, almeno ancora formalmente, contrassegnato da un regionalismo forte e da un correlato apparato di garanzie dello stesso. Infatti, rispetto alla sua dimensione statale, nella quale la parifica continua a giocare un ruolo rilevante nelle relazioni tra Governo e Parlamento, non altrettanto sembra riscontrarsi in ambito regionale dove la funzione dell'istituto appare indirizzata, più che altro, a calmierare le tensioni tra autonomia regionale e uniformità finanziaria, lasciando emergere tutte le aporie generate dall'adozione di formule normative ancestrali e ierofaniche liturgie procedurali per fronteggiare il *new brave world* inaugurato nel 2012.

D'altra parte, sembra che, in fondo, il D.l. n. 174/2012, di fronte al "Vaso di Pandora" dell'assetto finanziario delle Regioni, scoperchiato dalla legge cost. n. 1/2012, tradisca la volontà del legislatore di distribuirne il contenuto in vasetti più piccoli e maneggevoli: ciò, non solo senza coglierne le differenti coordinate costituzionali, ma di fatto riproponendo, in sedicesimi, i medesimi problemi di inquadramento sistematico che da oltre cinquant'anni contraddistinguono il giudizio di parificazione del rendiconto dello Stato.

Così, i problemi applicativi non possono che essere scontati se, in un ambiente caratterizzato da un'ampia autonomia decisionale delle assemblee regionali, per disciplinare la necessaria attestazione della continua rispondenza dei flussi finanziari al paradigma tracciato dai novellati artt. 97 e 119 Cost. si rinvii, in maniera del tutto acritica, ad una normativa, originariamente pensata centocinquanta anni fa per un sistema centralistico, gerarchico ed uniforme al fine di regolare, in chiave liberale, i rapporti tra Governo e Parlamento, e poi, sempre in quella prospettiva, in via interpretativa legittimata dall'art. 100 Cost. A ciò si aggiunga che se quella medesima normativa, lungi dall'essere pacificamente accolta, è stata oggetto di successivi interventi della Corte costituzionale e abbia dato luogo ad un dibattito dottrinario sterile di approdi condivisi, le criticità sistematiche non possono che venire, in maniera più o meno estemporanea, ovviate da forme di regolazione domestica, oppure da pronunce ad altissimo contenuto pretorio, provenienti dalla magistratura contabile.

### 3. L'inquadramento sistematico e il problema della natura giuridica.

Come detto, prima dell'estensione alle Regioni, il giudizio di parifica è stato oggetto di un ampio dibattito in ordine alla sua qualificazione come atto di controllo ovvero come esercizio di una funzione latamente giurisdizionale. In un primo momento la questione ha avuto rilevanza in ragione della correlata possibilità di attivare il giudizio di costituzionalità da parte della Corte dei conti<sup>(16)</sup>. Una volta che la Consulta ha aderito, sin dalle sentenze 9 dicembre 1963, n. 165 e 19 dicembre 1966, n. 121, alla tesi sandulliana delle c.d. funzioni neutrali<sup>(17)</sup>, riconoscendo l'accessibilità al sindacato costituzionale, la polarizzazione delle opinioni ha riguardato l'esatta determinazione della formula contenuta nell'art. 40 del T.u. del 1934 ed il regime giuridico conseguenziale.

Fondare le funzioni della Corte dei conti sull'art. 100 ovvero sull'art. 103 Cost. infatti non è privo di conseguenze, posto che nel primo caso si tratterebbe di un'attività sostanzialmente amministrativa<sup>(18)</sup>, seppur con veste giurisdizionale, nel secondo si è in presenza di *ius dicere* afferente alla materia "contabilità pubblica" allo scopo di dare certezza e immutabilità ai risultati del rendiconto nel rapporto tra Governo e Parlamento<sup>(19)</sup>.

Il regime giuridico della delibera di parificazione ne risulta condizionato, risolvendosi, a seconda della configurazione in un presupposto ovvero in una condizione foriera di effetti conformativi.

---

<sup>(16)</sup> In proposito per una ricostruzione completa e aggiornata G. RIVOSACCHI, *Controlli della Corte dei Conti ed incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.* (2017), 357 ss.

<sup>(17)</sup> A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* (1962), 200 ss.

<sup>(18)</sup> Prima della costituzione la dottrina amministrativistica era pressoché unanime nel considerare la natura amministrativa della parificazione del rendiconto. In tal senso, vedi: V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1892, 84; A. DE CUPIS, *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*, Torino 1910, 76; F. CAMMEO, *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei Conti*, in *Giur. it.* IV (1903), 177 ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Napoli 1905, 162; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, II, Torino 1935, 21; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1940, II ed., 279. Dopo la Costituzione hanno qualificato la parificazione esercizio di una funzione di controllo F. BENVENUTI, *Osservazioni parallele sul rendiconto (1958)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 2006, 1651 ss.; V. GUCCIONE, *Questioni di costituzionalità, legittimazione, rilevanza: variazioni sul tema con riferimento particolare al giudizio di parificazione*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* (1969), 226; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, 421; G. COGLIANDRO, *Il procedimento di parificazione del rendiconto generale. Natura giuridica e principio del contraddittorio*, in *Foro amm.* (1980), 1308.

<sup>(19)</sup> Tale impostazione è quella fortemente sostenuta da S. BUSCEMA, *La giurisdizione contabile*, Milano 1969, 212 ss.; ID., *Trattato di contabilità pubblica*, II, Milano 1981, 766 e 794; G. CAIANIELLO, *Notazioni varie sui controlli della Corte dei conti, con particolare riguardo alle questioni di costituzionalità, alla parificazione ed alla registrazione con riserva*, in *Foro amm.* (1967), 53-54; U. CEVOLI, *Introduzione storica ad uno studio sulla parificazione del rendiconto generale*, in *Studi in onore di F. Carbone*, Milano 1970, 111 ss.

Guardando retrospettivamente la disputa non sembra che il confronto sia sfociato di soluzioni unanimi, complici anche diverse pronunce della Corte costituzionale che, da una parte, hanno riconosciuto la natura giurisdizionale, ma solo ai fini dell'istituzione incidentale del giudizio di costituzionalità, e dall'altra, hanno giustificato, in egual misura, molti argomenti che, al contrario, condurrebbero la parificazione pienamente nell'alveo del controllo. A ben vedere tale risultato ambiguo è frutto di una pluralità di opinioni ciascuna della quali, allo stato della normativa, è passibile di obiezioni ed al contempo trova riscontri in singoli principi o in disposizioni positive <sup>(20)</sup>.

Le questioni relative alla natura giuridica della parificazione e al conseguenziale inquadramento sistematico della stessa sembrano continuare ad animare il dibattito in relazione all'esatta configurazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 5, del D. l. n. 174/2012.

Un primo orientamento, che potremmo definire tradizionalista, tende a collocare la scelta legislativa nella linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza contabile sul giudizio di parificazione dello Stato, posto che l'elemento di novità sarebbe costituito esclusivamente dall'oggetto – i rendiconti regionali – e dalla relativa competenza delle sezioni regionali. Infatti, la scelta del legislatore di ribadire il riferimento alle norme del T.U n. 1214/1934 reca con sé la naturale conseguenza di configurare il giudizio di parificazione come attività di controllo, esercitata, nel suo segmento finale, con la veste formale della giurisdizione, e finalizzata all'esercizio di un compito ausiliario nei confronti dell'assemblea regionale inquadrabile integralmente nell'alveo dell'art. 100 Cost. <sup>(21)</sup>.

Compito confermato dall'altra parte dal riconoscimento anche di una funzione referente in sede di parificazione del rendiconto a mente della quale con una relazione allegata alla decisione la Corte dei conti deve formulare le proprie osservazioni in ordine alla legittimità e alla regolarità della gestione e propone misure di correzione secondo il modello classico del controllo sulla gestione <sup>(22)</sup>.

In sostanza, la pronuncia della Corte, che si interpone tra l'attività di rendicontazione e la legge che approva il conto, ha la funzione precipua di agevolare l'assemblea legislativa nel controllare, che l'attività dell'organo esecutivo si sia svolta nel rispetto dei vincoli e delle autorizzazioni di spesa <sup>(23)</sup>.

Le formalità della giurisdizione, oltre che il segno di una tradizione storica, sono espressione del disegno costituzionale che assegna alla Corte dei

---

<sup>(20)</sup> A. BARETTONI ARLERI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Roma 1997, III ed., 148.

<sup>(21)</sup> Si tratta di una linea interpretativa immediatamente sposata dalla giurisprudenza contabile. Vedi Corte Conti, sez. riun., 14 giugno 2013, n. 7, in *Riv. Corte Conti* 3 (2013), 6; Corte Conti, sez. aut., 23 marzo 2013, n. 9, *ivi*, 45; Corte Conti, sez. aut., 15 maggio 2014, n. 14 in *G.U. Serie Generale* n. 105 del 8 maggio 2014 – S.O. n. 38.

<sup>(22)</sup> C. CHIAPPINELLI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle regioni*, cit., 517.

<sup>(23)</sup> P. SANTORO, *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, cit., 8.

conti la missione di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario e della corretta gestione delle pubbliche risorse, in una visione unitaria della duplicità delle funzioni di controllo e della giurisdizione contabile <sup>(24)</sup>.

Secondo tale impostazione la natura mista condensa in sé una prevalente attività di controllo di legittimità-regolarità e un procedimento giurisdizionale in senso stretto, ma con la precisazione inequivocabile che tale ultima funzione viene in rilievo ai limitati fini di ammettere le SS.RR. quale giudice *a quo* per le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale <sup>(25)</sup>.

Per certi versi contrapposto a tale lettura tradizionale si colloca quell'orientamento che, aderendo ad una concezione ampia di controllo, intende ricondurre il giudizio di parificazione nell'alveo dei poteri giurisdizionali della Corte dei conti in ordine alle materie di contabilità pubblica di cui all'art. 103, secondo comma, Cost. nell'ottica di un nuovo ruolo che la riforma costituzionale del 2012 ha riservato alla magistratura contabile <sup>(26)</sup>.

Tale impostazione muove dal profilo innovativo dell'estensione del giudizio di parificazione alle Regioni che si fonda sulla circostanza che in questa sede non si tratti di effettuare una verifica delle poste rendicontate alla legge che autorizza il bilancio, bensì di esercitare un controllo sul rispetto delle norme sulla rendicontazione a presidio di un effettivo equilibrio di bilancio. Al riguardo, come sottolineato dalla Corte costituzionale, nel giudizio di parifica diventa centrale la correttezza della determinazione dell'accertamento del risultato di amministrazione, il quale costituirebbe «l'oggetto principale e lo scopo del giudizio di parificazione che [...] riguarda non solo la verifica delle riscossioni e dei pagamenti e dei relativi resti (residui) ma anche, e soprattutto, la verifica, a consuntivo, degli equilibri di bilancio» <sup>(27)</sup>.

Ciò posto, secondo tale impostazione, il giudizio di parifica non può essere un giudizio cerimoniale o meramente notarile, ma un giudizio che ha, ad oggetto, il rendiconto come documento degli equilibri e, a parametro, norme che sono poste a diretta tutela del rispetto sostanziale degli equilibri nel tempo; di conseguenza gli accertamenti della decisione di parifica costituiscono un modello di conformità a legge e Costituzione che rendono, per l'effetto formale di giudicato connesso alla decisione, di per sé "non manifestamente infondato" il dubbio di costituzionalità: a) della legge sul bilancio di previsione (approvazione e variazioni); b) nonché della legge di approvazione del rendiconto che non tenga conto dei *dicta* accertativi della Corte dei conti e che con essi si pongano in palese contraddizione. Il giudizio di parificazione non è dunque una fase, un *internum*

---

<sup>(24)</sup> Cfr. P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna 2012, 202.

<sup>(25)</sup> M. GRAFFEO, *Il giudizio di parificazione del rendiconto statale*, cit., 826.

<sup>(26)</sup> A. CAROSI, *Il ruolo della Corte dei Conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, cit., 577 ss.

<sup>(27)</sup> Corte cost., 27 aprile 2017, n. 89, in *www.cortecostituzionale.it*.

*corporis*, del provvedimento legislativo di approvazione del rendiconto, ma di un giudizio basato su parametri strettamente giuridici, che riguarda scritture giuridico-contabili, analitiche e sintetiche, formatesi ad opera dell'amministrazione e che costituiscono la premessa di un atto di un altro potere dello Stato e/o della Repubblica. In questa prospettiva, alla luce della legge cost. n. 1/2012 e dell'art. 20 della legge n. 243/2012, che hanno integrato il sistema dei controlli, come strumento di legalità ed effettività dell'equilibrio di bilancio, la competenza della Corte dei conti sul giudizio di parifica si ascrive certamente nell'ambito della giurisdizione "piena" e per materia attribuita dalla Costituzione, nelle materie della contabilità pubblica (art. 103, comma 2, Cost.). In proposito, il riferimento contenuto nell'art. 40 del T.U. n. 1214/1934, richiamato dall'art. 1, comma 5, alle formalità della giurisdizione contenziosa induce implicitamente a ritenere che «il controllo di legalità del conto effettuato attraverso il giudizio di parifica è una giurisdizione, nella sostanza, "non contenziosa", finalizzato a dare certezza ad un conto e alla contabilità correlata, ma che, per disposizione espressa di legge, si struttura attorno alle "forme" di quella contenziosa, per aumentare la garanzia di neutralità del giudice, con l'introduzione della parte pubblica, rappresentata dal pubblico ministero contabile<sup>(28)</sup>.

Entrambi gli orientamenti prestano il fianco ad obiezioni di valore esiziale dal punto di vista sistematico seppur basate su profili opposti.

La lettura in chiave tradizionale non sembra cogliere in adeguato conto il carattere innovativo dello scenario tracciato dalla novella costituzionale riproponendo un modello basato sulla funzione ausiliaria del controllo in un sistema in cui tutta l'operazione che sta dietro alla parificazione del bilancio riguarda più propriamente la coerenza costituzionale degli equilibri di bilancio della Regione sulla base quadro generale dei vincoli europei secondo un parametro di regolarità/legittimità che incide in maniera determinate sull'assetto dell'autonomia decisoria del legislatore regionale. In tal senso si riscontra la presenza di interessi antagonisti la quale sembra difficilmente compatibile con un procedimento di controllo fondato su un'istruttoria formale, a contraddittorio "grazioso" (regolato da varieguate forme più o meno vincolanti di *soft law*) che sfocia in una pubblica udienza destinata a dare effetti imperativi ed irrevocabili ad una decisione costruita in via ufficiosa e spesso *inaudita altera partem*. Così come difficilmente compatibile con tale impostazione è la sindacabilità della decisione da parte delle Sezioni riunite in speciale composizione ai sensi dell'art. 11, comma sesto, del Codice della giustizia contabile non solo come richiesta di *revisio prioris instantiae* da parte della Regione, ma anche in via di impugnazione

---

(28) La ricostruzione in termini integralmente giurisdizionali riportata del testo è riferibile pedissequamente a quanto sostenuto da F. SUCAMELI, *Il giudizio di parifica tra costituzionalismo antico e moderno*, cit., *passim*, spec. 10.

da parte del procuratore regionale, una sorta di invitato di pietra del procedimento di parifica.

Affermare il carattere misto del giudizio di parificazione, oltre ad apparire un facile modo per aggirare la qualificazione giuridica dello stesso, rischia di giustificare ogni aporia sistematica ed ogni prassi applicativa eterodossa generata da un quadro normativo asfittico e antiquato.

Per altre ragioni non convince del tutto la lettura del giudizio in chiave propriamente giurisdizionale, posto che se è vero che questa coglie l'aspetto innovativo del nuovo quadro funzionale, d'altro canto non si può fare a meno di evidenziare che una giurisdizione *pleno iure* recherebbe con sé l'esigenza di un quadro normativo predeterminato che l'art. 111 Cost. imporrebbe. Peraltro, per stessa ammissione di chi sostiene questa tesi ogni forma di regolazione domestica priverebbe di quelle garanzie formali idonee ad assicurare l'uniformità di agire che risulta necessaria in ragione della diversità dei contesti regionali. In sostanza, seppur gravida di interessanti prospettive *de iure condendo*, senza un intervento di riordino del legislatore inteso a normare le procedure in maniera puntuale e conforme al nuovo quadro, tale impostazione lascerebbe troppo ambito alla regolazione pretoria con pregiudizio del principio di legalità (che a mio modo di vedere viene prima del buon andamento).

Inoltre, una volta qualificato in termini integralmente giurisdizionali l'accertamento di regolarità e legittimità del rendiconto regionale, appare una petizione di principio la separazione di questo dal momento tutorio della relazione, quasi che gli indirizzi e le raccomandazioni formulate oggi non diventino fisiologicamente parametri di giudizio domani. Ma, ammesso e non concesso, che questa divaricazione di funzioni all'interno della medesima operazione fosse riscontrabile, si dovrebbe immaginare che la relazione di cui all'art. 1, quinto comma, del D.l. n. 174/2012 renderebbe privo di significato il controllo sulla gestione di cui all'art. 7, settimo comma, della legge n. 131/2003, posto che, come si è detto nella parte introduttiva, nell'attuale contesto, efficienza, intesa in senso lato, corrisponde pienamente ad equilibrio di bilancio.

Ma il punto su cui entrambe le tesi sono concordi e che suscita questioni sul piano sistematico attiene al carattere di giudicato che la decisione di parifica assume.

Il punto condiviso è che le deliberazioni che concludono il procedimento di controllo, «non possono qualificarsi atti amministrativi, pur non essendo “sentenze” in senso stretto. Trattasi infatti di atti atipici promananti da Organi appartenenti all'Ordine giudiziario, in posizione di indipendenza e terzietà»<sup>(29)</sup>.

In questo senso, il procedimento di parifica del rendiconto si conclude con una deliberazione che, fatto salvo una impugnazione davanti alle sezioni riunite, sarebbe irrettrattabile ed irrevocabile in quanto atto ad effetto “certativo-

---

(29) Cfr. Corte Conti, sez. riun., 4 maggio 2017, n. 15, in *www.corteconti.it*.

prescrittivo” che vincola in quanto proveniente da un magistrato nell’ambito di un procedimento formalizzato dalla legge.

La formazione del giudicato, quindi, è il risultato della previsione delle forme della giurisdizione: in modo tale che l’attestazione di conformità, nella quale si sostanzia la parificazione, assuma i connotati ed il privilegio della definitiva inoppugnabilità <sup>(30)</sup>.

Tale affermazione tuttavia non risulta condivisibile per due ragioni di carattere sistematico.

In primo luogo, indipendentemente dal *nomen iuris*, volutamente ambiguo, di deliberazione, e non di sentenza, che il legislatore ha adottato per la decisione sul giudizio di parificazione, l’immutabilità e la vincolatività dell’effetto “certativo-prescrittivo” inciderebbe immediatamente sulla potestà legislativa regionale determinando un effetto invalidante sulla legge approvativa del rendiconto in contrasto con quanto stabilito dal giudice contabile, tanto se lo si configura quale presupposto quanto se lo si qualifichi come condizione della stessa. In realtà, si è avuto modo di segnalare, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato che la parificazione non incide sulla discrezionalità di cui godono le assemblee regionali (sent. n. 39/2014). Affermare che a riprova dell’esistenza del giudicato, la violazione del *decisum* contabile provocherebbe un giudizio di costituzionalità per violazione degli artt. 81 e 97 Cost. <sup>(31)</sup> rischia di provare troppo, in quanto tale giudizio non ha ad oggetto la violazione del giudicato quanto il potenziale effetto della violazione stessa sull’equilibrio di bilancio, trasformando di fatto il giudice delle leggi in un giudice di legittimità della deliberazione. Argomento più calzante sarebbe che la presenza di un giudicato determinerebbe che tale atto normativo sarebbe censurabile sotto il profilo costituzionale in quanto non rispettoso delle funzioni riservate al potere giudiziario: lo stesso, infatti, configurandosi come *jus superveniens* retroattivo, violerebbe i principi dell’intangibilità del giudicato e della stessa funzione giurisdizionale, come deducibili dagli artt. 101, 102, 103, 104, primo comma, 108, secondo comma, 111 e 113 Cost. <sup>(32)</sup>. Ma tale ricostruzione riproporrebbe tutte le questioni relative alla costituzionalità del procedimento di formazione della decisione rispetto all’art. 111 Cost. in ordine alle garanzie di contraddittorio e sarebbe incompatibile con il carattere ufficioso dell’istruttoria.

Inoltre, se la definitività della parificazione produce un effetto certativo-prescrittivo, che si fonda su un giudizio dicotomico, risulta difficile giustificare la prassi della parifica “con eccezioni” in ragione della natura unitaria del

---

<sup>(30)</sup> Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Il giudizio di parifica dei rendiconti regionali*, in *www.giustamm.it* (2016).

<sup>(31)</sup> F. SUCAMELI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto delle regioni*, cit.

<sup>(32)</sup> M. GRAFFEO, *Il giudizio di parificazione del rendiconto statale*, cit., 19 che mette in risalto come tale rischio sarebbe il naturale portato della configurazione della decisione come sentenza.

rendiconto in relazione al risultato di gestione ai sensi dell'art. 42 del D.lgs. 23 giugno n. 118, 2011 <sup>(33)</sup>.

Al riguardo, si è posta la questione se il governo regionale possa all'esito del giudizio di parifica con eccezioni presentare un nuovo rendiconto da sottoporre ad una ulteriore valutazione da parte della sezione regionale della Corte dei conti. In una recente decisione delle Corti dei conti siciliana la risposta è stata affermativa «nella consapevolezza, tuttavia, che, eliminata dal mondo giuridico la originaria delibera di Giunta si pone nel nulla anche la relativa decisione di parifica, cui la prima accedeva». Dunque, la parifica, nel medesimo ciclo di bilancio, su un rendiconto emendato prima dell'approvazione assembleare, può essere rinnovata posto che «una volta riapprovato il Rendiconto avviene una riapertura dei termini procedurali con reviviscenza delle competenze della Sezione regionale della Corte dei conti, almeno fino a che l'Assemblea Regionale, come sopra evidenziato, non lo approvi nell'esercizio della propria sovrana potestà legislativa» <sup>(34)</sup>. Dunque, l'immutabilità della verifica sui conti è relativa ad un oggetto, il rendiconto, che può essere discrezionalmente mutato: in ciò risulta agevole riscontare un significativo allontanamento della decisione del magistrato contabile dal concetto di giudicato in senso formale salvo volere immaginare un giudicato "a formazione progressiva" ovvero un accertamento *rebus sic stantibus*.

In questa prospettiva, l'immutabilità della parificazione sarebbe il risultato della approvazione adesiva da parte della assemblea legislativa e non un effetto dell'atto in quanto tale.

In secondo luogo, appare difficilmente sostenibile sul piano sistematico un giudizio, reso nelle forme giurisdizionali, in cui il giudicato abbia solo effetti formali e non anche effetti sostanziali.

Sul punto è stato osservato che all'accertamento di illegittimità-irregolarità ha un effetto conformativo: sia di tipo positivo, nel senso che impegna l'amministrazione a porre immediato rimedio a tutte le situazioni che il rendiconto "accerta" e che certificano un difetto di equilibrio per eventi sopravvenuti o per difetto genetico conseguente all'impostazione della stessa legge di bilancio "a monte", sia di tipo negativo, nel senso che importa il divieto di reiterare prassi contabili la cui costituzionalità, in forza di tale accertamento, si presume dubbia <sup>(35)</sup>. Poiché l'accertamento dovrebbe vincolare anche il giudice

---

<sup>(33)</sup> Sui problemi della c.d. parifica con eccezioni vedi V. PINTO, *Il giudizio di parifica dei rendiconti regionali: spunti di riflessione per conformare in chiave "utile" la sagoma multiforme*, in *Gazz. for.* (2018), 1007 ss., spec. 1015.

<sup>(34)</sup> Corte Conti, sez. riun. Reg. Sic. sez. contr., 4 dicembre 2018, n. 5, in *www.corteconti.it*, che tuttavia aggiunge che «le modificazioni apportate al rendiconto, comportando nuovi risultati di amministrazione rispetto a quelli già esaminati, rendono difficilmente leggibili le stesse rettifiche adottate a seguito dei rilievi della Corte dei conti, conducendo ad una totale mancanza di trasparenza del documento finale approvato».

<sup>(35)</sup> F. SUCAMELI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto delle regioni*, cit.

su fatti giuridico-contabili da lui accertati, risulta agevole dimostrare che quanto accertato legittimo in una parifica non possa essere contestato nella parifica successiva. Ragionare in senso contrario significa ammettere che il principio di continuità dei bilanci possa essere utilizzato solo *in malam partem* per sanzionare condotte illegittime che si ribaltano su esercizi successivi e non per ammettere un affidamento da parte del governo regionale su poste avvistate e non contestate. Tale tutela dell'affidamento, fisiologica conseguenza del giudicato sostanziale, è stata invece esplicitamente negata dalle Sezioni Riunite secondo le quali «la decisione di parifica non può generare un affidamento tale da giustificare, per gli esercizi successivi, l'inesatta applicazione di criteri e metodologie imposte da una fonte normativa. Né, d'altronde, il giudice della parifica, può ritenersi vincolato ad un proprio precedente, vieppiù nel caso in cui, per l'assenza di un'analisi peculiare su un determinato dato contabile, non sia stata rilevata l'inosservanza di una norma» <sup>(36)</sup>.

Pertanto, se non è configurabile in astratto nessuna forma di giudicato implicito nel giudizio di parifica si deve ritenere insussistente ogni forma di effetto sostanziale del giudicato poiché ogni parifica riattiva i poteri cognitori del magistrato contabile che "vede" i fatti contabili come fosse la prima volta senza vincoli rispetto a precedenti decisioni. Gli effetti conformativi della decisione rileveranno o sulla base di una volontaria acquiescenza ovvero in un contesto di eventuale giudizio di costituzionalità della legge regionale di approvazione rendiconto sollevato dalla stessa Corte dei conti.

#### **4. La parifica del rendiconto regionale come esercizio di una funzione giurisdicente affine alla volontaria giurisdizione.**

Alla luce di quanto rilevato, si può sostenere che l'effetto giuridico dell'atto parifica è indipendente dal suo stato di giudicato in quanto attiene principalmente agli aspetti funzionali del giudizio affidato alla Corte dei conti in relazione alla conformità della legge regionale che approva il rendiconto.

Per ricostruire la fattispecie occorre muovere da una decisione della suprema Corte di cassazione che sembra avere colto l'aspetto qualificante della funzione la quale, «non sembra rispondere alle caratteristiche di una vera e propria attività giurisdizionale: non quella di accertare l'avvenuta violazione di norme giuridiche per applicare e rendere effettiva la conseguente sanzione, giacché niente di tutto ciò si realizza nel giudizio di parificazione operato dalla Corte dei conti; non quella di comporre un contrasto di posizioni giuridicamente rilevanti tra parti contrapposte, che qui sarebbe impossibile identificare, non potendosi neppure figurativamente considerare tali da un lato l'amministrazione regionale e dall'altro il Procuratore contabile, il quale interviene nel giudizio solo in veste di organo di garanzia; e neppure quella di dare certezza definitiva ad

---

<sup>(36)</sup> Corte Conti, sez. riun., 15 gennaio 2019, n. 1, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

una situazione giuridica che la richieda, mediante un accertamento destinato a produrre effetti di giudicato, giacchè parrebbe del tutto improprio riconoscere simili effetti alla decisione di parificazione emessa dalla Corte dei conti su un progetto di rendiconto che resta ancora modificabile con la relativa legge di approvazione»<sup>(37)</sup>.

Ritenendo corretta tale impostazione il riferimento alle forme giurisdizionali può essere spiegato facendo ricorso al modello della volontaria giurisdizione<sup>(38)</sup>.

Secondo una nota definizione «la giurisdizione volontaria sarebbe appunto quella branca della giurisdizione che, rendendo possibile una normalità di vita giuridica dove all'origine una normalità manca, consente l'attuazione completa dell'ordinamento giuridico, così come per le situazioni patologiche della vita giuridica provvede la giurisdizione contenziosa»<sup>(39)</sup>.

Come è noto, la funzione del giudice in sede di volontaria giurisdizione è di prevenzione e di ausilio per l'attuazione di precetti giuridici nell'interesse di tutti, mancando una contesa da risolvere *inter alios*<sup>(40)</sup> (cd. intervento *pro volentibus* o *inter volentes*) e l'esistenza di un illecito. Egli non interviene per esercitare il potere giurisdizionale, ma per perseguire uno scopo, che la legge gli affida unicamente in considerazione delle sue qualità soggettive e della posizione che occupa rispetto all'ordinamento, ma anche per la cura di interessi diversi. La giurisdizione volontaria si esplica, pertanto, mediante influenza nel processo formativo della volontà giuridica del soggetto<sup>(41)</sup>.

---

(37) Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2014, n. 23072, in *Foro amm.*, 2015, 24; in termini anche Cass. civ., sez. un., 8 novembre 2016, n. 22645, in *www.contabilita-pubblica.it*.

(38) La Corte costituzionale sembra escludere tale ricostruzione poiché nella recentissima decisione 7 maggio 2019, n. 138, ha sottolineato che i giudizi in esame siano diversi da quelli di volontaria giurisdizione. Tale esclusione è contenuta in un *obiter dictum* che si presenta innovativo rispetto ad una formulazione ormai tralaticciamente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale tutte le volte che occorre affermare la possibilità riconosciuta al giudice contabile in sede di controllo di sollevare questioni di costituzionalità. A ben vedere tale rilievo contenuto in un inciso, peraltro assolutamente inconferente rispetto al *thema decidendum*, si presenta apodittico, posto che nulla si dice sulla assunta diversità del giudizio di parifica rispetto alla volontaria giurisdizione, limitandosi ad affermarla. In tal senso si ritiene che la decisione in esame non inficia in alcun modo quanto sostenuto nella presente riflessione.

(39) L.P. PAJARDI, *La giurisdizione volontaria*, Milano 1963, 13.

(40) L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna 2006, 173.

(41) In tema vedi: E. REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano 2011, 805; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2011, 285; F.P. LUISO, *I processi speciali. Diritto processuale civile*, Milano 2011, 285; in generale sul tema v. V. SCALESE, *Codice della volontaria giurisdizione e procedimenti camerali* Milano 2005, *passim*; A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 2004, *passim*.

La natura giuridica della volontaria giurisdizione ruota intorno a due caratteristiche: una di tipo sostanziale e una di tipo processuale <sup>(42)</sup>.

Sotto il primo profilo, sostanziale, la giurisdizione volontaria è diretta all'attuazione, per ragioni di pubblico interesse, di un controllo circa la legalità dell'atto e/o l'opportunità di alcuni atti al fine di evitare la lesione di qualsiasi interesse. Sotto il profilo processuale, invece, nella giurisdizione volontaria manca la lite, caratteristica essenziale e tipica della giurisdizione contenziosa, e manca il giudicato. I provvedimenti di volontaria giurisdizione non sono, infatti, idonei a costituire giudicato in senso sostanziale e possono essere modificati o revocati. Inoltre, l'attività di volontaria giurisdizione si svolge nelle forme di un procedimento che si fonda su tre principi fondamentali: il carattere sommario della cognizione, i poteri inquisitori del giudice e la non attitudine al giudicato del provvedimento.

Semplificando molto, tutti gli studi della dottrina sul tema convergono nel senso di individuare due elementi che sono costanti nella volontaria giurisdizione: 1) sotto il profilo soggettivo e funzionale, la non necessaria connessione con l'esercizio della giurisdizione ordinaria; 2) sotto il profilo oggettivo, l'assenza di lite e di contestazione che attribuiscono agli atti natura amministrativa. La necessità di ricorrere all'intervento del giudice, preposto alla giurisdizione contenziosa, anziché ad organi non giurisdizionali, nonostante l'assenza di diritti in conflitto, è da ritrovarsi nella natura degli interessi che richiedono particolari garanzie che solo il potere giudiziario e la struttura dell'organizzazione della giustizia assicurano. Da qui la qualificazione della volontaria giurisdizione quale attività formalmente giurisdizionale e sostanzialmente amministrativa <sup>(43)</sup>.

Seppur parzialmente diversificato a seconda delle materie lo schema dei procedimenti di volontaria giurisdizione prevede che l'iniziativa processuale è della parte che presenta il ricorso, che è atto necessario per la soddisfazione dell'interesse che ne costituisce oggetto e che, senza la partecipazione del giudice, non sarebbe altrimenti attuabile. Oggetto della domanda non è la violazione di un diritto soggettivo, rispetto alla quale il giudice deve verificare la sussistenza emettendo un correlativo provvedimento contro l'agente, ma l'emissione di un

---

<sup>(42)</sup> E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova 1953, 28; E. REDENTI, *Nozioni e regole generali sui procedimenti e provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Dir. proc. civ.*, III, Torino 1957, 343; L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.* (1986), 592.

<sup>(43)</sup> E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., 36. Allorio, infatti, definiva la giurisdizione volontaria quale «attività amministrativa, ossia sprovvista di cosa giudicata, perché risultato di un procedimento idoneo a giustificare quest'ultimo effetto, assegnata però per competenza a organi abitualmente giurisdizionali, che cioè normalmente adempiono un'attività giurisdizionale in senso proprio, produttrice della cosa giudicata» (cfr. E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1948), 36).

provvedimento per la soddisfazione di un interesse rispetto al quale il giudice ha un ruolo integrativo, non essendo a lui sottoposta una fattispecie completa. In sede di ricorso, le parti possono non precisare o fornire gli strumenti di prova, perché il giudice, in forza dei suoi poteri inquisitori, può acquisire *ex officio* gli elementi che ritiene più opportuni. Il pubblico ministero partecipa in qualità di interveniente necessario. In virtù dell'obbligo assunto con il ricorso, il giudice emette il provvedimento (atto imperativo vincolato) che ha la forma di un decreto motivato. Questo non è finalizzato all'accertamento di alcun diritto, ma alla verifica dell'attività istruttoria svolta al fine di acquisire gli elementi indispensabili per affermare la sussistenza della situazione di fatto sottoposta alla sua attenzione. Il ricorso è soggetto al reclamo avanti giudice superiore. Con il reclamo viene riproposta al giudice di secondo grado, la situazione di fatto prospettata al giudice di primo grado, con lo scopo di ottenere l'emissione di un provvedimento più idoneo a soddisfare un determinato interesse, che, pertanto, può avere ad oggetto anche elementi nuovi o completamente diversi e prescinde da vizi legati al procedimento.

Si esclude la possibilità di un ricorso per cassazione avverso il reclamo in quanto, secondo pacifico orientamento della Suprema Corte, si tratta di un «provvedimento che, adottato nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è privo del carattere della decisorietà, configurandosi come intervento di tipo ordinatorio ed amministrativo, insuscettibile di passare in cosa giudicata in quanto sempre revocabile e modificabile per la sopravvenienza di nuovi elementi di valutazione»<sup>(44)</sup>.

Prospettati sinteticamente gli aspetti qualificanti che contraddistinguono la volontaria giurisdizione risulta agevole riscontare nella funzione giurisdicente esercitata dalla Corte dei conti nel giudizio di parifica dei rendiconti regionali elementi di forte affinità con quella. Non è un caso che la Cassazione, per descrivere le due fattispecie, utilizzi sostanzialmente lo stesso linguaggio.

Infatti, come diceva Giannini vi sono attività nelle quali il giudice compie attività aventi qualità di verifica di regolarità, alle quali è da riconoscere carattere di attività di controllo, e che anche se norme positive configurassero tali attività come giurisdizionali tale qualificazione formale rilevarebbe in relazione al procedimento da seguire, all'effetto della pronuncia del giudice o all'impugnazione della stessa, ma non ne farebbero venire meno il contenuto di controllo<sup>(45)</sup>.

In questo senso, sebbene nell'ambito di un contesto ordinamentale profondamente diverso e dominato dal diritto pubblico, il magistrato contabile, in ragione della sua posizione di terzietà ed indipendenza, nell'esercizio della sua funzione di controllo è chiamato a rendere "normale" il rendiconto,

---

<sup>(44)</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 6 maggio 2010, n. 11019; Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2003, n. 2205, disponibili in banca dati *Utet giuridica*.

<sup>(45)</sup> M.S. GIANNINI, *Nozioni e problemi* (1974), in *Scritti VI 1970-1976*, Milano 2005, 731-732.

conferendogli certezza sul piano della sua regolarità e della sua legittimità; egli è chiamato integrare, con la sua decisione, la legittimità costituzionale del processo decisionale relativo al bilancio della Regione a tutela di un interesse pubblico, l'equilibrio finanziario del sistema pubblico.

Al riguardo, l'art. 119 Cost. ha posto degli ostacoli oggettivi all'autonomia finanziaria delle Regioni: ostacoli che impediscono di esprimere liberamente la propria capacità di spesa, ovvero che impongono che essa debba essere sottoposta a controllo per evitare che arrechi pregiudizio all'assetto complessivo del sistema. Rimuovere tali ostacoli - *ex ante* nel controllo preventivo di legittimità o *ex post* nella parificazione del rendiconto - per l'esplicarsi, in maniera costituzionalmente legittima, dell'autonomia regionale in materia di utilizzo delle risorse è compito del giudice contabile ed esercizio di giurisdizione. Solo che, in questo caso, la *iurisdictio* non deriva dallo stato di contestazione e di incertezza che rende necessario l'accertamento in contraddittorio dei diritti, in quanto il giudice si è chiamato dalla stessa Regione interessata a deliberare un provvedimento voluto dalla legge in modo necessario a prescindere da qualunque contesa tra e con altri soggetti.

Che si tratti di una superfetazione in chiave giurisdizionale dell'attività di controllo propriamente detta ovvero un opposto allargamento dell'ambito della giurisdizione contabile idonea a conglobare l'intera attività delle Corti dei conti appare sinceramente di poca importanza se conduce ad un medesimo risultato: una pronuncia imperativa idonea a rimuovere un ostacolo giuridico previsto dall'ordinamento. Ciò che rileva, sul piano giuridico, invece, a seconda dei casi, sono le modalità con cui si perviene a tale pronuncia, le quali, in ragione delle "forme contenziose" imposte dal legislatore, devono rispondere a determinati parametri sistematici.

In questo senso, si può ancora una volta ribadire che la decisione sulla parifica è un atto giurisdizionale a contenuto amministrativo <sup>(46)</sup> che, al pari di quanto avviene nei giudizi di volontaria giurisdizione, si costruisce, nell'ambito di un procedimento ad iniziativa di parte, la Regione, attraverso un'istruttoria formale basata sul principio inquisitorio e che, sulla base di quanto detto in precedenza, non forma giudicato.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha affermato che solo «ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la [parifica della] Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi

---

(46) D'altra parte, come sostenuto da Benvenuti, la circostanza che l'art. 40 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 di Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti abbia prescritto la ritualità delle forme contenziose è ulteriore prova che il legislatore abbia limitato alla solennità esteriore confermando, nella sostanza, la natura di atto di controllo da riconoscere alla delibera sulla parificazione. Cfr. F. BENVENUTI, *Osservazioni parallele sul rendiconto* (1958), cit., 1668.

nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo»<sup>(47)</sup>.

Le evidenziate affinità con la volontaria giurisdizione permettono di affrontare e risolvere, in maniera sistematicamente coerente, anche tutte le questioni sollevate dall'art. 1, quinto comma 5, del D.l. n. 174/2012 e segnatamente: il problema del contraddittorio in sede istruttoria; l'esatta configurazione del ruolo del pubblico ministero e la sindacabilità della deliberazione da parte delle Sezioni riunite.

Con riferimento al contraddittorio escludendosi l'applicazione dei principi di cui all'art. 111 Cost., relativi alla giurisdizione contenziosa, al pari dei procedimenti di volontaria giurisdizione, «il contraddittorio con gli enti controllati deve essere assicurato durante tutto l'iter procedurale a partire dall'istruttoria e su tutti i temi sottoposti a verifica per essere definito, attraverso successivi affinamenti, prima dell'udienza pubblica, l'oggetto della quale va circoscritto ai soli temi e alle questioni contenuti nelle conclusioni dell'istruttoria. In tali limiti devono essere svolti gli interventi dei soggetti che partecipano all'udienza»<sup>(48)</sup>.

La partecipazione del Pubblico ministero, così come previsto in molti dei procedimenti camerali in sede civile, si qualifica in termini puramente formali quale tutore dell'interesse generale oggettivo, individuato nella regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale dell'amministrazione regionale<sup>(49)</sup>. Egli non esercita alcuna attività di controllo, né istruttoria e svolge un ruolo di interveniente necessario destinato a segnalare eventuali fenomeni di scostamento delle gestioni pubbliche dai parametri di legittimità e regolarità in ordine agli oggetti delle verifiche preordinate al giudizio di parificazione. In questo senso, non servirebbe, come fatto dalla giurisprudenza contabile<sup>(50)</sup>, affermare la qualità del PM di parte in senso sostanziale per giustificare l'impugnazione da parte dello stesso della parifica poiché nei procedimenti volontaria giurisdizione, in risulta configurato appunto come interveniente necessario (art. 70 c.p.c.), egli è pienamente legittimato a proporre il reclamo avverso il provvedimento<sup>(51)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Cfr. Corte cost., 23 giugno 2015, n. 181, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>(48)</sup> Corte conti, sez. riun., 14 giugno 2013, n. 7 cit., in *www.corteconti.it*.

<sup>(49)</sup> Corte cost., 27 aprile 2017, n. 89, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>(50)</sup> Corte conti, sez. riun., 15 dicembre 2017, n. 44, in *www.corteconti.it*.

<sup>(51)</sup> Cass. civ., sez. I, 16 maggio 1994, n. 4785; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1988, n. 6817, in banca dati *Utet giuridica*.

In ultimo, occorre soffermarsi sulla questione relativa alla possibilità di una impugnazione del giudizio di parifica innanzi alle Sezioni Riunite ai sensi dell'art. 11, comma sesto, lett. e) Codice della giustizia contabile.

Gli argomenti forniti dalla dottrina contraria alla tesi della sindacabilità della decisione di parifica si fondano su due ordini di argomenti: il primo, riguarda il tipo di provvedimento; il secondo, l'interesse a ricorrere. In primo luogo, si osserva che risulta «del tutto contraddittorio riconoscere che nel giudizio di parifica le Sezioni riunite regionali si pronunciano sul rendiconto regionale con decisione a carattere di definitività e poi ammettere la sindacabilità del "modus decidendi", al fine di verificare la correttezza dell'esercizio della specifica funzione di controllo e in particolare delle modalità di esecuzione dei riscontri finanziario-contabili richiesti dalla natura stessa del giudizio di parifica» tale argomento si fonda sul carattere irrettrabile della decisione - che come si è dimostrato in precedenza non è così scontato - tale che «la pronuncia non può essere soggetta a revisione in un forzato giudizio di secondo grado, non tanto perché praeter legem, ma per la sua stessa intrinseca natura e finalità, che non ammette correttivi o ripensamenti, anche perché la decisione ha la forza di un accertamento tecnico basato su regole numeriche univocamente definite e applicate»<sup>(52)</sup>. In secondo luogo, il nesso di ausiliarità della Corte dei conti nei confronti dell'assemblee elettive regionali priverebbe di interesse un'azione nei confronti di un atto emanato nell'esercizio di una funzione rigorosamente neutrale e disinteressata a tutela dell'interesse a varare un documento, il rendiconto, privo di vizi contabili strutturali.

Riservando l'analisi di questo ultimo profilo al successivo paragrafo, con riferimento alla prima osservazione la questione dell'impugnabilità si fonda sulla irrettrabilità della decisione che, invece, sulla base della prassi, è tutta da dimostrare allorquando si ammette la parifica con riserva oppure la possibilità del governo regionale di presentare un nuovo rendiconto emendato dopo la pronuncia di parifica. A ben vedere, l'impugnazione da parte del pubblico ministero o della parte - che appunto è qualificata come *revisio prioris istantiae* (ossia, al pari del reclamo nella volontaria giurisdizione, essa è «una revisione finalizzata a verificare la conformità rispetto all'ordinamento della deliberazione emessa all'esito del giudizio di parifica»<sup>(53)</sup>) - si fonda sugli effetti conformativi che dalla delibera derivano in ragione della sua natura imperativa.

Al riguardo si deve osservare che a differenza di quanto previsto dall'art. 39 del T.U del 1934 il giudizio non può essere limitato alla sola verifica «e le entrate riscosse e versate ed i resti da scuotere e da versare risultati dal rendiconto, siano conformi ai dati esposti nei conti periodici e nei riassunti generali trasmessi alla Corte», né «se le spese ordinate e pagate durante

---

<sup>(52)</sup> Cfr. P. SANTORO, *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, cit., 38.

<sup>(53)</sup> Corte Conti, sez. riun., 28 luglio 2014, n. 27, in *www.federalismi.it*.

l'esercizio concordino con le scritture tenute e controllate dalla Corte», in quanto la *ratio* del D.l. n. 174/2012 impone un riscontro complessivo della conformità del rendiconto ai parametri dell'equilibrio di bilancio. Infatti, come affermato anche dal giudice contabile, «alla luce del mutato contesto economico e finanziario, i principi di cui ai novellati articoli 81, 97 e 119 della Costituzione (*ex lege* costituzionale n.1/2012) si pongono, oggi, unitamente alle leggi del complessivo ciclo del bilancio, come coordinate giuridico economiche "essenziali" ai fini della verifica della "parificabilità" dei rendiconti regionali, non solo in chiave di corrispondenza formale di poste contabili ma soprattutto in termini di veridicità, attendibilità e sostenibilità di tali risultanze rispetto al conseguimento dell'obiettivo primo, e cioè l'equilibrio effettivo e strutturale del bilancio regionale quale "bene della collettività"»<sup>(54)</sup>.

Pertanto sembra corretto ritenere che si è in presenza non di mero accertamento tecnico, quanto piuttosto di una valutazione tecnica a carattere certativo-prescrittivo, la quale si fonda su una lettura della regolarità/legittimità della rendicontazione.

In questa prospettiva, non appare così eterodosso che la stessa possa essere contestata allorché l'invalidità/validità delle poste si fondi su un'interpretazione della norma attributiva del potere di spesa ritenuta errata, ovvero su un'analisi delle scritture contabili basata su un'istruttoria che si assume, ad esempio, non accurata. Gli effetti riflessi della valutazione, potenzialmente pregiudizievoli per la Regione in termini di illegittimità costituzionale della legge che approva il rendiconto, giustificano la possibilità di un sindacato di "secondo grado" sulla delibera.

Inoltre, sotto altro profilo, risulta agevole osservare che, allorché la parifica vedeva come protagonisti solo tre attori - il Governo, il Parlamento e le Sezioni Riunite della Corte dei conti - il problema dell'unità di indirizzo nell'istruttoria e nell'interpretazione delle norme di contabilità era tutto sommato relativo, ma in presenza di una moltiplicazione di giudizi, svolti da diverse sezioni regionali, caratterizzate da *modus operandi* e sensibilità non sempre uniformi e nei confronti contesti organizzativi contrassegnati da criticità originate da leggi frutto di esercizio di autonomia regionale, l'aver la possibilità di testare la regolarità in sede centrale è un momento di rafforzamento dell'unitarietà del giudizio e, quindi, dell'effettività del sistema.

##### **5. Una nuova forma di ausiliarietà.**

Ulteriore punto su cui si riscontra convergenza di opinioni è quello sulla simmetria tra giudizio di parifica reso nei confronti dello Stato e quello attinente ai rendiconti regionali introdotto come si è detto dal D.L. n. 174/2012. Dall'assunta simmetria, che viene argomentata dal rinvio alle norme di

---

<sup>(54)</sup> Cfr. Corte Conti, Basilicata, sez. contr., 18 novembre 2016, n. 45 in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

procedura contenute nel Testo Unico del 1934, si deduce la funzione di ausiliarità che la Corte dei conti svolgerebbe nei confronti delle assemblee regionali.

A ben vedere tale affermazione non risulta condivisibile per due ordini di ragioni: una di carattere formale ed una di tipo funzionale.

La parifica del rendiconto dello Stato troverebbe il suo fondamento nell'art. 100 Cost. e si colloca nell'equilibrato rapporto tra Governo e Parlamento<sup>(55)</sup>. Tale configurazione non trova riscontro in ambito regionale poiché l'inserimento del giudice contabile nelle dinamiche istituzionali interne alla Regione avrebbe dovuto essere previsto esplicitamente negli Statuti regionali. Infatti, risulta di palmare evidenza che esso impatta in maniera rilevante sull'assetto organizzativo di relazioni istituzionali in un sistema basato su una forma di governo incentrato sull'elezione diretta dell'esecutivo.

Il controllo sulla Regione è imposto da una legge statale senza un chiaro recepimento da parte delle Regioni, i rendiconti dei quali in virtù di un vincolo finanziario di rango costituzionale devono subire il vaglio "certativo" del giudice contabile che, inoltre, nella medesima sede è tenuto a compiere osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione e a "raccomandare" le misure di correzione e gli interventi di riforma che ritiene necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa.

Dunque, l'interlocuzione del giudice contabile con l'assemblea regionale è priva di una chiara copertura costituzionale, posto che il rapporto di controllo, correlato alla parifica, può essere configurato, nell'attuale quadro costituzionale, solo con la Regione nel suo complesso.

In tal senso, la collocazione funzionale della Corte dei conti in questo caso dovrebbe essere ravvisata nel Titolo V della Costituzione e trova il suo fondamento nell'art. 119 Cost., allorché, in maniera precisa, in esso ci si riferisce all'autonomia di spesa nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, al concorso ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e alla necessità che le fonti finanziarie coprano integralmente le funzioni ad esse attribuite. Ciò soprattutto in considerazione di un sistema contabile armonizzato dal D.lgs. n. 118/2001.

Risulta agevole rilevare che l'intero impianto dell'art. 1 del D.l. n. 174/2012 guarda all'art. 119 Cost., e non all'art. 100 Cost., ed è all'interno di questo che vanno tracciati i confini del controllo di regolarità/legittimità sotteso al giudizio di parifica: un controllo che non è collaborativo, bensì imperativo e monitorio in relazione al rispetto dei parametri costituzionali tracciati dalla

---

<sup>(55)</sup> Al riguardo si veda la completa disamina delle varie questioni fornita da A.G. ROSSO, *Le funzioni di sindacato giurisdizionale, di referto, di sindacato parlamentare inerenti al rendiconto generale dello Stato*, in AA.VV., *Manuale di contabilità di Stato*, a cura di G. Correale, Napoli 1993, 343 ss.

Novella del 2012. Il giudice contabile, in virtù della sua neutralità e imparzialità, non è chiamato a prestare ausilio, quanto piuttosto a monitorare il rispetto dei parametri costituzionali e, in un'ottica dicotomica, rimuovere, o non, *ex post* gli ostacoli che la norma costituzionale pone sull'autonomia finanziaria regionale.

La circostanza che la legge regionale possa non tenere conto di quanto accertato in parifica e che la Corte dei conti possa sollevare questione di costituzionalità nei confronti della stessa per violazione dell'art. 119 Cost. avvalorata la tesi che se di esercizio di una funzione ausiliaria si deve parlare nel caso della parifica, quella della Corte dei conti è indirizzata nei confronti della Corte costituzionale e non dell'assemblea regionale <sup>(56)</sup>.

In altri termini, la Novella del 2012, di cui il D.l. n. 174/2012 è diretta applicazione, disegna un sistema integrato di giustiziabilità costituzionale nel rispetto del principio di equilibrio di bilancio e dell'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento europeo da parte delle Regioni. La Corte dei Conti espleta la sua funzione di controllo legittimità/regolarità sui documenti di bilancio e la Corte costituzionale interviene in maniera eventuale e successiva, sulla legge di approvazione di tali documenti per riscontrare la legittimità rispetto ai parametri di riferimento tracciati dagli artt. 81, 97 e 119 Cost.

D'altra parte, come osservato ancora di recente dalla Corte costituzionale, anche la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità si giustificherebbe sulla base della specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica: posto che il sindacato sui profili attinenti all'osservanza di norme poste a tutela della sana gestione finanziaria e degli equilibri di bilancio si rivela per sua natura poco agevole, l'attività del giudice contabile, finalizzata, essenzialmente, alla verifica della gestione *secundum legem* delle risorse finanziarie costituisce momento di effettività del sindacato costituzionale <sup>(57)</sup>, soprattutto su quelle leggi che difficilmente sarebbero ad esso sottoposte (Corte cost., 23 luglio 2015, n. 181).

Tale forma di ausiliarità si paleserebbe, sia dal punto di vista repressivo, in ordine alla individuazione del *vulnus* del sistema e all'attivazione dello stesso <sup>(58)</sup>, sia dal punto di vista preventivo, in relazione alla funzione monitoria che la

---

<sup>(56)</sup> Al riguardo non può che ritenersi felice l'intuizione di A. BARETTONI ARLERI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, cit., 148, secondo il quale «alla stregua dell'attuale normativa e dell'interpretazione costituzionale relativa, è ben più fruttuoso concludere che l'ordinamento nell'attuale fase storica ha privilegiato il controllo della politica della spesa sì da consentire alla Corte dei Conti di estendere quella sua funzione di ausiliarità nei confronti delle Camere anche in strumento per il sindacato costituzionale sulle leggi di spesa, e quindi, in una sorta di ausiliarità per la stessa giurisdizione costituzionale».

<sup>(57)</sup> Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>(58)</sup> Vedasi in questo senso il *thema decidendum* delle sentenze 27 aprile 2017, n. 89 e 20 dicembre 2017 n. 274 della Corte Costituzionale in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), allorché, in relazione alla parifica del bilancio, rispettivamente della Regione Abruzzo e della

Corte dei conti esercita nei confronti del legislatore regionale. In questo ultimo senso si coglie l'esatta dimensione della relazione allegata alla delibera di parifica la quale, lungi dallo svolgere la funzione collaborativa propria del controllo di gestione di cui all'art. 7, settimo comma, della legge 5 giugno 2003, n. 31 (cd. legge La Loggia), si configura, al pari delle pronunce monito della Corte costituzionale, come momento in cui si invita il legislatore regionale a rendere una determinata disciplina conforme agli equilibri di bilancio, indicandogli i criteri a cui uniformarsi. Infatti, come osservato, uno degli effetti della riforma costituzionale del 2012 è che le sezioni regionali di controllo non operano più in esclusivo servizio dell'ente territoriale in funzione di stimolo all'autocorrezione, bensì in funzione dell'interesse più comprensivo della legalità finanziaria dello Stato e ai vincoli che discendono dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea al fine di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sana gestione finanziaria <sup>(59)</sup>.

L'esatto dimensionamento di questa funzione ausiliaria rispetto al sistema di giustizia costituzionale sarà costruito nel tempo attraverso l'evoluzione del contenzioso costituzionale e si auspica che l'analisi delle questioni sistematiche, qui solamente accennate, trovino adeguato approfondimento da parte della dottrina. Perché se un ordinamento contabile a vocazione centralista e gerarchizzata adattato forzatamente ad un sistema autonomistico produce inevitabilmente forme di rigetto che devono essere monitorate, curate e armonizzate all'interno dei confini costituzionali, il giudice contabile e la Corte costituzionale sono chiamate a giocare un ruolo coordinato al fine di rendere il sistema non solo effettivo rispetto alla *lex fiscalis* europea, ma anche e soprattutto "giusto" in relazione ai valori racchiuso nella nostra carta costituzionale.

## Bibliografia

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1948), 487 ss.

BARETTONI ARLERI A., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Roma 1997, III ed.

BENVENUTI F., *Osservazioni parallele sul rendiconto (1958)*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 2006, 1651 ss.

BIEBER R., MAIANI F., *Enhancing centralized enforcement of EU law: Pandora's toolbox*, in *Common Market Law Rev.* (2014), 1058 ss.

---

Regione Liguria, la Corte dei conti registrando dei vizi persistenti del rendiconto derivanti dal mancato adeguamento alle prescrizioni correttive indicati nel precedente giudizio di parifica, ha sollevato questione di costituzionalità per violazione di vincoli e di principi e relativi parametri interposti.

<sup>(59)</sup> Cfr. G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei Conti ed incidente di costituzionalità*, cit., 381.

- BRANCASI A., *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir. Annali*, VII (2014), 167 ss.
- BUSCEMA S., *La giurisdizione contabile*, Milano 1969.
- BUSCEMA S., *Trattato di contabilità pubblica*, II, Milano 1981.
- CAIANIELLO G., *Notazioni varie sui controlli della Corte dei conti, con particolare riguardo alle questioni di costituzionalità, alla parificazione ed alla registrazione con riserva*, in *Foro amm.* (1967), 49 ss.
- CAMMELLI M., *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni* (2012), 673 ss.
- CAMMEO F., *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei Conti*, in *Giur. it.* IV (1903), 177 ss.
- CAROSI A., *Il ruolo della Corte dei Conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in *Riv. Corte Conti* (2015), 577 ss.
- CECCHETTI M., *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: Profili di controriforma dell'autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it* (2012), 1 ss.
- CEVOLI U., *Introduzione storica ad uno studio sulla parificazione del rendiconto generale*, in *Studi in onore di Ferdinando Carbone*, Milano 1970, 111 ss.
- CHIAPPINELLI C., *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle regioni*, in *Riv. Corte Conti* (2016), 505 ss.
- CHITI M.P., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra gli stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* (2013), 1 ss.
- COGLIANDRO G., *Il procedimento di parificazione del rendiconto generale. Natura giuridica e principio del contraddittorio*, in *Foro amm.* (1980), 1308 ss.
- COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna 2006.
- DE CUPIS A., *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*, Torino 1910.
- DELLA CANANEA G., *La lex fiscalis europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 1 ss.
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova 1953.
- GARDINI G., *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Ist. Fed.* (2011), 457 ss.
- GIAMPAOLINO L., *Il giudizio di parifica dei rendiconti regionali*, in *www.giustamm.it* (2016).
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano 1970.
- GIANNINI M.S., *Nozioni e problemi (1974)*, in *Scritti VI 1970-1976*, Milano 2005.

- GRAFFEO M., *Il giudizio di parificazione del rendiconto statale*, in AA.VV., *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, a cura di E.F. Schlitzer, C. Mirabelli, Napoli 2018, 801 ss.
- GUARINO G., *Euro: venti di depressione (1992-2012)*, in *Nomos* (2012), 1 ss.
- GUCCIONE V., *Questioni di costituzionalità, legittimazione, rilevanza: variazioni sul tema con riferimento particolare al giudizio di parificazione*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.* (1969), 210 ss.
- JANNUZZI A., P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 2004.
- LUISO F.P., *I processi speciali. Diritto processuale civile*, Milano 2011.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2011.
- MANGIAMELI S., *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, in *www.issirfa.cnr.it* (2012).
- MASSARENTI A., *Attualità e prospettive del giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato*, in *Nuova rass. legisl., dottr. e giur.* (2004), 2382 ss.
- MERLONI F., *Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, in *Le Regioni* (2011), 599 ss.
- MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.* (1986), 591 ss.
- MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it* (2014).
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1892.
- PAJARDI L.P., *La giurisdizione volontaria*, Milano 1963.
- PINTO V., *Il giudizio di parifica dei rendiconti regionali: spunti di riflessione per conformare in chiave "utile" la sagoma multiforme*, in *Gazz. for.* (2018), 1007 ss.
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Napoli 1905.
- REDENTI E., *Nozioni e regole generali sui procedimenti e provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Dir. proc. civ.*, III, Torino 1957.
- REDENTI E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, Milano 2011.
- RIVOSACCHI G., *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni; quando la paura prevale sulla ragione*, in *www.rivistaaic.it* (2012).
- RIVOSACCHI G., *Controlli della Corte dei Conti ed incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.* (2017), 357 ss.
- ROSSO A.G., *Le funzioni di sindacato giurisdizionale, di referto, di sindacato parlamentare inerenti al rendiconto generale dello Stato*, in AA.VV., *Manuale di contabilità di Stato*, a cura di G. Correale, Napoli 1993.

- RUGGERI A., *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *www.giurcost.org* (2012), 1 ss.
- SALERNO G.M., *Le mitologie dell'autonomia tra equilibri di bilancio e principio di responsabilità degli enti territoriali*, in *Ist. Fed.* (2014), 83 ss.
- SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* (1962), 200 ss.
- SANTORO P., *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, in *www.contabilita-pubblica.it* (2018), 1 ss.
- SANTORO P., *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna 2012.
- SCALESE V., *Codice della volontaria giurisdizione e procedimenti camerali* Milano 2005.
- STAIANO S., *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in *www.federalismi.it* (2012), 1 ss.
- SUCAMELI F., *Il giudizio di parifica tra costituzionalismo antico e moderno. Il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di San Valentino*, in *Riv. Corte Conti* (2019), 1 ss.
- SUCAMELI F., *Il giudizio di parificazione del rendiconto delle regioni*, in AA.VV., *Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. Canale, F. Freni, Milano 2019, 1121 ss.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, II, Torino 1935.
- WILKINSON M.A., *The specter of authoritarian liberalism: reflection on the Constitutional crisis of the European Union*, in *German Law J.* (2013), 527 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1940.



## Divisione ereditaria e nullità “urbanistiche”

FRANCESCO VENOSTA

Professore ordinario di Diritto privato

Università degli Studi di Milano

francesco.venosta@unimi.it

---

### ABSTRACT

---

Il lavoro trae spunto da una recente sentenza delle S.U. della Corte di cassazione in tema di divisione ereditaria di immobili urbanisticamente irregolari: la Corte decide che tali fattispecie ricadono sotto le preclusioni che le norme urbanistiche impongono alla circolazione giuridica dell'immobile. Premesso che la divisione deve considerarsi alla stregua di un atto *inter vivos* e non *mortis causa*, la Corte innova il proprio precedente consolidato orientamento ad attribuire alla divisione ereditaria efficacia dichiarativa, e aderisce ai più moderni orientamenti che le attribuiscono natura costitutiva-traslativa, senza, peraltro, adeguatamente considerare il ruolo di essa nella più ampia vicenda successoria di cui costituisce l'elemento terminale; si conclude, quindi, che se di tale aspetto si fosse tenuto conto, la soluzione del caso concreto avrebbe potuto essere diversa. Sono oggetto di rapido esame anche alcuni profili particolari: la divisione giudiziale, quella parziale e il regime degli atti di disposizione compiuti *manente comunione*.

**Parole chiave:** Divisione ereditaria – Urbanistica – Immobile irregolare.



The essay is inspired by a recent ruling by the S.U. of the Italian Court of Cassazione in the matter of hereditary division of irregular urban properties: the Court stated that these cases fall under the prohibition concerning the legal circulation of the urban real estate. Provided that the division must be considered an inter vivos deed, the Court overruled its settled case-law holding that the division of inheritance is of constitutive nature and has not merely declaratory value, according to modern approaches. The article also examines some particular issues: the judicial division, the partial division and the regime of disposal acts carried out in communion.

**Keywords:** Division of inheritance – Urban Property – Irregular Real Estate.

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo*



## Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"

SOMMARIO: 1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari. – 2. Immobili irregolari e divisione. – 3. La innovativa sentenza Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021. – 4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria. – 5. Segue: la funzione *lato sensu* distributiva della divisione. – 6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria. – 7. Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 26021/2019. – 8. Immobili (irregolari) non comodamente divisibili. – 9. Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale. – 10. Segue: immobili irregolari e divisione parziale. – 11. Segue: atti di disposizione compiuti *manente comunione*.

### 1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari

Una importante sentenza delle S.U. offre l'occasione per alcune considerazioni generali in tema di natura della divisione ereditaria, che la Corte ha riesaminato *funditus* come premessa per decidere una questione in tema di nullità urbanistiche <sup>(1)</sup>.

Le norme sull'edilizia, infatti, tendono a scoraggiare gli abusi non solo comminando sanzioni amministrative e penali, ma anche utilizzando, per così dire, strumenti di coazione indiretta di natura civilistica, che tendono ad ostacolare l'utilizzo e la circolazione degli immobili abusivi.

Ne è un esempio l'art. 48, T.U. edilizia (DPR 6/6/2001 n. 380), il quale dispone al primo comma che «è vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici somministrare le loro forniture per l'esecuzione di opere prive del permesso di costruire, nonché ad opere in assenza di titolo iniziate dopo il 30 gennaio 1977 e per le quali non siano stati stipulati contratti di somministrazione anteriormente al 17 marzo 1985». Chi richiede il servizio deve allegare alla domanda una autodichiarazione contenente gli estremi del permesso di costruire, o della domanda di permesso in sanatoria, e «il contratto stipulato in difetto di tali dichiarazioni è nullo ...» (comma 2°).

Ma soprattutto vengono qui in considerazione gli ostacoli normativi alla circolazione degli immobili abusivi, che non sono privi di complessità e che vanno descritti in modo diacronico, muovendo dalla legge n. 47 del 1985, ora per

---

<sup>(1)</sup> Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021, in *Contr.*, 2019, 607 con nota di F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*. La sentenza è ampiamente commentata da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13.

la maggior parte non più in vigore perché sostituita dal già richiamato DPR n. 380 del 2001.

Le disposizioni della legge del 1985 consideravano separatamente, da un lato, gli atti relativi ad edifici e quelli relativi a terreni; dall'altro lato, gli atti relativi a edifici realizzati prima o dopo la sua entrata in vigore.

Quanto ai terreni, l'art. 18 l. n. 47 disponeva che *«gli atti tra vivi, sia in forma pubblica sia in forma privata, aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono essere né stipulati né trascritti ... ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica ...»* (comma 2°); *«gli atti aventi per oggetto lotti di terreno, per i quali sia stato emesso il provvedimento previsto dal settimo comma [si tratta dell'ordinanza comunale di sospensione della lottizzazione non autorizzata], sono nulli e non possono essere stipulati, né in forma pubblica né in forma privata, dopo la trascrizione di cui allo stesso comma ...»* (comma 9°); *«le disposizioni di cui sopra ... non si applicano comunque alle divisioni ereditarie, alle donazioni fra coniugi e fra parenti in linea retta ed ai testamenti, nonché agli atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù»* (comma 11°).

Queste disposizioni sono state riprodotte, tali e quali, nell'art. 30, T.U. ed.

Quanto, invece, alle costruzioni irregolari, l'art. 17, l. n. 47 del 1985 disponeva che *«gli atti tra vivi ... aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti, reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria ... Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù»* (comma 1°); *«le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali»* (comma 5°).

La disposizione appena trascritta riguardava le costruzioni posteriori all'entrata in vigore della legge; a quelle anteriori, invece, si applica l'art. 40, che, con formulazione parzialmente diversa, così dispone: *«gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ... »* (comma 2°); *«le nullità di cui al secondo comma del presente articolo non si applicano ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali nonché a quelli derivanti da procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa»* (comma 5°). Come conviene osservare subito, queste ultime disposizioni non contengono alcun espresso riferimento né allo "scioglimento delle comunioni" né tanto meno alle "divisioni ereditarie", ma sembrano collocare nel perimetro della nullità qualunque negozio tra vivi, quale che ne sia la natura o la causa (e fatte salve le eccezioni espressamente disposte), avente come oggetto un diritto reale immobiliare.

L'art. 46 T.U. ed. riprende testualmente la formula del previgente art. 17 con riferimento agli edifici «*la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985*», mentre per gli edifici costruiti prima di tale data continua ad applicarsi la normativa anteriore (cioè l'art. 40, l. n. 47 del 1985).

## 2. Immobili irregolari e divisione

Queste disposizioni hanno destato discussione intorno al modo in cui esse dovessero applicarsi alle divisioni, ed in particolare intorno alla questione, se esse trovassero applicazione anche alle divisioni ereditarie.

Quanto alla divisione delle aree nude, sia l'art. 18 legge 47/85, sia l'art. 30 T.U. ed. escludono espressamente dalla sanzione della nullità le divisioni ereditarie, mentre vi ricomprendono, altrettanto espressamente, lo scioglimento delle comunioni, in tal modo fra l'altro indicando che le prime, diversamente dallo scioglimento delle comunioni ordinarie, non possono essere considerate, in sé e per sé, alla stregua di lottizzazioni abusive negoziali <sup>(2)</sup>, tanto è vero che sono valide anche se compiute dopo la trascrizione del provvedimento sospensivo comunale. La *ratio* del diverso trattamento deve probabilmente ravvisarsi nel carattere forzoso della comunione ereditaria, la quale per tale ragione non può presumersi che venga utilizzata per eludere le norme che presidiano l'interesse generale alla corretta pianificazione dell'uso del territorio, di modo che prevale l'esigenza di non "condannare" i coeredi ad una non voluta condizione di indivisione, in contrasto, oltre tutto, con una preferenza di fondo dell'ordinamento per la proprietà individuale che si manifesta anche nella attribuzione, a ciascuno dei comunisti, del diritto potestativo a chiedere la divisione <sup>(3)</sup>.

Quanto agli edifici, invece, la situazione è un poco più complessa, e la soluzione non discende pianamente dal tenore letterale delle norme. L'art. 17 l. 47 del 1985 non accenna alle divisioni ereditarie, ma sanziona con la nullità «*gli atti tra vivi ... aventi per oggetto ... [lo] scioglimento della comunione*», e tale disciplina è riprodotta, pari pari, nell'art. 46 T.U. ed.. L'art. 40 l. n. 47 del 1985 (che riguarda gli edifici abusivi costruiti entro il 1° ottobre 1985) neppure accenna

---

<sup>(2)</sup> Sulla nozione della lottizzazione negoziale, cfr. da ult. Cons. Stato, VI, 1° marzo 2019 n. 1448; Id., 10 novembre 2015 n. 5108. Questioni riguardanti lottizzazioni negoziali attuate mediante atti di divisione sono state decise da Cons. Stato, V, 20 aprile 2001 n. 2411, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 639; e da Cons. Stato, V, 24 ottobre 1996 n. 1283.

<sup>(3)</sup> Così Cass., S.U., n. 25021/2019: «per la divisione di terreni provenienti da eredità, laddove su di essi non sia stato consumato alcun abuso edilizio, il legislatore ha inteso far prevalere l'intento dei coeredi di sciogliersi da una comunione che – in quanto originata da una successione *mortis causa* – essi non hanno voluto; ritenendo di non poter presumere che i *coheredes*, che intendano sciogliersi dalla comunione dei beni ereditari, abbiano – per ciò stesso – l'ulteriore intento di destinare il terreno ricevuto in eredità a scopo edificatorio illecito».

alle divisioni e prende in considerazione «*gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali*», qualificando così la fattispecie non sulla base della natura dell'effetto che l'atto produce, bensì solo alla stregua dell'oggetto dell'atto medesimo (il diritto reale, appunto, fatta eccezione solo per i diritti reali di garanzia o di servitù). Questa disposizione non è stata abrogata dal T.U. ed. ed è, quindi, ancora in vigore (cfr. artt. 136, c. 2°, lett. f e 137, c. 1°, lett. c, T.U. ed.).

In relazione alle due disposizioni da ultimo richiamate, nonché all'art. 46 T.U. ed., il tema della divisione ereditaria si pone in quanto esse fanno riferimento agli "atti tra vivi", mentre, pur non potendosi trascurare l'assenza di una espressa salvaguardia per le divisioni ereditarie, si è dubitato che queste ultime possano catalogarsi senza discussioni fra gli "atti tra vivi", senza tenere in considerazione la loro collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, non potendosi escludere che il legislatore abbia utilizzato quella formula in modo non restrittivo e comunque non rigoroso, lasciando quindi aperto il tema della esatta collocazione della divisione ereditaria, che pur essendo tecnicamente, in sé e per sé, un atto tra vivi <sup>(4)</sup>, si inserisce necessariamente in una vicenda successoria.

In disparte l'incerta formulazione testuale e il non agevole coordinamento fra le diverse norme, l'attenzione deve, quindi, concentrarsi sulla natura della divisione e sulla sua collocazione all'interno della vicenda successoria, e difatti è proprio su questo aspetto che si snodano le motivazioni delle sentenze (non molte, per la verità) che si sono occupate del tema.

Cass. 28 novembre 2001 n. 15133 <sup>(5)</sup> ha deciso una controversia divisionale sulla base dell'art. 17 l. n. 47 del 1985, negando la nullità della divisione sul presupposto che «*non può restare senza rilievo il fatto che nel caso in esame si tratta di scioglimento di comunione ereditaria, poiché la norma che si assume violata, pur riguardando anche gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, limita espressamente il proprio campo oggettivo di applicazione ai soli 'atti tra vivi', lasciando, quindi, al di fuori tutta la categoria degli atti mortis causa. E' invero evidente che, come esattamente osservato da autorevole dottrina, la divisione ereditaria, pur attuandosi dopo la morte del de cuius, costituisce l'evento terminale della vicenda successoria e, quindi, rispetto a questa non può considerarsi autonoma. Tale rilievo trova conferma nel dato positivo offerto dall'art. 757 cod. civ., che assegna efficacia retroattiva alle attribuzioni scaturenti dall'atto divisionale*». Saggiunge anche, la Suprema Corte, che una diversa soluzione sarebbe contraddittoria con l'affermazione, data per scontata, che la nullità ex art. 17 non potrebbe operare per la divisione del testatore, così come sarebbe contraddittoria «*l'applicazione della norma all'ipotesi di attribuzione ereditaria di un edificio a più soggetti e la non applicazione all'ipotesi di attribuzione ereditaria dello stesso edificio ad un solo soggetto*».

---

(4) Cfr. F. VENOSTA, *La divisione*, nel Tratt. diretto da Sacco, Torino 2014, 153.

(5) In *Vita not.*, 2002, 331.

Cass. 1° febbraio 2010 n. 2313 <sup>(6)</sup> si colloca apparentemente sulla medesima linea, al segno di trascrivere l'intera motivazione della sentenza precedente (quella parte di essa, che anche noi abbiamo sopra riportato), sulla premessa che *«la giurisprudenza di questa corte ha già rilevato che in tema di invalidità del contratto, mentre l'art. 17 ... prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l'art. 40 ... , pur specificando le singole categorie di atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni»*.

La Corte, che si trovava a decidere sulla base dell'art. 40 l. n. 47 (immobile costruito prima dell'entrata in vigore della legge), soggiunge che la *ratio* della *«nullità formale o documentale di cui si discute (diversa da quella sostanziale discendente da mancanza della concessione edilizia o in sanatoria) trova fondamento nell'esigenza di fornire all'acquirente una precisa nozione della condizione urbanistica del bene negoziato»*, la qual cosa non vale per il coerede dividente; per concluderne che *«la attenuazione del regime più rigoroso di cui all'art. 17 è giustificata dal fatto che trattasi di beni già edificati prima dell'entrata in vigore della legge. Irrilevante è poi la circostanza che l'art. 18 in tema di lottizzazione abusiva includesse ... gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali tra quelli che imponevano l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica. La diversità anche testuale delle disposizioni giustifica a maggior ragione un diverso trattamento interpretativo, ferma peraltro, anche nel caso di lottizzazione abusiva, la possibile differenza tra divisione ereditaria e divisione ordinaria»*.

Questa seconda sentenza, quindi, sembra introdurre una differenza di trattamento della divisione ereditaria secondo che essa vada soggetta all'applicazione dell'art. 17 l. 47 del 1985 (ora art. 46 T.U. ed.: nullità) ovvero degli artt. 40 e 18 (quest'ultimo ora sostituito dall'art. 30 T.U. ed.: validità). Una distinzione, questa, che per la verità non era stata posta da Cass. n. 15133/2001, la quale aveva ritenuto la validità di una divisione ereditaria sul presupposto che le fosse applicabile l'art. 17 <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> In *Foro it.*, 2010, I, 2127.

<sup>(7)</sup> Cfr. anche, da ultimo, Trib. Lucca 31 luglio 2018, in *Juris data*: «sulla base di una corretta interpretazione della vigente disciplina, le divisioni ereditarie sono escluse dall'alveo di applicazione della citata sanzione della nullità, non essendo atti autonomi e diversi da quelli *mortis causa*, ponendosi piuttosto quali atti conclusivi della vicenda successoria». Meritano poi di essere ricordate qui Cass. 13 luglio 2005 n. 14764 (in *Riv. not.*, 2006, 727): «in tema di invalidità del contratto, mentre l'art. 17 della l. n. 47 del 1985 prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l'art. 40 della stessa legge, pur specificando le singole categorie di atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni»;

È appena il caso di osservare che in entrambi i casi la S.C. non accenna neppure a quello che, in tema di natura della divisione, è sempre stato considerato il profilo dominante: se, cioè, la divisione abbia natura dichiarativa, ovvero costitutivo-traslativa <sup>(8)</sup>.

### 3. La innovativa sentenza Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021

Vanno, ora, brevemente riepilogati i principali contenuti di Cass., S.U., 7 ottobre 2019 n. 25021, con la quale la S.C. si ripropone di dare risposta a due quesiti, posti in linea di consequenzialità logica: se fra gli "atti tra vivi" di cui all'art. 40, l. n. 47 del 1985 «*debbano ritenersi compresi o meno gli atti di scioglimento di comunioni*»; se, in caso positivo, siano fra essi comprese anche le divisioni ereditarie <sup>(9)</sup>.

---

nonché Cass. 17 gennaio 2003 n. 630, la quale, senza particolarmente approfondire l'esame della questione, conferma, indirettamente, che la nullità comminata dall'art. 17 non vale per le divisioni ereditarie, ricomprese nella «categoria degli atti *mortis causa*» (in *Riv. giur. ed.*, 2003, 1465 con nota di M. DE TILLA, *Scioglimento della comunione e costruzione abusiva*).

<sup>(8)</sup> Per una sommaria ricostruzione del dibattito sul tema, ci permettiamo di rinviare a F. VENOSTA, *La divisione*, cit., 24 ss.. In giurisprudenza la natura dichiarativa della divisione è sempre stata affermata con una certa sicurezza: cfr. da ult. Cass. 7 novembre 2017 n. 26351. Ed anche in dottrina, così recentemente A. MORA, *sub art. 757*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da (Schlesinger) – Busnelli, Milano 2014, 61: «quanto all'atto di divisione, esso è sicuramente dichiarativo; in modo altrettanto netto è retroattivo. Ma a ciascuna delle rispettive qualificazioni si giunge per vie non coincidenti». Si consideri pure che Cass. 24 luglio 2000 n. 9659, pur confermando in generale la natura dichiarativa della divisione, soggiunge che ciò vale solo «nei limiti in cui si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i dividendi e le porzioni del complesso attribuite a ciascuno di essi siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione»; mentre non vale, e l'atto ha natura traslativa-costitutiva, quando «all'uno dei dividendi venga assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, altresì la porzione corrispondente alla quota d'altro dividendo in applicazione, nel caso particolare, dell'art. 720 c.c.».

<sup>(9)</sup> Mette conto ricordare qui anche l'altra recente sentenza Cass., S.U., 22 marzo 2019 n. 8230 (in *Foro it.*, 2019, I, 2370 con note di C. DE LORENZO e A.M. SINISCALCHI), la quale non si occupa del tema della divisione, ma contiene comunque considerazioni significative a proposito delle nullità urbanistiche, in particolare prendendo posizione sull'antica e controversa questione del loro carattere "formale" o "sostanziale": se, in buona sostanza, la nullità dipenda solo dalla omissione dei riferimenti ai provvedimenti abilitativi e delle allegazioni documentali, ovvero possa abbracciare anche gli atti che, pur integrando siffatti requisiti "formali", hanno ad oggetto edifici urbanisticamente irregolari in quanto realizzati, ad esempio, in totale difformità dal permesso di costruire. In esito ad una disamina estesa ed accurata, la Corte conclude nel senso che sono nulli solo gli atti mancanti dei riferimenti o delle allegazioni documentali espressamente richieste dalla legge, compresi quelli che contengano falsi riferimenti a titoli inesistenti;

mentre non lo sono gli atti relativi ad edifici che, pur essendo muniti del titolo abilitativo, sono stati costruiti in difformità da esso.

Di tale pronuncia conviene mettere qui in rilievo soprattutto i presupposti metodologici: «pare ... che il principio generale di nullità riferita agli immobili non in regola urbanisticamente che la giurisprudenza c.d. sostanzialista ritiene di poter desumere da tale contesto normativo, sottolineando l'intenzione del legislatore di renderli *tout court* incommerciabili, costituisca un'opzione esegetica che ne trascende il significato letterale e che non è, dunque, ossequiosa del fondamentale canone di cui all'art. 12, 1° comma, preleggi ... La lettera della norma costituisce, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*»; soggiungendo poi, altrettanto perspicuamente, che «la tesi della nullità generalizzata non è neppure in linea col criterio di interpretazione teleologica ... che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni ... ove ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa ... e ciò in quanto la finalità di una norma va, proprio al contrario, individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già, o al più in via complementare, in funzione delle finalità ispiratrici del più ampio contesto normativo in cui quel testo è inserito».

Questa sentenza ha ricevuto l'energica critica di F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 625, sul presupposto generale che «la edificazione si atteggia come *attività di rilevanza pubblica*, dovendo risultare compatibile con l'interesse pubblico. Una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa edilizia e urbanistica deve contrastare la edilizia illegale e il suo sbocco naturale di collocazione di edifici abusivi ...» (627); l'Autore perviene alla conclusione che la sentenza in esame sarebbe il frutto di «una visione formalistica della rilevanza del titolo abilitativo, rilevando le sole vicende del documento non la rispondenza del documento alla realtà materiale» (635).

Una presa di posizione favorevole si rinviene, invece, nell'ampio e informato contributo di G. TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 2019, 935.

Da un punto di vista costruttivo generale, è anche importante osservare che quelle in discorso vengono, dalle S.U., espressamente ricondotte alla categoria delle nullità testuali di cui al c. 3° dell'art. 1418 c.c., che devono considerarsi di stretta interpretazione («le norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste»); piuttosto che alle nullità virtuali di cui al 1° c. dell'art. 1418, che secondo una diffusa opinione potrebbero offrire all'interprete un più ampio margine di discrezionalità. Cfr. in questo senso M. RABITTI, *sub art. 1418*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino 2012; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1994, 23 (il quale, peraltro, riconduce le nullità urbanistiche per difetto dei riferimenti richiesti dalla legge alla categoria della "incompletezza dell'atto": *ibid.*, 238). Una posizione più rigorosa, e meno propensa a concedere all'interprete una incontrollata discrezionalità, sembra assumere A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, 367: «la previsione di una norma imperativa è il frutto di una valutazione di opportunità

Quanto alla prima questione, la Corte ritiene che, avendo il legislatore dell'art. 40 scelto di indicare gli atti colpiti da nullità «*in modo ellittico e sintetico*» attraverso la indicazione del loro oggetto (i diritti reali, appunto), in tale formula debbano ritenersi ricompresi tutti gli atti aventi tale oggetto, a prescindere dalla specifica natura dei loro effetti (traslativi, costitutivi e così via), e quindi anche le divisioni, ancorché non espressamente menzionate. La differenza fra l'art. 40 e l'art. 17 stessa legge, che invece individua gli atti colpiti da nullità attraverso l'indicazione dei loro effetti («*trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali*»), sarebbe solo una differenza di «*struttura semantica*» e non di reale contenuto. Inoltre, conclude la Corte, «*non potrebbe comprendersi ..., in mancanza di espressa previsione di legge, perché lo scioglimento della comunione di un immobile abusivo e non sanabile dovrebbe ritenersi consentito per il solo fatto che il fabbricato sia stato realizzato prima dell'entrata in vigore della l. n. 47/1985 ...*».

Ciò premesso, la S.C. prende in esame, con motivazione particolarmente estesa ed articolata, e riferita non solo all'art. 40 legge del 1985 ma anche all'art. 46 T.U. ed., il problema della applicabilità di tali norme anche alla divisione ereditaria <sup>(10)</sup>.

Nell'intento di dare soluzione al problema le S.U. innovano i precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità su due punti fondamentali: la assimilabilità della divisione ereditaria agli atti *mortis causa* in quanto elemento terminale della vicenda successoria (che come si è visto sopra costituiva la ragione fondamentale che la Corte adduceva per sottrarre le divisioni ereditarie alle nullità urbanistiche); e la natura della stessa divisione, che una giurisprudenza antica e solidissima qualificava come atto dichiarativo <sup>(11)</sup>.

---

che compete esclusivamente alla legge e dalla quale l'interprete non può discostarsi né per ampliare né per restringere la portata del divieto».

L'importanza del riferimento al terzo, piuttosto che al primo comma dell'art. 1418 è ben colta anche da F. BOCCHINI, *op. cit.*, 637, ove afferma che «l'alienazione di immobile non conforme agli strumenti urbanistici genera una nullità sostanziale per violazione di principi fondamentali di rilevanza costituzionale, integrando una nullità virtuale che doppia la nullità formale testuale prevista dall'art. 46, interagendo entrambe sulla validità del contratto».

<sup>(10)</sup> Un problema che invece non si pone, o si pone in termini affatto diversi, per l'art. 30 T.U. ed. (già art. 18 l. n. 47), ove con riferimento alla lottizzazione abusiva si esclude espressamente la nullità delle divisioni ereditarie.

<sup>(11)</sup> Questo tema è stato ritenuto rilevante per la risoluzione del problema in esame, in quanto l'art. 46 T.U. - già art. 17 l. del 1985 - allude espressamente agli atti con efficacia traslativa e costitutiva; il che, tuttavia, di per sé non consente di escludere, in via di principio, che il legislatore dell'art. 46 abbia espressamente richiamato gli atti di scioglimento della comunione senza presupporre alcunché in ordine alla qualificazione di essi come traslativo-costitutivi piuttosto che dichiarativi; mentre la formula dell'art. 40, l. n. 47 del 1985, sarebbe di per sé idonea a ricomprendere anche atti di natura dichiarativa, purché aventi ad "oggetto" diritti reali immobiliari.

La motivazione della sentenza merita una meditazione particolare proprio in quanto affronta il tema della natura della divisione su di un piano generale e costituisce, quindi, un contributo significativo anche dal punto di vista dogmatico.

#### **4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria**

E quindi, la Corte anzitutto nega energicamente che la divisione ereditaria sia di per sé qualificabile come atto a causa di morte: *«il contratto di divisione ereditaria, infatti, produce i propri effetti indipendentemente dalla morte del de cuius (che costituisce un fatto del passato, i cui effetti giuridici si sono esauriti con l'insorgere della comunione ovvero con l'eventuale divisione disposta dal testatore ex art. 734 c.c.). Esso, piuttosto, produce i propri effetti immediatamente, col mero scambio dei consensi ...; il suo contenuto ... dipende dalla volontà dei coeredi, non da quella del de cuius: ciò ne determina, indubbiamente, il carattere di negozio inter vivos. L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va dunque assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva».*

La Corte compie però anche un passo ulteriore, non altrettanto sicuro, quando afferma non potersi condividere *«l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura»*, in quanto *«una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive».* Su questo punto ci intratteremo diffusamente più avanti.

Infine, la Corte ci presenta, contro la sin qui comunemente ritenuta (almeno in giurisprudenza) efficacia dichiarativa della divisione, una ampia argomentazione che muove dall'art. 757 c.c., il quale, come si sa, fa retroagire gli effetti della divisione al momento dell'apertura della successione e rende *«ogni coerede ... solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto ...».*

È noto come questa norma sia stata spesso addotta per giustificare la qualificazione della divisione in termini meramente dichiarativi, ma la S.C. nella sentenza in esame osserva, sulla scorta di una opinione diffusa in dottrina <sup>(12)</sup>, che la retroattività non solo non implica dichiaratività, ma al contrario dal punto di vista logico la esclude: *«va osservato, sul piano della teoria generale, che il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso, ed è incompatibile con l'efficacia meramente dichiarativa. Invero, non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la*

---

(12) Riferimenti in F. VENOSTA, cit., 27.

*situazione giuridica già esistente; possono retroagire, invece, gli effetti dell'atto che immuta la realtà giuridica».*

In buona sostanza, ad avviso delle S.U. l'art. 757 non mette in discussione, ed anzi in definitiva conferma la natura costitutiva-traslativa della divisione: da un lato, essa modifica sostanzialmente la precedente condizione giuridica dei coeredi, i quali da titolari di quote indivise dell'asse divengono proprietari esclusivi di singoli beni; dall'altro lato, la norma fa sì che ciascuno di essi acquisti direttamente dal *de cuius* e non dagli altri coeredi.

Dall'insieme delle considerazioni sopra richiamate discenderebbe che la divisione ereditaria di un edificio abusivo, come atto *inter vivos* ad efficacia traslativa, deve essere catalogato fra quelli per i quali gli artt. 46 T.U. ed. e 40 l. n. 47 del 1985 comminano la nullità.

### **5. Segue: la funzione lato sensu distributiva della divisione**

La argomentazioni della Corte sono di estremo interesse, su di un piano generale prima ancora che con riferimento alle specifiche questioni che ne hanno costituito l'occasione; ed è soprattutto per questa ragione che appare utile proporre qui alcune ulteriori considerazioni.

Va anzitutto riconosciuta l'importanza del *révirement* in tema di natura della divisione, con il superamento della tralaticia opinione che la qualificava come atto dichiarativo. Per la verità, la dottrina più avveduta era ormai da tempo orientata a proporre soluzioni diverse, anche se ancora manca una *communis opinio* generalmente accolta su aspetti niente affatto marginali, ma è chiaro che l'avallo della giurisprudenza al suo livello più autorevole riveste grande importanza.

Allo stesso modo, crediamo debba riconoscersi la validità della qualificazione della divisione ereditaria, in sé e per sé considerata, come atto fra vivi. Manca però ancora, a nostro avviso, una riflessione adeguata sul significato profondo della sua collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, riflessione che invece è indispensabile per la piena comprensione della natura e degli effetti di tale atto.

Su questo aspetto la S.C. si esprime in modo eccessivamente *tranchant*, dicendo che «*non può condividersi ... l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura*»; e soggiungendo che «*una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive*» (13).

---

(13) Il carattere meramente eventuale della divisione, che potrebbe anche non essere mai compiuta dai coeredi, come la Corte *incidenter tantum* mette in rilievo, non modifica in alcun modo la natura di tale atto, né la sua collocazione nella vicenda successoria.

Occorre, infatti, considerare che la divisione, in sé e per sé, ha propriamente una funzione distributiva <sup>(14)</sup>. Tale funzione è riconosciuta anche dalle S.U. (par. 5.1), che tuttavia pervengono poi (par. 5.3.2) ad attribuire alla divisione un effetto traslativo, il quale sarebbe implicito, come già abbiamo riferito, nella retroattività disposta dall'art. 757 c.c.. Così argomentando, tuttavia, non si tiene conto di due circostanze decisive: anzitutto la funzione distributiva non coincide ed è forse addirittura incompatibile con quella traslativa, pacifico essendo che con la divisione non si opera alcun trasferimento fra coloro che concorrono alla distribuzione; ed in secondo luogo l'art. 757 non si limita a rendere retroattivo l'effetto della divisione, ma rende i condividenti successori diretti del *de cuius* nella proprietà intera dei beni che a ciascuno vengono assegnati, configurando sì un effetto traslativo ma individuando il dante causa nel *de cuius*. L'effetto traslativo, con riferimento al diritto di proprietà piena sui singoli beni, quindi, "si vede" solo se si guarda alla vicenda successoria nel suo complesso, costituita dalla delazione ereditaria che dà luogo (eventualmente) ad una situazione di comunione, e dalla divisione che, ponendo fine al precedente stato di comunione, rende ciascun coerede-condividente successore diretto del *de cuius*. Se ci si limita, invece, a guardare alla divisione in sé, come atto autonomo dalla complessiva vicenda successoria, "si vede" bensì l'effetto distributivo, ma nessun effetto traslativo (fra l'altro, infatti, il dante causa è estraneo alla fattispecie della divisione in sé considerata).

In buona sostanza, collocare la divisione nel contesto più ampio della vicenda successoria costituisce presupposto logico necessario per riconoscerle un effetto (traslativo) diverso e ulteriore rispetto a quello meramente distributivo.

---

<sup>(14)</sup> Lo conferma, ancora di recente, G. AMADIO, *Coeredità*, in *Le parole del diritto*, scritti in onore di Castronovo, vol. I, Napoli 2019, 250: «come, sul piano economico, la *distribuzione* si contrappone allo *scambio* e questo si distingue dal *dono*, così, in termini di corrispondenti strutture giuridiche la *proporzionalità* si distingue dalla *corrispettività* delle attribuzioni ed entrambe si distaccano dalla *liberalità*: ciascuna in quanto espressiva di una diversa 'combinazione' di interessi, il cui carattere di 'tipicità' ne fa un vero e proprio modello generale di recezione e organizzazione normativa di un interesse meritevole di protezione». Questa affermazione può essere accettata, mentre rimane, rispetto allo Scrittore di cui si sta riferendo, una diversa valutazione sul punto, se la possibilità di costruire uno schema generale "distributivo" da affiancare a quelli della liberalità e dello scambio autorizzi a qualificare come divisione anche quelle operazioni in cui vi è in qualche modo un apporcionamiento proporzionale fuori dal presupposto di una preesistente comunione. Su questo aspetto rinviamo a F. VENOSTA, *La divisione*, cit., 9 ss..

## 6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria

Sui due punti di vista, differenti ma entrambi necessari e reciprocamente concorrenti, conviene formulare qualche ulteriore considerazione <sup>(15)</sup>.

Come si è già ricordato, l'art. 757 c.c. non si limita a negare che vi sia successione fra i conviventi, ma dispone anche, e diremmo principalmente, che ciascun coerede succede immediatamente al *de cuius* in tutti i beni che gli sono stati assegnati. Con riferimento alla titolarità dei singoli beni, quindi, la divisione è l'elemento terminale della complessa fattispecie successoria, di cui la morte dell'autore costituisce l'elemento iniziale. I coeredi subentrano *in universum ius defuncti* in modo necessariamente indistinto e promiscuo (salva l'ipotesi dell'assegno divisionale qualificato di cui all'art. 734 c.c.). Attraverso la divisione si perviene poi alla titolarità individuale dei singoli beni (una situazione che non è necessitata, ma che l'ordinamento considera alla stregua dello stato normale e preferibile). Operano, dunque, nella successione ereditaria due distinte fattispecie, di cui una più ridotta e composta dalla morte e dalle accettazioni dell'eredità, che dà luogo alla situazione tendenzialmente transitoria della comunione ereditaria, e l'altra, più ampia in quanto vi si aggiunge la divisione, che dà luogo alla situazione definitiva della successione di ciascun coerede nella titolarità esclusiva di alcuni dei beni dell'asse. Anche la prima fattispecie è autonoma e in sé conchiusa, ma qualora sopravvenga la divisione entra a far parte della fattispecie più ampia. Beninteso, la prima non scompare ma viene assorbita dalla seconda, e alcuni dei suoi effetti vengono specificati retroattivamente da quelli "definitivi" che sono prodotti dalla seconda: si tratta degli effetti che attengono alla titolarità di ciascuno dei beni ereditari, la quale spetta ormai *ab origine* ed in via esclusiva al coerede che li ha avuti in assegnazione.

Va ora fissata l'attenzione sul fatto che la divisione presuppone una preesistente comunione <sup>(16)</sup>: come "fatto", essa concorre necessariamente con i fatti costitutivi della comunione; se si vuole comprendere appieno il senso e la funzione della divisione non basta considerare la fattispecie di essa in sé e per sé, ma bisogna vederla come elemento della più ampia fattispecie successoria "completa" e definitiva, quale si è sommariamente accennata; e siffatta visione unitaria è resa necessaria dalla stessa formula dell'art. 757: il meccanismo che muove dall'acquisto della qualità di coerede (e quindi di comunista) <sup>(17)</sup> all'acquisto della titolarità esclusiva di questo o quel bene è una fattispecie complessa a formazione successiva (ed eventuale, come più volte si è detto), i cui

---

<sup>(15)</sup> Una esposizione più ampia, e munita degli opportuni richiami bibliografici e giurisprudenziali, si può leggere in F. VENOSTA, cit., 29 ss.

<sup>(16)</sup> V. *supra*, nota n. 14.

<sup>(17)</sup> Ancorché le due situazioni, di coeredità e di comunione, possano non coincidere dal punto di vista logico, e anche dal punto di vista fenomenologico: ampiamente, G. AMADIO, *Coeredità*, cit.

effetti retroagiscono al momento in cui è venuto in essere il primo elemento della fattispecie.

In caso contrario, se si considerasse la divisione alla stregua di una fattispecie acquisitiva autonoma e autoconsistente, verrebbe a mancare il necessario collegamento fra essa e la situazione giuridica facente capo al *de cuius*, e quindi verrebbe meno la stessa simmetria fra la fattispecie e gli effetti che la norma delinea, mentre «se si deve badare alle condizioni necessarie e sufficienti al prodursi di un determinato effetto, la scelta delle unità fondamentali, da considerarsi cause, dipende dalla selezione degli effetti di cui occuparsi»<sup>(18)</sup>. Qui la legge espressamente istituisce una successione diretta e immediata fra il *de cuius* e i condividenti assegnatari, rendendo impossibile escludere dalla fattispecie successoria sia, da un lato, il fatto che ad essa medesima ha dato inizio, sia, dall'altro lato, il fatto che la ha completata fissandone in modo definitivo gli effetti finali.

Questa complessa fattispecie non ha natura costitutiva né estintiva, bensì traslativa, come si comprende immediatamente solo che si tenga conto che la vicenda, cui essa dà luogo, è qualificata dalla norma come "successione", e che la successione consiste nella modificazione soggettiva di un rapporto che per il resto rimane invariato: precisamente, il successore subentra al proprio autore nelle medesime situazioni giuridiche di cui egli era già titolare, e non in altre che vengano costituite *ex novo*<sup>(19)</sup>.

All'interno di tale meccanismo, alla divisione spetta il compito di perfezionare quella fattispecie complessivamente traslativa che determina la successione immediata fra il *de cuius* e gli assegnatari; il carattere retroattivo della

---

<sup>(18)</sup> P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Digesto IV, sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, 224.

<sup>(19)</sup> Questo aspetto del ruolo svolto dall'art. 757 nella qualificazione della complessa fattispecie divisionale non viene preso in considerazione da G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva*, cit., il quale assegna alla divisione una efficacia in linea generale solo costitutiva, e traslativa unicamente nelle "varianti" della divisione con conguaglio in danaro e della assegnazione del bene indivisibile e della vendita all'incanto (*op. cit.*, 30). Quanto agli accenni alla efficacia traslativa, contenuti nella sentenza in commento delle S.U., lo Scrittore ipotizza trattarsi «essenzialmente di oscillazioni terminologiche, che non toccano la linearità del pensiero e che potrebbero ritenersi innocue; o, al più, occasionate dallo specifico *thema decidendum*, che conduce la Corte a confrontarsi con disposizioni normative, nelle quali è contenuto un richiamo a una dichiarazione della parte 'alienante'» (*op. cit.*, 40). Mette conto ripetere, in proposito, che se si osserva la divisione in sé la sua funzione è indubbiamente distributiva, e l'effetto corrispondente può ascrivere alla categoria degli effetti costitutivi in quanto modifica l'oggetto della situazione giuridica delle parti, che da titolari del diritto sulla quota divengono titolari di un ben diverso diritto di proprietà individuale sui singoli beni già in comunione; ma se si osserva la divisione nel contesto della complessa vicenda successoria, come a noi sembra sia opportuno fare, non può disconoscersene l'effetto traslativo, non già fra le parti della divisione medesima ma fra ciascuna di esse e l'originario *de cuius*.

divisione costituisce presupposto indispensabile della anzidetta successione diretta, dovendosi in caso contrario ipotizzare che la successione sia avvenuta *per saltum*, senza tenere conto della fase intermedia in cui la titolarità è spettata, promiscuamente, a soggetti diversi dall'autore <sup>(20)</sup>; ovvero, altrettanto inaccettabile, che nel periodo intermedio i beni ereditari si reputino, *ex post*, essere rimasti privi di un titolare.

Se si ritiene necessario individuare e qualificare il ruolo particolare svolto dalla divisione nel quadro di una siffatta fattispecie complessa, occorre fissare l'attenzione sulla sua funzione di specificazione dell'oggetto della successione riguardo ai singoli coeredi. Se il *de cuius* ha disposto la divisione per testamento gli eredi assegnatari gli succedono immediatamente nella titolarità dei singoli beni senza necessità di alcun atto di specificazione; se invece sono chiamati per quote, la successione nella titolarità dei singoli beni non può compiersi senza un successivo atto volto a specificare quali fra essi siano assegnati a ciascun singolo coerede. L'atto conclusivo della fattispecie successoria può avere indifferentemente carattere negoziale (contratto) o autoritativo-processuale (ordinanza o sentenza), ma in ogni caso non muta la sua funzione specificativa o determinativa dell'oggetto all'interno di una fattispecie che nel suo complesso ha natura traslativa, determinando essa una vicenda giuridica successoria.

Va da sé, infine, che questa funzione specificativa caratterizza la divisione quando la si guarda nel quadro della complessiva vicenda successoria; il che non toglie che quando il punto di vista si restringe all'atto di divisione in sé e per sé considerato (un punto di vista che pure in tanti casi non è privo di utilità) la funzione della divisione è distributiva, come già sopra si è accennato.

#### **7. Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 26021/2019**

Possiamo ora tornare brevemente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 25021/2019.

Come si è già accennato, la Corte conclude che la divisione ha natura di atto traslativo (più precisamente, di «atto assimilabile a quelli di natura traslativa»: par. 5.3.4) e che, conseguentemente, va soggetta alla sanzione della nullità comminata dalle norme edilizie (salvo quando abbia ad oggetto aree nude, in forza della espressa esclusione contenuta nell'art. 30 T.U. ed., già art. 18 l. n. 47/85).

In proposito, va anzitutto segnalato come la discussione circa la qualificazione traslativa della divisione forse non sarebbe neppure stata

---

<sup>(20)</sup> In realtà l'art. 757 impone di non tenere conto di tale fase intermedia, in cui la titolarità è spettata collettivamente ai coeredi, ma ciò avviene, appunto, attraverso il peculiare meccanismo della retroattività.

strettamente necessaria, stante che le norme considerate contemplano comunque gli atti di scioglimento delle comunioni, quale che ne sia la qualificazione.

D'altra parte, si è spiegato come l'acquisizione circa la natura non dichiarativa, ma traslativa della divisione possa essere condivisa, ma solo sul presupposto che si consideri la divisione dal punto di vista del suo ruolo di elemento terminale della vicenda successoria, altrimenti, se si considera la divisione in sé e per sé, prescindendo da tale suo ruolo, nessun effetto traslativo è in essa ravvisabile, ma solo un effetto distributivo. Il punto sul quale la sentenza in esame potrebbe meritare un ripensamento, quindi, non è quello in cui riconosce la natura traslativa della divisione, ma quello in cui non considerando che tale effetto è concepibile solo nel quadro della vicenda successoria, nega alla divisione medesima il ruolo di «atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria», ed afferma, al contrario, che «una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive».

Se le tesi sopra esposte sono fondate, e se, quindi, una visione completa del fenomeno divisionale non può aversi se non lo si colloca nel quadro complessivo della vicenda successoria (ci riferiamo, ovviamente, alla divisione ereditaria), merita forse una diversa considerazione l'ipotesi che le norme edilizie più volte richiamate, quando alludono agli "atti tra vivi", intendano in realtà escludere dal proprio ambito di applicazione tutti gli elementi della successione *mortis causa*, compresa la divisione che ne costituisce l'evento terminale, senza il quale non può dirsi perfezionato il trasferimento dei singoli beni dell'asse, compresi eventualmente quelli urbanisticamente irregolari, dal *de cuius* ai singoli coeredi (conformemente, peraltro, agli orientamenti giurisprudenziali correnti prima della sentenza delle S.U. che si sta esaminando) <sup>(21)</sup>.

Si tratterebbe di una interpretazione non preclusa dalla lettera della legge, e non irrazionale sul piano teleologico, proprio in considerazione dell'esigenza di rafforzare la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio, che le norme in questione sono intese a presidiare. Da un lato, infatti, mentre la divisione della comunione ordinaria potrebbe agevolmente essere utilizzata per eludere la sanzione ciò non vale per la comunione ereditaria stante il suo carattere

---

<sup>(21)</sup> Ad una conclusione sostanzialmente analoga perviene, sulla base di considerazioni di natura teleologica che meritano condivisione, anche F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi*, cit., 632, quando afferma che «la non applicazione agli atti *mortis causa* e quindi anche (e specialmente) alle divisioni ereditarie si giustifica in quanto si è voluto facilitare i trapassi immobiliari generazionali per evitare le note e prolungate stasi nella utilizzazione dei beni; in tal senso anche la disapplicazione che la giurisprudenza ha fatto dell'art. 46 alle divisioni ereditarie, sul presupposto formale del riferimento della norma agli atti tra vivi, in realtà si muove nella medesima direzione materiale: è valorizzata la prospettiva della provenienza dei beni a causa di morte e quindi l'esigenza di agevolare il passaggio generazionale a scapito della natura dell'atto divisionale, che è atto tra vivi».

incidentale o forzoso; dall'altro lato, i vincoli alla circolazione dell'immobile abusivo non verrebbero meno dopo la divisione <sup>(22)</sup>.

### **8. Immobili (irregolari) non comodamente divisibili**

La Corte adduce, a sostegno della propria decisione, due ulteriori argomenti. Anzitutto rileva che nel caso dell'immobile non comodamente divisibile (art. 720 c.c.) e qualora debba addivenirsi alla vendita all'incanto tale atto, sicuramente *inter vivos*, non potrebbe che considerarsi nullo, e che sarebbe contraddittorio ed illogico consentire la c.d. divisione naturale (ad esempio attraverso l'assegnazione dell'intero immobile ad uno dei condividenti) e non la c.d. divisione civile (attraverso, appunto, la vendita all'incanto del bene e la ripartizione del ricavato). Sembra però di poter osservare, a tale proposito, che non si tratterebbe propriamente di una contraddizione, ma piuttosto di una limitazione rispetto al principio, sempre che, ovviamente, si ritenesse che in via di principio la divisione ereditaria non va soggetta alla nullità. Una limitazione, oltre tutto, giustificabile con la circostanza che la vendita all'incanto conduce al trasferimento dell'immobile ad un soggetto che è estraneo alla comunione, mentre la divisione in natura conduce alla ripartizione dei beni fra i comunisti originari.

Inoltre, occorre mettere a confronto la vendita all'incanto di cui all'art. 720 con quella di cui all'art. 719 c.c., alla quale i coeredi possono risolversi se ne valutano la necessità «per il pagamento dei debiti e pesi ereditari». Anche in questo caso l'incanto sarebbe un atto *inter vivos*, ma trattandosi di una iniziativa presa, in definitiva, a tutela dei creditori, potrebbe forse essere considerata valida per assimilazione con le vendite e le divisioni che hanno luogo nel contesto esecutivo, individuale o concorsuale.

Né appare decisivo l'argomento fondato sull'ultimo comma dell'art. 30 T.U. ed. (già art. 18, l. n. 47/85) nella parte in cui esclude dalla applicazione delle norme che precedono, fra l'altro, le divisioni ereditarie. La Corte prende in considerazione questa disposizione anzitutto dal punto di vista letterale osservando che «*il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditarie dalla normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente*»; e poi dal punto di vista teleologico, affermando fra l'altro che la prevalenza dell'istanza divisoria dei coeredi è giustificata anche dalla circostanza che sui terreni in questione non è «*stato consumato alcun abuso edilizio*». In tal modo, però, non si tiene conto che la norma in questione vale anche per gli atti

---

<sup>(22)</sup> L'art. 757 si applica anche alla divisione delle comunioni ordinarie, pur dovendosi tenere conto di variabili che dipendono dalle diverse modalità che possono essere utilizzate per costituire una comunione ordinaria (cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, 39 ss.). E' chiaro, tuttavia, che tali ipotesi di divisione si collocano sempre nel quadro di una successione *inter vivos*, e per tale ragione (oltre che per ragioni strettamente testuali) vanno soggette alle nullità urbanistiche allo stesso modo di tutti gli atti fra vivi.

stipulati dopo la trascrizione dell'ordinanza di sospensione della lottizzazione non autorizzata, e quindi dopo che un abuso è stato (o può essere stato) compiuto, e non solo per gli atti relativi a terreni cui non è stato allegato il certificato di destinazione urbanistica, il che rende anche l'argomento "*ubi lex voluit dixit*" incerto e problematico (anche volendo lasciare in disparte la considerazione che l'art. 30 ult. c. tratta allo stesso modo atti di natura affatto diversa, come le divisioni ereditarie, le donazioni fra coniugi o parenti in linea retta ed i testamenti).

### **9. Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale**

Vanno, ora, esaminati alcuni profili particolari, in parte considerati anche dalla Corte nella sentenza che si sta commentando, in parte no.

Può essere, anzitutto, condiviso il principio secondo il quale le nullità che colpiscono le divisioni contrattuali (ove si ritengano sussistenti) valgono anche ad impedire la divisione giudiziale dei medesimi immobili, *«risultando, in caso contrario, oltremodo agevole per i condividenti, mediante il ricorso al giudice, l'elusione della norma imperativa in questione»* (par. 6).

Ed allo stesso modo appare ragionevole e conforme al sistema l'affermazione che *«le disposizioni eccezionali ... [quelle che escludono la nullità degli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari] si applicano anche alle divisioni endoesecutive e a quelle endoconcorsuali»*, ancorché la divisione del bene esecutato costituisca un procedimento autonomo rispetto a quello esecutivo in senso stretto.

### **10. Segue: immobili irregolari e divisione parziale**

Quanto alla possibilità di compiere una valida divisione parziale (una divisione, cioè, dalla quale resti escluso l'immobile irregolare), le S.U. la ammettono sulla esatta premessa che il principio di universalità oggettiva della divisione *«non è assoluto e inderogabile»*. Per la verità, tuttavia, va precisato che un siffatto principio forse neppure sussiste, essendo pacifico che i coeredi possono sempre accordarsi per una divisione parziale (così come in giudizio possono aderire alla domanda di divisione parziale, che sia stata proposta da alcuno di loro) senza dover addurre particolari motivazioni o allegare la sussistenza di specifici presupposti <sup>(23)</sup>.

È però chiaro che ordinariamente ciò richiede il consenso di tutti i condividenti (salvo il caso della sospensione parziale della divisione a norma degli artt. 713, c. 3°, 717 c.c.), stante che il diritto potestativo a chiedere la divisione integrale rimette la questione alle loro idiosincratiche decisioni. La Corte si domanda tuttavia, ed è questo il vero problema, *«se uno dei coeredi possa validamente opporsi alla domanda di divisione giudiziale parziale, proposta da altro*

---

<sup>(23)</sup> F. VENOSTA, cit., 46 ss.

*coerede con la sola esclusione del fabbricato abusivo».* La soluzione si discosta, condivisibilmente, dal principio unanimistico sopra ricordato, in quanto se si consentisse al singolo dividendo di opporsi alla divisione parziale «*ne risulterebbe illogicamente compresso il diritto potestativo, spettante ad ogni coerede, di ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria; e si conferirebbe ai coeredi convenuti nel giudizio divisorio il potere di impedire, negando il loro consenso, lo scioglimento della comunione ereditaria con riferimento all'intero complesso dei beni per i quali essa è giuridicamente possibile».*

Si realizza in questo modo, nella massima misura che è raggiungibile nelle circostanze concrete, il diritto potestativo ad ottenere la divisione, e si consegue anche il risultato pratico di togliere spazio ad eventuali, ma sempre possibili condotte opportunistiche o speculative.

La Corte, però, riferisce questo ragionamento solo alla divisione giudiziale, ed all'ipotesi in cui sia stata proposta una domanda di divisione parziale. Bisogna chiedersi, quindi, che cosa debba avvenire quando tutti i coeredi chiedano in giudizio la divisione totale, comprensiva dell'immobile abusivo; e soprattutto quando i coeredi dividano contrattualmente un più ampio compendio, di cui l'immobile abusivo costituisce solo una parte.

Nella prima ipotesi è a ritenersi che il giudice, rilevata d'ufficio l'impossibilità giuridica di assoggettare a divisione l'immobile abusivo, debba segnalare tale circostanza alle parti. Se almeno una di esse chiederà la divisione parziale l'eventuale inerzia od opposizione degli altri non avrà alcuna rilevanza, alla stregua del principio enunciato dalle S.U.. Se, invece, tutti insistessero per la divisione totale (ad esempio nella convinzione che l'immobile non sia abusivo, ovvero che la nullità non valga per le divisioni ereditarie), vi è da chiedersi se il giudice possa comunque disporre una divisione parziale, che nessuna delle parti gli ha domandato. Crediamo si possa affermare, in proposito, che la soluzione più corretta, onde non incorrere nel vizio di ultrapetizione, debba ravvisarsi nella pura e semplice reiezione della domanda di divisione<sup>(24)</sup>.

Quanto, invece, al contratto di divisione esteso ad un immobile abusivo, sembra trattarsi di un caso di nullità parziale che si comunica all'intero contratto, stante la stretta compenetrazione che in esso deve ravvisarsi fra tutte le singole attribuzioni, e stante il carattere essenziale del principio di proporzionalità fra tali attribuzioni. L'esclusione dell'immobile abusivo, infatti, è destinata a produrre, fra i dividendi, uno squilibrio irrimediabile e inaccettabile perché contrastante con i principi fondamentali che reggono questo istituto. Si tratta, fra l'altro, di

---

<sup>(24)</sup> Cfr. Cass. 24 maggio 1990 n. 4699: «Poiché il progetto di divisione deve comprendere l'intera massa da dividere, l'ordinanza del giudice istruttore che, in difetto di una espressa volontà dei dividendi, approvi un progetto di divisione parziale, costituisce un provvedimento abnorme che, avendo carattere dispositivo dei diritti delle parti, è impugnabile per cassazione ...»; conf. Cass. 1° agosto 1990 n. 7708; Cass., S.U., 23 febbraio 1980 n. 1296.

una soluzione che è già stata praticata in giurisprudenza, seppure in una ipotesi di nullità parziale di origine diversa: «*l'estensione della nullità di una clausola ad altra del medesimo contratto si verifica, ai sensi dell'art. 1419 c.c., allorchè le diverse disposizioni siano state convenute in vista di uno scopo unitario. Pertanto in presenza di una divisione negoziale di asse ereditario, costituente l'unico fine pratico perseguito dai contraenti, la nullità (per difetto di atto pubblico) di clausole aventi ad oggetto donazione di cespiti da un coerede all'altro, comporta la nullità anche delle ulteriori clausole che prevedono trasferimenti onerosi fra gli altri coered*» (25).

Né può ipotizzarsi che venga in considerazione l'art. 762 c.c.: «*l'omissione di uno o più beni dell'eredità non dà luogo a nullità della divisione, ma soltanto a un supplemento della divisione stessa*». Nel caso in esame, infatti, il bene non è stato propriamente "omesso", ed anzi se ne è tenuto conto nella formazione delle porzioni, di modo che la sua esclusione *ex post* determina, come anzidetto, uno squilibrio insanabile e inaccettabile (nel caso in cui l'immobile abusivo sia stato tutto assegnato ad uno dei dividendi, quest'ultimo potrà risultare in assoluto non apporzionato; ma anche fuori di una siffatta ipotesi estrema la proporzione originaria fra le varie porzioni viene meno e non potrà più essere ripristinata, neppure attraverso un successivo "supplemento" al quale l'immobile abusivo è e sempre resterà inidoneo; se, invece, la nullità viene sanata, nei casi in cui ciò è giuridicamente possibile, la sanatoria vale per l'intera originaria divisione, e nessun supplemento sarà necessario).

D'altra parte, neppure sarà utilizzabile, in siffatte circostanze, il rimedio della rescissione, che una sentenza ha ritenuto applicabile immediatamente anche alla divisione parziale (26), in quanto esso, richiedendo una lesione *ultra quartum* (27), limiterebbe in modo eccessivo la possibilità di rimediare agli squilibri determinati dalla parziale nullità della divisione.

### **11. Segue: atti di disposizione compiuti *manente comunione***

Infine, è interessante chiedersi quale sia la sorte degli atti di disposizione che alcuno dei comproprietari avesse individualmente compiuto *manente comunione*.

Gli atti ad effetti reali aventi ad oggetto la quota devono reputarsi sicuramente nulli. Anche nella prospettiva, infatti, di una interpretazione non estensiva delle cause che producono la nullità, gli atti di disposizione della quota, purché abbiano efficacia traslativa reale, vi sono ricompresi, riferendosi le norme in questione agli atti che riguardano l'edificio o una parte di esso. Certo, in un

---

(25) Cass. 25 marzo 1998 n. 3155, in *Riv. not.*, 1999, 185.

(26) Cass. 3 settembre 1997 n. 8448, in *Giur. it.*, 1998, I, 1108.

(27) Al prevalente fine di rimediare agli eventuali errori compiuti nella stima, salvaguardando però nei casi meno gravi la stabilità della divisione: F. VENOSTA, *op. cit.*, 192.

linguaggio rigoroso altra cosa è la "parte", altra è la "quota" indivisa, ma lo scarso rigore del linguaggio del legislatore e comunque l'incompletezza della formula utilizzata non ne giustificerebbero una interpretazione così manifestamente distante dalla *ratio* (senza trascurare che il trasferimento "interno" delle quote fra i comunisti è anch'esso una forma di "scioglimento della comunione").

Per altro verso, è opinione prevalente in giurisprudenza che «*la sanzione della nullità, prevista dall'art. 40 della l. 28/2/1985 n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita*» (28). La questione si presenta con maggiore frequenza per il contratto preliminare, ma il principio accennato vale per tutti i negozi ad efficacia meramente obbligatoria, e quindi anche per l'ipotesi che uno dei comunisti o coeredi venda un bene appartenente alla comunione: anche un negozio di tal genere, infatti, si ritiene comunemente abbia «*solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia reale subordinata all'assegnazione del bene medesimo al coerede-venditore attraverso la divisione*» (29). Ne consegue che l'atto è valido anche se privo delle menzioni urbanistiche. Certo vi è, fra il preliminare e la vendita obbligatoria dell'immobile comune, una differenza non da poco: nel primo caso il trasferimento presuppone la conclusione di un nuovo contratto (il contratto definitivo, appunto) che non potrà mai essere validamente concluso (così come, d'altro canto, sarà preclusa la pronuncia di una sentenza *ex art. 2932 c.c.*); mentre nel secondo caso l'assegnazione del bene al venditore in sede di divisione determina automaticamente l'acquisto il capo all'acquirente, secondo il meccanismo previsto in generale per la vendita della cosa altrui (art. 1478, c. 2°, c.c.). Ma si tratta di una differenza irrilevante per i fini che qui vengono in considerazione, in quanto delle due l'una: se la successiva divisione è valida *nulla quaestio*, e l'acquirente consegue legittimamente la proprietà del bene; se è nulla l'effetto traslativo cui la legge si oppone non potrà mai verificarsi, salva naturalmente l'ipotesi della successiva sanatoria nei casi in cui è ammessa.

---

(28) Cass. 7 marzo 2019 n. 6685 (ord.), in *Riv. giur. ed.*, 2019, 650.

(29) Cass. 19 febbraio 2019 n. 4831; Cass. 23 febbraio 2018 n. 4428, in *Riv. not.*, 2018, II, 757 con nota di A. TORRONI; F. VENOSTA, *op. cit.*, 64 ss., 86 ss.; sui problemi posti dalla vendita dell'eredità, o della quota ereditaria, cfr. *ID.*, 201 ss. V. anche Cass. 10 dicembre 2014 n. 26051: «nel caso di vendita da parte di uno dei coeredi di bene ereditario che costituisce l'intera massa, l'effetto traslativo dell'alienazione non resta subordinato all'assegnazione in sede di divisione della quota all'erede alienante, dal momento che costui è proprietario esclusivo della frazione ideale di cui può liberamente disporre, sicché il compratore subentra, 'pro quota', nella proprietà del bene comune».

## Bibliografia

- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003.
- G. AMADIO, *Coeredità*, in *Le parole del diritto*, scritti in onore di Castronovo, vol. I, Napoli 2019, 250.
- G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 13.
- F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*, in *Contr.*, 2019, 607.
- F. BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 625.
- M. DE TILLA, *Scioglimento della comunione e costruzione abusiva*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 1465.
- P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Digesto IV, sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, 224.
- A. MORA, *sub art. 757*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da (Schlesinger) – Busnelli, Milano 2014.
- M. RABITTI, *sub art. 1418*, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino 2012.
- G. TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 2019, 935.
- F. VENOSTA, *La divisione*, nel *Tratt.* diretto da Sacco, Torino 2014.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1994.



## **Regionalismo differenziato: un cammino a ritroso partendo dai più recenti accadimenti**

**LORENZA VIOLINI**

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale

Università degli Studi di Milano

lorenza.violini@unimi.it

---

### ABSTRACT

---

Il contributo analizza la difficile attuazione del c.d. regionalismo differenziato, previsto dall'art. 116 c. III della Costituzione italiana. Gli sviluppi più recenti del lungo processo di attuazione della disposizione costituzionale, ovvero il disegno di legge presentato a dicembre 2019 dal Ministero per gli Affari Regionali, mostrano le questioni ancora irrisolte legate all'attuazione dell'articolo stesso. Le criticità del disegno di legge impongono una seria riflessione sulle future possibili soluzioni, con il fine ultimo di attuare un virtuoso processo di differenziazione, necessario a causa delle diverse caratteristiche esistenti tra le Regioni italiane. Tale processo si rende ancora più urgente anche alla luce delle tensioni emerse nella gestione della recente emergenza sanitaria.

**Parole chiave:** Regioni – Regionalismo differenziato – Art. 116 Cost – Emergenza sanitaria.



Starting from an overview of the current complex situation of the pandemic, the paper aims at analyzing the difficult path of creating in Italy some Regions with extra powers and functions, according to the constitutional provision of art. 116, Section III of the Constitution, which envisages the possibility to create an intermediate level between existing ordinary Regions (*regioni a statuto ordinario*) and special Regions (*regioni a statuto speciale*). The most recent developments of the longlasting process of implementing the constitutional provision, i.e. the bill put forward in December 2019 by the Ministry for Regional Affairs, shows the unanswered and unsolved issues linked to the implementation of the Article itself. The critical elements of the bill impose a serious thinking on future possible solutions, with the ultimate aim to implement a virtuous process of differentiation, urgently needed because of the different characteristics that exist among the Italian Regions.

**Keywords:** Regions – Differentiation among Regions – Art. 116 Const. – Health crisis.

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo*



## **Regionalismo differenziato: un cammino a ritroso partendo dai più recenti accadimenti**

SOMMARIO: 1. Parlare di differenziazione in tempo di crisi. – 2. Le tappe principali che hanno condotto alla situazione attuale. – 2.1. Le intese del febbraio 2019. – 2.2. Le pre-intese del 2018. – 2.3. I problemi procedurali irrisolti, comuni alle diverse fasi e l'emergere dell'esigenza di una legge generale di attuazione dell'art. 116, III comma, Cost. – 2.4. Le conseguenze del generalizzarsi della richiesta di poteri differenziati nelle diverse regioni italiane sulla struttura amministrativa dello Stato centrale. Cenno. – 3. Lo schema di DDL presentato dal Ministro per gli Affari regionali del Governo in carica: la centralità della determinazione dei LEP nel percorso di attuazione del regionalismo differenziato. – 4. Verso una sanità ricentralizzata? considerazioni sulla base delle richieste avanzate dalle Regioni in materia. – 5. Breve nota conclusiva.

### **1. Parlare di differenziazione in tempo di crisi**

Tra i molti problemi istituzionali emersi nel corso dell'emergenza sanitaria che sta colpendo il nostro Paese, un posto di rilievo è stato occupato dal problema dei rapporti tra i diversi livelli di governo <sup>(1)</sup>. E, invero, il dibattito politico e la cronaca raccontano quasi quotidianamente le difficoltà incontrate nel dialogo tra potere centrale ed enti territoriali nel porre in essere risposte condivise alle istanze di tutela provocate dalla epidemia Covid-19, difficoltà alle quali hanno fatto seguito rivendicazioni ora di maggiore accentramento dei poteri decisionali ora di un loro più rigido accentramento. Si tratta, come noto, di criticità che preesistono all'emergenza in atto <sup>(2)</sup> ma che la situazione attuale, del

---

<sup>(1)</sup> Per le prime riflessioni in merito si rimanda, tra i molti, a F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020 e nella medesima rivista anche M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, 22 marzo 2020; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020; G. BOGGERO, *Le 'more' dell'adozione dei DPCM sono 'ghiotte' per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti Regionali*, 1/2020.

<sup>(2)</sup> Sulla gestione delle emergenze, quali quella sanitaria in atto, le norme che prevedono poteri di intervento eccezionali sono molteplici: la dottrina non ha infatti mancato di sottolineare come un primo fondamento del diritto dell'emergenza sia da riscontrarsi nella stessa Costituzione «nei tradizionali principi del *primum vivere e della salus rei publicae* (...) [la cui] positivizzazione si rinvia infatti in specifici loci: nella previsione dell'indivisibilità (art. 5) e dell'unità (art. 87) della Repubblica, ma anche in quella dell'intangibilità dei principi

tutto eccezionale, e la conseguente necessità di decisioni condivise ma anche rapide, chiare e unitarie, hanno portato alla ribalta e messo sotto gli occhi dell'opinione pubblica.

Questa inattesa pubblicità, con tutte le conseguenze derivanti dalla esigenza di mantenere o accrescere il consenso di cui godono i responsabili della politica nazionale e di quelle locali, in eterna competizione tra loro, ha acuito uno dei problemi che da sempre affliggono il nostro regionalismo, quello cioè della determinazione dei confini delle competenze statali, regionali e comunali nell'ambito di un sistema ordinamentale come il nostro che, non a caso, fin dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, Parte II, Cost. era stato descritto come "*policentrico esploso*", secondo la nota, felice espressione di Franco Pizzetti <sup>(3)</sup>.

---

*supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)», M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, 2020, pp. 2-26. A livello legislativo poi norme che regolano la gestione dell'emergenza sono da rinvenirsi nell'art. 24 del d. lgs. 1/2018 (al quale peraltro la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 fa riferimento), nell'art. 2 del r.d. 773/1931, nell'art. 50, V comma del d. lgs. 267/2000. Rilevante è anche l'art. 117 del d.lgs. 112 del 1998, secondo cui «1. In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco quale rappresentante della comunità locale. 2. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti di urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1». Sempre in materia, va ricordato l'art. 32 della l. 833/1978, secondo cui «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Sono fatte salve in materia di ordinanze, di accertamenti preventivi, di istruttoria o di esecuzione dei relativi provvedimenti le attività di istituto delle forze armate che, nel quadro delle suddette misure sanitarie, ricadono sotto la responsabilità delle competenti autorità. Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico». Sul tema del rapporto tra i diversi livelli di governo nella situazione attuale si veda, tra i molti, M. MANDATO, op.cit., secondo cui – curiosamente – le Regioni maggiormente colpite dal virus sarebbero anche quelle che hanno avanzato richieste in materia di art. 116, III comma, Cost.*

<sup>(3)</sup> F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1153 ss.

La natura problematica del rapporto tra i diversi livelli di governo è venuta in evidenza in un ambito fondamentale e ricco di intrecci di competenze quale la tutela salute, bene universale e diritto fundamentalissimo, la cui garanzia viene attribuita dalla Costituzione alla competenza concorrente tra Stato e Regioni. A tale ambito si collega la gestione amministrativa della sanità, basata su un apparato interamente organizzato in ambito regionale benché, sul piano normativo, sia pressoché interamente regolato da norme statali <sup>(4)</sup>. Il disegno, in sé, non sarebbe tanto irrazionale quanto appare se si considera che il potere centrale stabilisce quali siano *i livelli essenziali delle prestazioni* <sup>(5)</sup> da erogare e le relative fonti di finanziamento, in stretto collegamento con gli esecutivi regionali,<sup>(6)</sup> mentre alle Regioni restano tutte le responsabilità relative alla individuazione dei bisogni, alla programmazione del sistema, alla scelta sui modelli organizzativi, alla gestione della rete erogatrice dei servizi e, soprattutto ai controlli sull'appropriatezza delle cure erogate <sup>(7)</sup>. È sugli apparati

---

<sup>(4)</sup> Sul punto si veda, volendo, L. VIOLINI, Salute, sanità e Regioni: un quadro di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria, in *Le Regioni*, 5-6, 2002, p. 1019-1030.

<sup>(5)</sup> Tra le competenze esclusive dello Stato, l'art. 117, II comma della Costituzione enumera, alla lettera m) "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale". Di seguito si parlerà, in generale, di livelli essenziali o di livelli essenziali delle prestazioni per indicare, sinteticamente, l'intera e quanto mai discussa formula costituzionale.

<sup>(6)</sup> Sull'obbligo di intesa per l'emanazione del decreto che, sulla base della legge, determina i livelli essenziali delle prestazioni, si veda Corte Cost., sent. n. 134 del 2006 dove la Corte, in ossequio al principio di leale collaborazione, riteneva insufficiente la mera richiesta del parere della Conferenza permanente richiedendo invece la forma più incisiva di leale collaborazione ossia l'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regioni.

<sup>(7)</sup> Dietro l'espressione *livelli essenziali* si celano svariate fattispecie che fanno riferimento a *prestazioni* di varia natura relative a diversi diritti sociali (sanità, istruzione, lavoro ecc.) e che alcune leggi nazionali hanno già in parte definito ricomprendendo sotto questa espressione non solo "livelli" ma anche requisiti riferiti alle "modalità" di erogazione dei servizi: a titolo di esempio, nell'ambito dei servizi per il lavoro, i LEP sono stati determinati con Decreto ministeriale 11 gennaio 2018, n. 4, mentre con riferimento alle prestazioni relative al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione si rimanda al d. lgs. n. 226 del 17 ottobre 2005. Emblematica in questo contesto la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'Isee (sent. nn. 296 e 297 del 2012), seguita dal d.P.C.M. n. 159 del 2013 che definisce l'indicatore della situazione economica equivalente per l'accesso a prestazioni sociali agevolate quale *livello essenziale* delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, II comma, lett. m) Cost. In argomento si rimanda a B. VIMERCATI, *La compartecipazione dell'utente alla spesa sociosanitaria: una ricostruzione alla luce del nuovo d.P.C.M. n. 159 del 2013*, in *Le Regioni*, 2014, p. 1106 ss.). La complessità del tema si riscontra quando si considera che la definizione dei *livelli* fa anche da riferimento per il riparto delle risorse pubbliche da distribuire sul territorio, come emerge, ad esempio, nel d.lgs. 68 del 2011 – giustamente definito come "un cantiere ancora aperto" da F. CERNIGLIA, in occasione

amministrativi regionali (e locali) che ricadono tutte queste incombenze ed è pertanto dalla loro expertise ed efficienza che dipende il buono o il cattivo funzionamento del sistema nel suo complesso.

La crisi sanitaria ancora in corso ha messo sotto stress i citati apparati regionali e ha finito per gettare una luce nuova anche sul processo di attuazione dell'autonomia differenziata, nell'ambito della tutela della salute e non solo, così come previsto dall'art. 116, III comma, della Costituzione, il quale, ad integrazione dell'elenco delle Regioni a statuto speciale recita: «*Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata*».

La facoltà così conferita a tutte le Regioni a statuto ordinario di avvicinarsi, per qualche aspetto, alle Regioni speciali è stata considerata con interesse da diverse Regioni italiane, che hanno attivato a fasi alterne e tra alterne vicende il processo ivi pur sommariamente delineato. Si tratta di processo che ha radici lontane. Attivato per la prima volta nel 2003 dalla Regione Toscana, in materia di beni culturali, facendo uso della facoltà prevista dall'art. 118, III comma, Cost. relativo al riparto di competenze amministrative, è stato poi più energicamente portato avanti – ma con risultati profondamente deludenti – negli anni 2006/2007 da Lombardia, Piemonte e Veneto, questa volta sulla base dell'art. 116, III comma, Cost. che fa invece riferimento al riparto delle competenze legislative, pur non escludendo – ovviamente – che tra le richieste di “maggiore autonomia” si avanzino richieste di funzioni amministrative<sup>(8)</sup>. Va anzi ricordato da subito che l'intero processo di creazione delle Regioni si è basato sul trasferimento delle stesse di funzioni amministrative, in base alle quali veniva

---

della Audizione della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale del 26 giugno 2019 – che all'art. 13 li considera la base per la definizione dei fabbisogni e dei costi standard. In essi non sono però ricompresi i livelli essenziali in materia sanitaria perché questi hanno una loro corsia preferenziale – come preferenziale è la corsia del loro finanziamento – che ha portato alla ridefinizione di tali livelli con DPCM del 12 gennaio 2017. Recita infatti l'art. 13: «*Nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria, nonché della specifica cornice finanziaria dei settori interessati relativa al finanziamento dei rispettivi fabbisogni standard nazionali, la legge statale stabilisce le modalità di determinazione dei livelli essenziali di assistenza e dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nelle materie diverse dalla sanità*».

<sup>(8)</sup> Merita sin da ora precisare, proprio con riferimento a questo profilo, che la richiesta e il successivo ottenimento e trasferimento di una competenza legislativa non ne tramuta la natura stessa da concorrente ad esclusiva.

poi, *per relationem*, indicato l'ambito in cui le Regioni potevano anche esercitare funzioni legislative, secondo quel "parallelismo alla rovescia" che aveva finito per "riscrivere" anche l'art. 118 della Costituzione del 1948, prima cioè della riforma del Titolo V della Costituzione stessa <sup>(9)</sup>.

Il procedimento prefigurato dall'art. 116, III comma, Cost. è stato infine riattivato nell'autunno del 2017 con i referendum consultivi regionali posti in essere in Lombardia e Veneto, dai quali è emerso un significativo consenso delle rispettive popolazioni per un ampliamento dell'autonomia delle loro Regioni.

Molte le discussioni che hanno circondato questa procedura, giunta ad un suo provvisorio approdo solo alcuni mesi addietro, con la presentazione, in data 3 dicembre 2019, di uno schema di disegno di legge recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata ad opera del Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie <sup>(10)</sup>. La discussione su tale proposta, appena avviata, è poi andata ad incrociarsi con la crisi sanitaria, che è apparsa da subito l'ennesimo banco di prova del regionalismo nel suo complesso e quindi anche del processo di differenziazione in atto. Regionalismo differenziato ed emergenza sanitaria, che diventerà ben presto anche economica, sono così diventate un tutt'uno e procederanno anche in futuro di pari passo perché, paradossalmente, è stata proprio l'emergenza sanitaria a fare da detonatore ai dubbi e alle incertezze che hanno circondato i tentativi di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Lo

---

<sup>(9)</sup> E' d'obbligo in questa sede il riferimento alla fondamentale monografia di G. MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, Giuffrè, Milano, 1974, opera che sta all'origine dell'ampia riflessione dottrinale sulla natura delle Regioni e sul rapporto tra i trasferimenti – amministrativi – operati dallo Stato centrale e l'autonomia legislativa – e quindi politica – delle Regioni stesse. Sul tema della "riscrittura" del vecchio art. 118 e del cd. "parallelismo alla rovescia" si veda – tra i moltissimi -, oltre alla sentenza della Corte Costituzionale nr. 65 del 1982, L. TORCHIA, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)* in *Astrid Online*, 2003 (disponibile all'indirizzo [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/TORC/TORCHIA-Commento-a-Corte-cost-303\\_03.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/TORC/TORCHIA-Commento-a-Corte-cost-303_03.pdf)), in cui si conduce il ragionamento sul tema fino a commentare la capitale sent. della Corte Costituzionale n. 303 del 2003, che mette a punto il rapporto tra i due tipi di funzioni nell'ottica del principio di sussidiarietà.

<sup>(10)</sup> Si legga ad esempio l'articolo de *Il Messaggero* (29 marzo 2020) di Alessandra Spinelli, che ha visto protagonista il Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie. *Riflettendo sul ruolo delle Regioni in questa occasione emergenziale, il Ministro ha affermato che: "Se l'autonomia è sussidiarietà è un conto, se l'autonomia è fare da soli perché si pensa di fare meglio la risposta è "no perché crolli". Nessuna Regione ce l'avrebbe fatta da sola, sarebbero crollate tutte".* Queste parole, giudicate poi in una replica del Presidente della Regione Lombardia come "avventate e inopportune", al netto del messaggio politico sottostante, sono in realtà efficaci per sviluppare considerazioni più ampie circa la concezione del rapporto tra Stato e Regioni che, quantomeno, si discosta da quel principio di "leale collaborazione" che dovrebbe guidare le decisioni nelle materie (che sono poi quasi tutte) in cui vi è un intreccio di competenze tra i diversi livelli di governo.

testimoniano le accese quanto assai poco opportune discussioni sulle responsabilità dei diversi livelli di governo nelle decisioni adottate a partire dal primo caso di positività al “Covid-19” riscontrato a Codogno <sup>(11)</sup>, nonché il recente dibattito, invero già proiettato sulla fase successiva a quella emergenziale, riguardante la necessità di un ritorno all’accentramento della competenza in materia di sanità e di gestione del Sistema Sanitario Nazionale <sup>(12)</sup>,

---

<sup>(11)</sup> Sin dai primi giorni dell’emergenza si è discusso molto, e aspramente, sulla gestione della situazione emergenziale sanitaria, dalla possibilità di istituire ‘zone rosse’ all’approvvigionamento di dispositivi di protezione individuale per gli operatori sanitari al livello di governo che doveva decidere sulla chiusura delle scuole, senza che tuttavia si sia riuscito a creare un vero dialogo e una autentica “leale” cooperazione.

<sup>(12)</sup> Sabino Cassese, in una intervista a *Il Messaggero* del 3 aprile 2020, dinnanzi alla domanda se fosse necessario o meno ridurre il potere delle Regioni in materia sanitaria, ha affermato: *“Il servizio sanitario è definito nazionale perché deve avere una organizzazione e un funzionamento uniforme sul territorio (...). Finita questa vicenda, bisognerà trasferire il servizio allo Stato, o a una guida centrale assicurata da un organo composito Stato-Regioni, ma che parli con una voce sola. È questa una proposta da tempo affacciata, che tiene conto anche del fatto che dopo il 1970 alle Regioni sono state assegnate troppe funzioni, che svolgono con notevole affanno”*. Un approccio maggiormente centralizzato rispetto al tema della salute pubblica, che porterebbe dunque anche a bloccare quelle spinte di maggiore autonomia e differenziazione proprie degli ultimi anni, non è auspicabile invece ad opinione di Dario Stevanato il quale ritiene che *“la diversa risposta fornita all’emergenza ‘coronavirus’ dai diversi livelli di governo possa suggerire una diversa e opposta lettura. (...) Meglio sarebbe stato lasciare alle Regioni margini di manovra nell’ideazione e implementazione delle misure ritenute necessarie per contrastare l’epidemia. Nelle fasi successive, le scelte fatte dal Veneto sono sembrate, almeno fino ad oggi, più efficaci di quelle adottate in altri territori. (...) e questo autorizza a credere nella fecondità delle sperimentazioni effettuabili a livello di singole Regioni, con adozione di pratiche mirate e originali che, in caso di successo, potranno essere emulate da altre amministrazioni regionali”* (*Il Foglio*, 29 marzo 2020). Tale studioso ritiene che una simile riflessione potrebbe essere anche estesa a materie quali istruzione ed università. Ancora, Andrea Orlando ha recentemente proposto una ricentralizzazione del sistema sanitario che ha ulteriormente fatto discutere la dottrina. Contrario Roberto Bin, che ha sul punto sottolineato come una tale scelta risulterebbe erronea perché la risposta all’epidemia ha mostrato che taluni sistemi sanitari sono altamente efficienti (Emilia-Romagna e Veneto) mentre altri presentano gravi falle (Lombardia) ma che la responsabilità principale di tali disequaglianze sono da imputarsi al Governo che non assolve alle funzioni attribuitegli dalla riforma costituzionale del 2001, ovverosia alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali di cui alla lett. m) del terzo comma dell’art. 117, Cost.. Sempre secondo lo studioso, *“ricentralizzare il servizio sanitario distruggerebbe invece tutto quello che in tante Regioni si è fatto e riporterebbe la garanzia dell’effettività dei nostri servizi nelle mani di una burocrazia ministeriale che non si mostra capace di esercitare nemmeno le funzioni fondamentali che oggi le sono assegnate”* ([www.LaCostituzione.info](http://www.LaCostituzione.info), 3 aprile 2020). Si ricordi, da ultimo, la richiesta di attivazione dell’esercizio dei poteri sostitutivi ex art. 120 Cost. (poco solida nel fondamento costituzionale) nei confronti della Regione Lombardia, avanzata da alcuni esponenti del Movimento 5stelle.

forse un poco superficialmente portato avanti sulle pagine dei giornali a guisa di slogan, senza specificare quali delle numerose funzioni che entrano nell'ampio perimetro della materia (concorrente, come già detto) di tutela della salute siano effettivamente da ricondurre al centro e se questo valga solo per la gestione delle emergenze o anche per l'attività ordinaria.

Se è vero quindi che l'epidemia ha dato nuova forza alle tensioni già esistenti e mai sopite nel dialogo Stato-Regioni – lo 'scontro' rispetto alla posizione espressa dalla Regione Marche, subito contestata dal Governo, ne è esempio emblematico <sup>(13)</sup> –, diviene allora necessario riflettere su quali conseguenze potranno riscontrarsi, in un clima segnato da un forte inasprimento dei toni tra governi regionali e governo centrale, rispetto al prosieguo del progetto di differenziazione <sup>(14)</sup>, i cui tempi di realizzazione si stanno inevitabilmente allungando.

---

<sup>(13)</sup> Come è noto, il Presidente della Regione Marche ha adottato, il 25 febbraio 2020, l'ordinanza n. 1/2020, con la quale disponeva la chiusura di tutte le scuole e università della Regione in un momento in cui il Governo aveva invece solo predisposto misure specifiche interessanti le Regioni del Nord maggiormente colpite e nelle quali i primi focolai erano stati individuati (d.l. n. 6/2020). Il provvedimento regionale è stato ritenuto dal Governo incoerente rispetto alle disposizioni prese a livello nazionale e in contrasto con un accordo, condiviso anche durante un incontro con i rappresentanti delle Regioni, che prevedeva il rispetto di una linea condivisa e coordinata tra Governo e Regioni mediante l'adozione di uniformi azioni di contrasto all'emergenza. Il provvedimento marchigiano è stato così impugnato dinnanzi al TAR Marche, il quale, con decreto del 27 febbraio, ha accolto le istanze del ricorrente e ha sospeso gli effetti del provvedimento impugnato. Le misure adottate dalla Regione infatti sono state ritenute sproporzionate in ragione del fatto che al momento di adozione non sussistevano casi accertati di contagio nel territorio regionale e che una tale misura non poteva fondarsi sulla facoltà concessa alle Regioni dal d.l. n. 6/2020 art. 1, co. 1, di adottare misure ulteriori anche in casi di assenza di contagi poiché tali disposizioni non potevano in alcun modo prevedere misure maggiormente limitative della libertà personale rispetto a quelle adottate in aree con presenza di focolai. Sul punto si veda M. SIMONCINI, *Covid-19, un'emergenza gestita senza una catena di comando*, in *Focus Covid-10* in [www.open.luiss.it](http://www.open.luiss.it), 7 aprile 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2/2020. Oltre al richiamato caso della Regione Marche, vi sono anche altri casi di intervento dei TAR rispetto ad ordinanze emesse, durante l'emergenza, da Presidenti delle Regioni. Con riferimento all'intervento del TAR Campania si legga V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Per ulteriori approfondimenti sugli interventi delle Regioni connessi alla emergenza Covid-19, si rimanda, tra gli altri, alla documentazione raccolta in *Osservatorio emergenza Covid-19 – Rassegna di documentazione*, aggiornata periodicamente sul sito *Federalismi.it*.

<sup>(14)</sup> Accanto a queste riflessioni, vi sono anche alcuni giornalisti e politici che svolgono invece un esercizio di riflessione inverso, guardando al tema non in ottica di scenario futuro bensì rispetto al presente; secondo costoro, se il regionalismo differenziato fosse

Guardando al futuro, pur in un momento così problematico e incerto, le presenti note si prefiggono di ricostruire, per tappe, il percorso di attuazione dell'art. 116, III comma, Cost., per arrivare a prefigurare quello che potrà essere il destino della prospettata differenziazione alla luce della concezione che del rapporto tra livelli di governo sta emergendo in questo frangente, così come si documenta nello schema di disegno di legge citato sull'attuazione dell'autonomia differenziata.

Il percorso da compiere comprende, in estrema sintesi, i passi compiuti sotto i diversi governi nazionali che si sono susseguiti dopo la bocciatura del progetto di riforma costituzionale ad opera del referendum popolare del dicembre 2016, cui ha fatto seguito il successo dei due referendum regionali posti in essere nell'autunno del 2017 in Veneto e in Lombardia, prima richiamati, e finalizzati a promuovere, nell'inerzia di nuove iniziative innovatrici a livello nazionale, l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost. Con una avvertenza: occorre tenere distinte, ove possibile, la dimensione politica delle richieste di maggiore autonomia, orientate a chiedere tutte le funzioni legislative elencate nell'art. 116, III comma, dal contenuto delle richieste stesse, declinate prevalentemente come richieste di funzioni amministrative: le prime, infatti, sono – inevitabilmente – viziate dalla ricerca del consenso e da una sottostante rivendicazione di maggiori risorse economiche, talvolta palesemente sproporzionate rispetto al quadro della finanza pubblica nazionale, mentre le seconde sono molto legate alla cultura burocratica degli apparati, regionali e nazionali, spesso preoccupati dagli eccessi delle richieste, che rischiano di espandere (a livello regionale) o ridurre (a livello statale) il loro raggio di azione in modo irrazionale o sgradito. Per non parlare del fatto ben noto che, nello svolgersi della discussione, tre sono i Governi che si sono susseguiti: il Governo Gentiloni, il Conte I e il Conte II, tutti retti da maggioranze profondamente diverse tra loro, che hanno assunto posizioni diversificate anche rispetto all'attuazione dell'art. 116, III comma, poiché ciascuno di essi ha voluto imprimere al processo in atto la propria concezione di differenziazione (e più in generale del rapporto Stato-Regioni, di cui la differenziazione non è che un sintomo), profondamente divergente rispetto a quella del governo precedente, determinandone dunque significative modificazioni.

---

stato attuato, avrebbe potuto comportare una gestione assai problematica del presente momento emergenziale. Alcuni, come Gianfranco Viesti, ritengono che se maggiori autonomie fossero state concesse ad alcune Regioni, anche in materia sanitaria, si sarebbe prodotto un ulteriore indebolimento del Servizio Sanitario Nazionale e una sua ulteriore drammatica frammentazione (*Il Messaggero*, 3 aprile 2020).

## 2. Le tappe principali che hanno condotto alla situazione attuale

### 2.1. Le intese del febbraio 2019

L'indirizzo che il Governo in carica (Conte II) intende perseguire e in base al quale ha iniziato a forgiare *ex novo* il processo di attuazione del regionalismo differenziato si distanzia, come si può immaginare, dagli sviluppi registrati sotto il governo precedente (Conte I). Il primo e più chiaro sintomo di tale discontinuità è da individuarsi nel rapporto tra l'intesa prevista dall'art. 116, III comma, Cost. come cardine dell'intera operazione e la definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali* di cui all'art. 117, II comma, lett. m), Cost.

Le bozze di intese predisposte durante il Governo precedente dal Ministro per gli Affari Regionali e dalle tre Regioni cd. *capofila* – Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto – e pubblicate a seguito del Consiglio dei Ministri del 14 febbraio 2019, prevedevano infatti l'approvazione delle intese stesse con legge (votata dal Parlamento a maggioranza assoluta, secondo il dettato costituzionale) che avrebbe attribuito direttamente le competenze richieste dalle singole Regioni mentre sotto il profilo dell'allocatione delle risorse umane, finanziarie e strumentali si stabiliva che essa fosse definita tenendo conto inizialmente della spesa 'storica' sostenuta dallo Stato nella Regione con riferimento alle funzioni trasferite o assegnate. Si prevedeva poi che, entro un anno dall'entrata in vigore della cd. *legge di differenziazione*, si sarebbe dovuto procedere alla determinazione dei fabbisogni standard e che, entro i successivi tre anni, si sarebbe dovuto giungere a far sì che l'ammontare delle risorse per le funzioni trasferite non fosse inferiore al valore medio nazionale pro-capite della spesa statale per l'esercizio delle stesse<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> L'art. 5 citato recita: "1. Le modalità per l'attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie all'esercizio di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, trasferite o assegnate ai sensi della presente intesa, sono determinate dalla commissione paritetica, in termini di: a) spesa sostenuta dallo Stato nella Regione, riferita alle funzioni trasferite o assegnate; b) fabbisogni standard, che dovranno essere determinati per ogni singola materia, entro un anno dall'entrata in vigore di ciascuno degli specifici decreti di cui all'art. 4, comma 1, fatti salvi i livelli essenziali delle prestazioni; decorsi tre anni dall'entrata in vigore dei decreti di cui all'art. 4 comma 1, qualora non siano stati adottati i fabbisogni standard, l'ammontare delle risorse assegnate alla Regione per l'esercizio delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui alla presente intesa non può essere inferiore al valore medio nazionale pro-capite della spesa statale per l'esercizio delle stesse. 2. Dall'applicazione della presente intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. 3. Il finanziamento delle competenze riconosciute nei termini di cui al precedente comma è garantito, sulla base delle scelte e delle indicazioni della commissione paritetica, in modo da consentire l'adeguata gestione delle nuove competenze in coerenza con quanto indicato all'art. 119, quarto comma, della Costituzione, dall'utilizzo, eventualmente anche congiunto, dei seguenti strumenti: a) compartecipazione al gettito maturato nel territorio regionale dell'imposta sui redditi delle persone fisiche e di eventuali

Questa scelta, condivisa dai due livelli di governo, pareva corrispondere agli intenti originari degli estensori della norma i quali, ritenendo che il trasferimento di funzioni si riferisse essenzialmente a funzioni amministrative (cui fare eventualmente seguire poteri di regolamentazione dell'esercizio delle stesse), erano stati dell'avviso di definire le risorse a partire dalle voci del bilancio nazionale relative all'esercizio di dette funzioni, con un'operazione relativamente semplice. Ben più complesso si prospettava il percorso successivo, quello da compiersi nei successivi tre anni, per le difficoltà insite nella determinazione dei fabbisogni e dei costi standard <sup>(16)</sup>.

Al contrario, lo schema di disegno di legge presentato nel dicembre 2019 dal Ministro del Governo Conte II, nel prevedere come primo passo la determinazione dei *livelli essenziali delle prestazioni* da erogarsi in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, funzionale al trasferimento e all'esercizio delle

---

*altri tributi erariali; b) aliquote riservate, nell'ambito di quelle previste dalla legge statale, sulla base imponibile dei medesimi tributi riferibile al territorio regionale. 4. L'eventuale variazione di gettito maturato nel territorio della Regione dei tributi compartecipati o oggetto di aliquota riservata rispetto alla spesa sostenuta dallo Stato nella Regione o, successivamente, rispetto a quanto venga riconosciuto in applicazione dei fabbisogni standard, anche nella fase transitoria, è di competenza della Regione. 5. I provvedimenti di determinazione delle risorse determinano altresì la decorrenza dell'esercizio da parte della Regione delle nuove competenze conferite, che dovrà avvenire contestualmente all'effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative. 6. Ogni due anni la commissione paritetica verifica la congruità delle compartecipazioni e delle riserve di aliquota prese a riferimento per la copertura dei fabbisogni standard, sia in termini di gettito che di correlazione con le funzioni svolte. 7. I fabbisogni standard di cui al comma 1 lettera b) e le relative metodologie sono individuati da un apposito comitato Stato-regioni che il Governo". Il ricorso al valore medio nazionale pro-capite risulta un criterio piuttosto discusso nel dibattito politico e dottrinario: in occasione della Audizione del 26 giugno 2019, già richiamata, la Prof.ssa Cerniglia ha definito tale determinazione del costo come "l'ipotesi più lontana dai bisogni dei cittadini e della spesa attuale e che andrebbe eliminato. I dati da cui si vorrebbe partire<sup>31</sup> per applicare questo secondo criterio sono quelli della Ragioneria generale dello Stato che fanno emergere una forte variabilità tra le regioni italiane del costo storico pro-capite: per il 2016 si va da quasi 700 euro della Calabria, a 450 euro dell'Emilia Romagna e i costi più alti si concentrano nelle regioni del Mezzogiorno. Applicando il criterio del costo medio che è di 520 euro pro-capite e il vincolo di invarianza della spesa pubblica complessiva (come prevede anche l'art. 5) le risorse destinate alle regioni del Centro-Nord aumenterebbero sensibilmente. Questa misura tuttavia non terrebbe conto della domanda né espressa (n. studenti), né potenziale (popolazione per età dai 6 ai 19anni), né tanto meno del fabbisogno (in termini di disagio economico sociale)".*

<sup>(16)</sup> Il complesso processo di determinazione dei fabbisogni e dei costi standard dei Comuni e delle Province è previsto nel d.lgs. 26 novembre 2010, 216 agli artt. 4 e 5 e ha come ente di riferimento la Società per gli Studi di Settore (SOSE spa); alla stessa, nel 2013 (art. 1, comma 423, della l. n. 147 del 2013) viene conferito un finanziamento per proseguire in questa attività ricognitiva. La Società collabora con l'IFEL e con l'ISTAT per svolgere tale delicata funzione. Ulteriori regole sul tema sono presenti nell'art. 13, d.lgs. n. 68/2011, sopra citato (nota nr. 7).

competenze stesse, disegna un procedimento opposto e di rottura rispetto al precedente <sup>(17)</sup>.

Non è questo l'unico cambio di marcia a cui si è assistito nell'ambito del processo in esame. Nel biennio 2018-2019 sono venuti in essere svariati cambiamenti di rotta, battute d'arresto, ripartenze e, talvolta, cambi di direzione. Tutti questi ripensamenti hanno evidenziato l'estrema difficoltà a reperire punti di riferimento comuni alle forze politiche ma anche le profonde divergenze presenti nell'ambito delle diverse realtà regionali, secondo una linea di demarcazione che interseca le ideologie da un lato e gli interessi regionali quanto mai variegati dall'altro. A ben vedere, dunque, l'ultima tappa disegnata dal Governo in carica non è che uno dei segni di tali fratture, origine mai smentita di tutte le difficoltà che ancora si presentano quando si mette mano alla implementazione della previsione costituzionale in esame. Se si parte dall'assunto secondo cui la differenziazione, fattore cardine di tutti gli Stati a struttura fortemente decentrata, siano essi federali o regionali, ne è anche la più profonda ragion d'essere, in quanto corollario dell'autonomia su cui si regge l'intero sistema regionale <sup>(18)</sup>, si può allora ben comprendere come nel nostro Paese, in cui è quanto mai radicata la tendenza al centralismo e all'assistenzialismo, statalismo, le rivendicazioni di maggior autonomia incontrino profonde resistenze soprattutto nelle Regioni del Sud, che percepiscono tale richiesta – pur costituzionalmente legittima – come un attacco alla loro stessa sopravvivenza.

E, infatti, sono le classi politiche di tali Regioni che hanno nuovamente posto al centro del dibattito alcuni elementi su cui pareva ormai essersi consolidato un accordo tra le Regioni e il Ministero per gli Affari regionali quali questione dei *livelli essenziali delle prestazioni*, la necessità di una legge generale

---

<sup>(17)</sup> Non è un caso infatti che le prime affermazioni del Ministro, poco dopo l'insediamento del nuovo Governo, aventi ad oggetto l'adozione di una legge-quadro in materia di regionalismo differenziato, avessero destato timori e diffidenza, in particolar modo nei Presidenti delle Regioni Lombardia e Veneto: il Presidente Fontana aveva espresso forti perplessità circa l'opportunità di una legge-quadro in una fase così avanzata delle trattative e del dialogo con lo Stato, identificando in tale approccio un espediente per dilatare ulteriormente i tempi di attuazione della procedura di autonomia differenziata. Sul punto, più ampiamente L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, p. 7 ss.

<sup>(18)</sup> G. ROLLA, *The Development of Asymmetric Regionalism and the Principle of Autonomy in the new Constitutional System: a Comparative Approach*, in [www.crdc.unige.it/docs/articles/rolla6.pdf](http://www.crdc.unige.it/docs/articles/rolla6.pdf) (2016) ; F. PALERMO, *Autonomy and Asymmetry in the Italian Legal System: the Case of the Autonomous Province of Bolzano*, in G. POLA (ed) *Principles and Practices of Fiscal Autonomy, Experiences, Debates, Prospects*, Ashgate, 2015.

che definisca con maggiore chiarezza di quanto non lo faccia il dettato costituzionale il procedimento di attuazione e, in particolare, il ruolo del Parlamento nel momento in cui venga avviata la discussione sull'approvazione dell'intesa siglata dagli Esecutivi, ma anche – come si vedrà – la questione del deficit infrastrutturale di cui soffrono le citate aree del Paese, con pressanti richieste al Governo di procedere a finanziare con strumenti *ad hoc* il superamento di tale deficit.

## 2.2. Le pre-intese del 2018

Uno dei più significativi momenti di cambiamento nel percorso verso l'autonomia differenziata è stato il passaggio dalle cd. "pre-intese" sottoscritte dal Ministro per gli Affari Regionali del Governo Gentiloni, on. Giancarlo Bressa, e le Regioni interessate nel febbraio del 2018 <sup>(19)</sup>, alle successive intese del febbraio 2019. In questo lasso di tempo si sono succedute le elezioni nazionali, la lunga trattativa finalizzata alla nomina del Governo Conte I e, sul piano delle trattative per il regionalismo differenziato, una discussione che ha visto aggiungersi alle tre Regioni capofila pressoché tutte le altre Regioni italiane, pronte - a parole - ad entrare nel processo di differenziazione ma in realtà con profonde divergenze sul valore della differenziazione stessa, considerata da molti un danno per sé stessi ma anche per il resto del Paese. Nel febbraio 2019, infatti, la fotografia scattata dal Servizio Studi del Senato raffigura un quadro ben più variegato e complesso rispetto a quello iniziale; si legge infatti nel documento che *"7 regioni ordinarie hanno formalmente conferito al Presidente l'incarico di chiedere al Governo l'avvio delle trattative per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia (Campania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana, Umbria); 3 regioni hanno assunto iniziative preliminari senza tuttavia giungere ad una formale approvazione di un mandato (Basilicata, Calabria, Puglia), mentre due regioni (Abruzzo*

---

<sup>(19)</sup> È importante ricordare come anche il Governo 'Conte I' avesse sottolineato l'importanza della attuazione del processo di differenziazione, sin dal suo insediamento; nel "Contratto per il Governo del cambiamento" si leggeva infatti l'impegno a garantire l'attribuzione *"per tutte le Regioni che motivatamente lo richiedano, di maggiore autonomia in attuazione dell'art. 116, III co., della Costituzione, portando anche a rapida conclusione le trattative tra Governo e Regioni" al momento aperte, accompagnate dal "trasferimento delle risorse necessarie per un autonomo esercizio delle stesse"*; e ancora *"Questo percorso di rinnovamento dell'assetto istituzionale dovrà dare sempre più forza al regionalismo applicando, regione per regione, la logica della geometria variabile che tenga conto sia delle peculiarità e delle specificità delle diverse realtà territoriali sia della solidarietà nazionale"* (punto 20). In conformità a tali affermazioni, a partire dal giugno 2018, dopo il blocco seguito all'avvicinarsi del nuovo Governo, si erano infatti riaperti i tavoli di discussione e dialogo con le Regioni.

e Molise) non risultano aver intrapreso iniziative formali per l'avvio della procedura"<sup>(20)</sup>.

Da problema specifico del cd. Nord e dei suoi rapporti con il Governo centrale, da cui si cercava di prendere un po' di distanza per poter disegnare con "maggiore autonomia" i contorni delle politiche regionali (si pensi, come esempio per tutti, alle richieste dell'Emilia-Romagna di gestione integrale delle politiche relative alla formazione professionale), l'intero fenomeno si è così trasformato in un problema a caratura nazionale, in cui mettere in gioco la generale distribuzione delle competenze e la ricerca di una soluzione condivisa del gap di sviluppo tra Nord e Sud del Paese.

Con riferimento alle pre-intese del 2018 va ricordato come fosse prevista una parte comune generale, sostanzialmente uguale per tutte le tre Regioni richiedenti, ed una parte speciale, composta da allegati che differivano di poco tra loro, prevedendo tutti le stesse materie (esigue in numero ma di grande rilievo, quali la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la salute, l'istruzione, la tutela del lavoro e i rapporti internazionali e con l'Unione Europea), nonché schemi di attribuzione delle funzioni e delle risorse molto simili tra loro, secondo una uniformità che smorzava la capacità delle stesse di rispecchiare le peculiarità e le diverse aspirazioni delle Regioni<sup>(21)</sup>.

Un tale approccio e la portata stessa delle pre-intese si sono ben presto rivelati inadeguati al cambio di passo promosso dal successivo Governo (Conte I) e dalle stesse Regioni richiedenti. Queste ultime infatti si sono avvalse del mutamento della maggioranza politica, comprendente il partito che più si era impegnato a raggiungere come risultato il compimento del processo di attribuzione delle nuove funzioni, per porre sul nuovo tavolo dei negoziati, nel luglio 2018, un notevole ampliamento del novero di competenze da trasferire, giungendo così, con le bozze di intese del 2019, ad una espansione delle richieste, che facevano in quel testo riferimento a tutte le 23 materie dell'art. 116, III comma, Cost. per le Regioni Lombardia e Veneto; l'Emilia Romagna, a sua volta,

---

<sup>(20)</sup> Cfr. Servizio Studi del Senato, *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, n. 104, febbraio 2019.

<sup>(21)</sup> Per una analisi dettagliata delle pre-intese si rimanda a G. PICCIRILLI, *Gli 'accordi preliminari' per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 21 aprile 2018; F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali 'ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia' per Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6/2019; sia consentito anche il rimando a L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018. Da ultimo ed esaurientemente sul percorso evolutivo del regionalismo differenziato, oltre che sulle molteplici sfide da esso poste: C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO, *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive. Atti del IV Convegno annuale della Rivista Diritto Regionale, Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Torino-Catanzaro, Rubettino Editore, 2020, *passim*.

aveva richiesto 16 materie, le quali, benché inferiori a quelle delle altre due Regioni, restavano comunque consistenti <sup>(22)</sup> se paragonate a quelle oggetto delle pre-intese, risalenti solo ad un anno prima. Va sempre tenuto a mente, tuttavia, che poi, in concreto, erano le funzioni amministrative a far da perno per la costruzione delle intese, a cui venivano poi collegate, – ma non sempre – le funzioni legislative di riferimento.

### **2.3. I problemi procedurali irrisolti, comuni alle diverse fasi e l'emergere dell'esigenza di una legge generale di attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.**

Quelli delle competenze e della struttura del testo non sono però gli unici aspetti problematici emersi nel dibattito sull'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost. e che hanno inciso sulle scelte dei due governi precedenti a quello in carica (Gentiloni e Conte I): un ulteriore punto fortemente discusso, sul quale si è registrato anche un vivace confronto dottrinale, attiene infatti alla procedura di approvazione degli accordi Regione-Stato e al coinvolgimento del Parlamento. Le divergenze di vedute e di interpretazioni in merito hanno origine nel dettato costituzionale laddove si prevede l'approvazione a maggioranza assoluta di una legge, "sulla base" di intese tra Stato e Regione richiedente. Il testo, frutto di un compromesso politico all'epoca della sua formulazione <sup>(23)</sup>, non chiarisce quale rapporto debba intercorrere tra l'intesa e la legge, una legge che, essendo approvata con maggioranza qualificata, presenta tratti di atipicità, segno di un incremento della resistenza passiva al cambiamento, che la connota come legge rinforzata o potenziata, non abrogabile con semplice referendum. Oltre al tema della scarsa modificabilità, che adombra una sorta di natura paracostituzionale e quindi tendenzialmente irreversibile della differenziazione, problematico è apparso a molti il ruolo sostanziale del Parlamento nell'approvazione della legge in esame, da non ridurre – come facevano invece le pre-intese del 2018 – a mero ratificatore formale dell'intesa <sup>(24)</sup>. Nelle pre-intese del 2018 la questione veniva

---

<sup>(22)</sup> Per approfondimenti circa le peculiarità del percorso di autonomia della Regione Emilia-Romagna, che già sotto questo profilo delle materie richieste mostra un approccio differente rispetto alle altre due Regioni Lombardia e Veneto, si legga A. CANDIDO, *Prove di regionalismo differenziato. La richiesta della Regione Emilia-Romagna*, in *Diritti Regionali*, 3/2019.

<sup>(23)</sup> Per una lettura del percorso e dibattito che ha portato alla scelta di richiedere la maggioranza assoluta, si legga, tra i molti, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo Fiscale*, 1/2007.

<sup>(24)</sup> F. BIONDI, *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2019, p. 440-444. L'Autrice sul punto afferma: "l'art. 116, terzo comma, Cost. autorizza, infatti, ad introdurre una sostanziale deroga al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni per il (lungo e indefinito) periodo di vigenza dell'intesa; sicché sarebbe auspicabile che il Parlamento, sede della rappresentanza politica nazionale, abbia la

sbrigativamente risolta facendo riferimento alla procedura di cui all'art. 8 Cost., riguardante le intese tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica. Questa opzione comportava conseguentemente di confinare l'intervento dell'organo legislativo ad una mera ratifica delle decisioni dei due esecutivi sottoscrittori dell'intesa, organo legislativo che non avrebbe avuto la possibilità di modificare il testo dell'accordo, limitandosi ad una sua approvazione in toto o ad un suo respingimento.

Sul punto, i tre Presidenti delle Regioni Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia si erano espressi a favore, così da "blindare" il testo dell'intesa negoziata <sup>(25)</sup>. Non così invece la dottrina, che riteneva non confacente la parificazione del procedimento ex art. 116, terzo comma, Cost. con quello dell'art. 8 Cost.: troppo ampie venivano ritenute le differenze tra le intese con le confessioni religiose acattoliche, soggetti esterni allo Stato e preposte alla tutela di un diritto fondamentale quale è la libertà religiosa, e le intese da stipularsi con le Regioni, che sono invece soggetti interni allo Stato apparato, finalizzate ad intervenire sull'impianto costituzionale del riparto delle competenze legislative e che tocca quindi in modo diretto il ruolo e le funzioni

---

*possibilità di intervenire e svolgere un controllo sostanziale sui contenuti di tale fonte atipica (...). A tale prospettiva si può validamente opporre la difficoltà di individuare in concreto, nel procedimento parlamentare, modalità di intervento sui contenuti delle intese che non minino l'equilibrio raggiunto con l'intesa. Si potrebbe tuttavia almeno immaginare (anche per facilitare l'approvazione stessa della legge) che al Governo sia consentito, dinnanzi a riserve espresse in sede parlare, di presentare emendamenti ai contenuti dell'intesa già stipulata all'esito di una riapertura di negoziati puntuali con la Regione interessata", p. 443.*

<sup>(25)</sup> Il presidente della Regione Emilia-Romagna Bonaccini ha espresso contrarietà circa la possibilità del Parlamento di modificare l'intesa voce per voce, per l'impossibilità della Regione "di poter intervenire in un dibattito che rischierebbe di essere stravolto senza che una delle due parti contraenti quell'intesa possa ribadire le proprie ragioni", configurando invece il ruolo del Parlamento nella definizione della cornice istituzionale, tra cui la determinazione dei fabbisogni standard e dei LEP. Il Presidente della Regione Lombardia Fontana, il 27 marzo 2019 ha ritenuto che "il principio di leale collaborazione fra Stato e autonomia territoriale mal si concilierebbe con un disegno di legge che intervenisse con integrazioni sostanziali rispetto alla volontà delle parti espressa nelle Intese", auspicando invece un atto di indirizzo parlamentare, a fronte di una comunicazione del Governo sullo stato di negoziazione in corso con le Regioni, per orientar l'azione del Governo stesso nelle fasi successive. Il Presidente della Regione Veneto Zaia ha proposto che in caso di accordo tra Governo e Regioni il testo della pre-intesa, non considerata quindi un provvedimento definitivo, "sia sottoposto al parere del Parlamento, per poi tornare in Consiglio dei Ministri per valutare le osservazioni e concludere l'intesa definitiva", così si legge nella Relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 maggio 2009, n. 42, sul federalismo fiscale, del 24 ottobre 2019, elaborata dalla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, nella quale, come si vedrà, ampio spazio viene lasciato anche a considerazioni circa il regionalismo differenziato.

del Parlamento <sup>(26)</sup>. In questo contesto, si riteneva – e giustamente – che al Parlamento non potesse che spettare un ruolo attivo nella decisione sulle competenze da devolvere, ruolo che tuttavia non avrebbe dovuto essere ricondotto ad una modifica unilaterale ma che richiedeva – in caso di modifiche – una nuova approvazione dell'intesa da parte dei Governi interessati.

La questione delle procedure e i cambiamenti prospettati nei mesi tra le due tornate di intese, quella del 2018 e quella del 2019, possono essere compresi anche considerando il cambiamento di dimensione del processo di differenziazione. Come si è già detto, durante quei mesi il sensibile aumento delle Regioni che si erano attivate per prendere parte al processo stesso aveva fatto sì che si passasse da una concezione essenzialmente bilaterale della negoziazione, il cui contenuto restava ricompreso nell'ambito del passaggio di funzioni essenzialmente amministrative e della relativa regolamentazione, ad un

---

<sup>(26)</sup> Sul punto si leggano, tra i molti, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6/2019 ma anche A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 8/2019; S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge di differenziazione: tra esigenze bilaterali e la necessaria centralità del Parlamento*, in *Federalismi.it*, 18/2019; S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019. Sul punto è interessante anche citare il dibattito relativo alle modalità di intervento del Parlamento e in particolare alla possibilità di attribuire alle Commissioni parlamentari competenti in materia il compito di proporre emendamenti e modifiche rispetto al testo finale dell'Intesa tra Stato e Regione interessata, in un momento però precedente rispetto al voto finale delle Camere. Grazie a questo vaglio preventivo delle Commissioni taluni autori ritengono che il successivo voto del Parlamento potrebbe allora essere di tipo meramente formale, in considerazione proprio di quel previo vaglio sostanziale effettuato dalle Commissioni. Così B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *Federalismi.it*, 13/2019. Analogo interesse presenta l'osservazione di S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 5/2020, quanto alla forma nella quale le bozze di intese sono fino ad oggi state redatte e all'impatto di tale scelta rispetto al ruolo del Parlamento: "I testi citati, infatti, sono stati redatti in una forma piuttosto vicina a quello che potrebbe essere il testo legislativo 'finale', destinato a disciplinare direttamente le funzioni trasferite alle Regioni beneficiarie dell'autonomia particolare. Dinnanzi ad un testo dell'intesa costruito in tal modo, in effetti, gli spazi a disposizione delle Camere per svilupparne le previsioni non possono che essere particolarmente ridotti. Anche se politicamente è molto comprensibile che le Regioni cerchino di ottenere questo risultato, poiché evidentemente è quello che, nella sede legislativa, le garantisce maggiormente, le intese in effetti ben potrebbero essere caratterizzate da testi meno dettagliati e stringenti, al limite non dissimili da quelli delle norme di delega legislativa. In tale situazione è evidente che la disformità della legge ex art. 116, terzo comma, Cost., rispetto al testo dell'intesa è non solo possibile, ma anzi necessaria, dovendo la prima tradurre nel dettaglio nell'ordinamento statale ipotesi prefigurate nella seconda ad un minore livello di definizione" (p. 101). Questo tuttavia non è l'approccio seguito sino ad ora dai Governi Gentiloni e Conte I, che hanno invece proposto testi completi e dettagliati sia nei pre-accordi che nelle bozze di intese.

ampliamento delle richieste delle cd. Regioni capofila nonché del numero delle Regioni richiedenti, così da trasformare un fenomeno che pareva confinato nell'ambito della eccezionalità e della deroga (come del resto pareva essere nelle intenzioni degli estensori dell'articolo in esame) ad uno assai più ampio e qualitativamente diverso. Come conseguenza di tali modifiche, il processo in esame era andato assumendo la natura quasi "costituzionale" di un ripensamento generale dei rapporti tra livelli di governo, con un impatto importante sul piano delle procedure, quello di orientarsi verso una partecipazione sostanziale forte del Parlamento, con due o persino tre fasi di dialogo tra il Parlamento stesso e negoziatori in sede governativa, ma anche ad una partecipazione ampia al processo delle altre realtà regionali interessate, tramite la Conferenza Stato-Regioni o tramite la Commissione bicamerale per gli affari regionali integrata dai rappresentanti delle Regioni stesse.

Per rispondere a questo cambio di paradigma che il processo ha subito e ancora subisce, per il progressivo ampliarsi degli interessi e degli interessati, in quella fase – che è sostanzialmente analoga alla presente – si è tornati a porre l'accento sull'ipotesi di una legge generale che regoli l'intero processo di differenziazione, che sia però utile al processo stesso e non si risolva invece in un mero stratagemma per dilazionarne la conclusione, come fu accusata di essere la proposta di legge avanzata nel 2007 <sup>(27)</sup>. In altre parole, si comprende come mai oggi occorra una legge generale che eviti il prodursi di una nuova forma di "navetta" tra Parlamento ed Esecutivi sul contenuto dell'intesa e che formalizzi, durante la negoziazione, momenti di confronto sugli sviluppi delle stesse, coinvolgendo l'organo legislativo in modo da consentire allo stesso di esprimersi su quanto si va prefigurando, per non mettere i membri del Parlamento davanti ad una sorta di fatto compiuto <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> Oltre a richiamare quanto già scritto nella nota nr. 17, è interessante notare come l'idea di una legge generale fosse stata considerata già tempo addietro, con il disegno di legge generale attuativa dell'art. 116, terzo comma, Cost. promosso dall'On. Lanzillotta nel 2008, nonché con il disegno di legge-delega proposto dalla Regione Veneto ex art. 121 Cost., entrambi naufragati ma entrambi, pur in maniera differente e con notevoli limiti, volti a rilanciare l'idea di una legge che definisse i punti fondamentali e la procedura di attuazione dell'autonomia differenziata. Il c.d. progetto di legge Lanzillotta aveva inoltre sottolineato, con lucidità, l'esigenza di inserire, all'interno del ddl di approvazione delle intese, la specifica indicazione delle norme statali che dovevano cessare di essere applicate nella Regione in virtù delle maggiori e ulteriori competenze attribuite (si legga su questo aspetto R. BIN, *Regioni tra politica e burocrazia*, in *Le Regioni*, 4/2018). Sul punto si rimanda a E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, co. 3, Costituzione: profili procedurali di dubbia legittimità e possibili violazioni dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018.

<sup>(28)</sup> Cfr. R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4/2019, il quale ribadisce l'esigenza di avere come riferimento per il processo in atto "una legge che ponesse pochi principi procedurali riguardanti soprattutto i presupposti per potere procedere con le

#### 2.4. Le conseguenze del generalizzarsi della richiesta di poteri differenziati nelle diverse regioni italiane sulla struttura amministrativa dello Stato centrale. Cenno

Dalla ricostruzione delle principali tappe che hanno caratterizzato il percorso verso la concretizzazione del regionalismo differenziato nel corso degli ultimi anni, sono emersi certamente dei progressi. Se è innegabile, infatti, un maggiore interessamento al tema, una maggiore partecipazione alla discussione e al confronto dovuta alla partecipazione delle Regioni del Sud, che hanno arricchito il dibattito stesso ponendo sul tavolo delle negoziazioni e delle decisioni politiche la questione meridionale mai sufficientemente messa a tema negli ultimi decenni<sup>(29)</sup>, più nell'ombra è rimasto un risvolto altrettanto cruciale della differenziazione, cioè quella delle conseguenze della stessa rispetto agli apparati centrali dello Stato<sup>(30)</sup>.

E, invero, uno Stato che si trovasse di fronte non enti regolati in modo sostanzialmente uniformi, salvo qualche eccezionale fuga in avanti, ma enti dotati ciascuno di un proprio assetto competenziale differenziato necessiterebbe di una radicale riforma degli apparati centrali così da renderli capaci di gestire la differenziazione con regolamentazioni differenziate a seconda delle diverse realtà regionali di riferimento.

Il tema è ovviamente troppo esteso e complesso per essere affrontato in questa sede. Qui basti ricordare, ad esempio, che le intese del 2019 prevedevano una durata della devoluzione di 10 anni cui avrebbe dovuto fare seguito una fase di valutazione dei risultati, a seguito della quale il processo avrebbe potuto tornare allo *status quo ante*. Il che, come è ovvio, avrebbe comportato e comporterebbe istituzioni da creare e parametri di valutazione tutte da definire, con un impatto sull'organizzazione centrale e su quella locale di considerevoli dimensioni, secondo una cultura della valutazione che, nel nostro Paese, è solo agli inizi<sup>(31)</sup>. Senza meccanismi valutativi comprovati, infatti, una simile clausola

---

*richieste*" che "potrebbe rappresentare un elemento di garanzia per il principio di unità della Repubblica".

<sup>(29)</sup> Si legga G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, 2019 e M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Editoriale Scientifica, 2019; sul tema del divario Nord-Sud, si legga anche, ampiamente: S. MANGIAMELI, A. FILIPPETTI, F. TUZI, C. CIPOLLONI, *Prima che il Nord assomigli al Sud, Le regioni tra divario e asimmetrie*, Rubettino Università, Soveria Mannelli, 2020.

<sup>(30)</sup> Relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, già citata.

<sup>(31)</sup> Sul tema della scarsa diffusione nel nostro ordinamento di una cultura della valutazione e della qualità della legislazione, si rinvia a B. VIMERCATI, *La natura e gli strumenti della better regulation. Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2018; M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un*

o non avrebbe nessun impatto o finirebbe persino per divenire fonte di innumerevoli controversie.

E, ancora, a parte la questione della transitorietà della devoluzione, che dire delle scelte legislative centrali, da parametrare con una pluralità di atti normativi per non creare disparità, errori tecnici o difformità normative a tutto scapito della certezza del diritto?

Questi – e molti altri ancora – sarebbero dunque gli impatti della differenziazione sugli apparati centrali, da tenere in considerazione nel momento in cui si dovesse attuare tale complessa operazione, volta a superare la presunta uniformità a favore di una logica di differenziazione certamente più conforme alle disparità reali oggi esistenti nel Paese ma anche più incidente su quegli enti che, posti al centro del sistema nazionale, servono a dare l'impianto unitario alla legislazione e alla amministrazione dello Stato <sup>(32)</sup>.

### **3. Lo schema di DDL presentato dal Ministro per gli Affari regionali del Governo in carica: la centralità della determinazione dei LEP nel percorso di attuazione del regionalismo differenziato**

Ripercorse le tappe del processo di attuazione del regionalismo differenziato fin qui poste in essere, si può ora tornare a riflettere sulla risposta, già ricordata all'inizio delle presenti note, offerta dal Governo nazionale in carica alle modifiche e agli ampliamenti del tema della differenziazione messi in luce fin qui. Nella seduta del 2 ottobre 2019 il Ministro per gli Affari Regionali *pro tempore*, in occasione di una audizione dinnanzi alla Commissione parlamentare per le questioni regionali <sup>(33)</sup>, aveva esposto le linee del nuovo Governo in materia. Il Ministro aveva in quella sede sottolineato, con riferimento al percorso fatto, come la fase cui si era giunti prima dell'insediamento del nuovo Governo e dalla quale si doveva partire, fosse in realtà ancora molto lontana dal giungere ad un punto di arrivo <sup>(34)</sup> e aveva pertanto richiamato la necessità di una nuova partenza <sup>(35)</sup>.

---

*problema di cultura*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 179 ss.

<sup>(32)</sup> Più ampiamente sul tema si rimanda a S. NERI, *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 gennaio 2019.

<sup>(33)</sup> Il resoconto stenografico dell'audizione è reperibile all'indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/23/audiz2/audizione/2019/10/02/leg.18.stencomm.data20191002.U1.com23.audiz2.audizione.0003.pdf>

<sup>(34)</sup> Nel resoconto stenografico si legge infatti: *"non eravamo pronti, c'erano tanti problemi, c'erano tanti 'no' detti da amministrazioni anche dello stesso colore politico che non erano valutazioni politiche ma erano valutazioni di congruità o di coerenza costituzionale"*, p. 4. E, ancora, a p. 6 si legge: *"La proposta sulla quale stiamo lavorando è una cornice unica nazionale entro la quale possono essere innestate tutte le intese. È una cornice che sostanzialmente prevede*

Coerentemente con questa visione ampiamente riformatrice, l'art. 1 dello schema di disegno di legge Boccia ne definisce le finalità, volendo assicurare su tutto il territorio nazionale i *livelli essenziali delle prestazioni* di cui all'art. 117, II comma, lett. m, Cost. nonché i cd. "*obiettivi di servizio*" di cui all'art. 13 del d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68. Il raggiungimento di tali obiettivi comporta, sempre secondo il ddl, una valutazione della compatibilità delle materie oggetto di attribuzione differenziata con i citati *livelli essenziali*, con gli *obiettivi di servizio* e con i cd. *fabbisogni standard*, la cui determinazione, fondamentale per una corretta ripartizione delle risorse tra centro e periferia, si presenta densa di difficoltà tanto da essere ancora *in fieri*. E ancora: sempre secondo il d.d.l. citato, le "materie" richieste dalle Regioni vanno valutate alla luce dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione (sic!) ma soprattutto rispetto al principio solidaristico e non devono interferire con le funzioni fondamentali degli altri enti locali, secondo quanto stabilito sempre dall'art. 117, II comma, lett. p) della Costituzione che, come è noto, costituisce competenza esclusiva dello Stato. Non manca infine la previsione secondo cui il finanziamento va calibrato in modo coerente con la disciplina relativa al federalismo fiscale (art. 17, l. 31 dicembre 2009, n. 196 e l. 5 maggio 2009, n. 42).

Ora, ridefinire *livelli essenziali*, *obiettivi di servizio* e *fabbisogni standard*, pur se riferiti "alle materie oggetto di attribuzione differenziata" comporta inevitabilmente una pressochè completa riorganizzazione dell'intero sistema dei rapporti tra i diversi livelli di governo operante su tutto il territorio nazionale e

---

*un capovolgimento dell'impostazione con cui il Governo precedente era partito. Noi partiamo dalla definizione dei LEP, mentre prima lo schema era inverso: funzioni fondamentali subito, in base alla spesa storica, fabbisogni dopo un anno e, dopo tre anni, LEP. (...) Dunque prima si accoglie questa cornice nazionale come cornice unitaria concordata con tutti, prima si parte con le intese".*

<sup>(35)</sup> Queste affermazioni sono perfettamente coincidenti con le posizioni espresse dal Luigi Di Maio, all'epoca leader del Movimento 5 Stelle, nel decalogo degli obiettivi programmatici proposti dal partito pentastellato al Presidente della Repubblica in occasione delle consultazioni avvenute dopo la crisi extraparlamentare – poi parlamentarizzata – di agosto 2019: il Movimento infatti, da sempre cauto sul procedimento di differenziazione, mirava ad accompagnare le intese con la definizione dei *livelli essenziali* previsti in Costituzione, livelli che – al di là delle specificità proprie dei singoli diritti, come già si è detto, che ne fanno un concetto multiforme e ampiamente differenziato – sono genericamente richiamati al fine di segnalare la necessità, fortemente sentita dal Movimento e dalle Regioni del Sud, di garantire maggiore eguaglianza e medesimi livelli di qualità dei servizi "su tutto il territorio nazionale". Una linea, questa, recepita e confermata anche nella Nota di aggiornamento al Documento Economico Finanziario 2019: "Si procederà lungo il processo di autonomia differenziata, salvaguardando il principio di coesione nazionale e di solidarietà. Saranno definiti i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Ciò eviterà di aggravare il divario tra il Nord e il Sud del Paese" (DEF 2019, 30 settembre 2019, p. 11). Sul punto e con riferimento ai primi passi mossi dal Governo 'giallo-rosso' in materia di regionalismo differenziato, si veda, volendo, L. VIOLINI, *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, op. cit.

non solo una operazione riferita unicamente alle Regioni richiedenti le “materie” (meglio sarebbe tuttavia fare riferimento non alle materie ma alle specifiche “funzioni” richieste, come le bozze di intesa mettono in luce). Comunque, al di là delle sottigliezze lessicali, si comprende come l’intento governativo miri a posporre la risposta delle richieste regionali ad una ricostruzione *ex novo* del quadro generale, sia sul piano sostanziale sia rispetto alla distribuzione delle risorse, senza tenere conto del fatto che alcuni dei principi enunciati erano già stati tenuti in considerazione dalle bozze di intese del 2019 come presupposti per la devoluzione.

Se questi sono gli elementi, definiti i quali si potrà porre mano alla differenziazione, vi è da aspettarsi che il processo di attuazione del regionalismo asimmetrico non abbia prospettive immediate di giungere ad una conclusione.

Questa prima considerazione è agevolmente verificabile se si analizzano nel dettaglio gli aspetti salienti dello schema di disegno di legge sopra indicato, a partire dalle procedure individuate per la definizione dei *livelli essenziali*. Essi dovranno essere stabiliti mediante decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per gli affari regionali entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell’intesa (*la cd. legge di differenziazione*). Lo schema di tali decreti dovrà essere trasmesso alle Camere e su di essi dovranno esprimersi con parere la Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale e la Commissione competenti. Si precisa tuttavia che, trascorsi 30 giorni dalla trasmissione, il decreto potrà comunque essere adottato e che, anche qualora vengano espressi pareri parlamentari, essi non saranno vincolanti e imporranno solo al Governo di trasmettere una relazione motivata di risposta alla Camere.

Con riferimento alla scansione temporale di tutto il processo di devoluzione, nell’ultima audizione tenutasi, prima della crisi sanitaria, il 12 febbraio 2020, il Ministro ha ribadito la stretta connessione tra il processo di differenziazione e la determinazione degli elementi sopra ricordati ma ha anche precisato che, senza la completa definizione di tutti gli elementi enunciati, egli ritiene inopportuno procedere all’attribuzione di ulteriori competenze alle Regioni: «È su questo che abbiamo costruito l’art. 1, che definisce un impegno connesso all’attuazione dell’articolo 116 con il 117, il 118 e il 119», cioè di tutto quanto gravita intorno alla regolazione costituzionale - e ordinaria, si presume - dei rapporti tra Stato e Regione. Così il Ministro ha illustrato l’innovazione predisposta rispetto al testo presentato nel dicembre 2019: “Qual è il comma che abbiamo inserito? È la nuova lettera d), che dice che l’attribuzione delle funzioni che concernono i livelli essenziali delle prestazioni avviene solo dopo l’adozione dei decreti di cui all’articolo 2, comma 1. All’articolo 2, comma 1 si dice chiaramente che le funzioni saranno devolute, quindi saranno trasferite, solo quando ci saranno i livelli essenziali delle prestazioni.... Ho raccolto una posizione a larga maggioranza dei contributi che ho ricevuto dalle forze politiche di maggioranza e di opposizione – e devo dire anche dalle parti sociali – che ritenevano che anche farli partire dopo dodici mesi (ndr. come invece pareva dovesse

succedere secondo la lettera del testo del ddl presentato a dicembre <sup>(36)</sup>) *se non fossero stati pronti, non sarebbe stata una cosa che avrebbe garantito il sistema»*<sup>(37)</sup>.

Quanto al nesso tra regionalismo differenziato e attuazione della l. n. 42 del 2009 in tema di federalismo fiscale, la relazione semestrale <sup>(38)</sup> elaborata dalla Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale del 24 ottobre 2019, dedica ampio spazio ai fabbisogni standard e alle capacità fiscali, che vengono definiti «*il fondamento dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali di cui alla legge n. 42 del 2009*», a loro volta strettamente interrelati ai livelli essenziali: «*i fabbisogni standard e le capacità fiscali costituiscono i parametri cui ancorare il finanziamento delle spese fondamentali di comuni, città metropolitane e province, al fine di assicurare un graduale e definitivo superamento del criterio della spesa storica a*

---

<sup>(36)</sup> Merita ricordare infatti come nella versione del 3 dicembre 2019, lo schema di disegno di legge prevedesse all'art. 1, lett. d) che “*qualora entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa che attribuisce per la prima volta la funzione, non siano stati adottati i decreti di cui al comma 1 dell'articolo 2 [ovvero i richiamati decreti di definizione dei LEP], le funzioni sono attribuite, con decorrenza dal 1° gennaio dell'esercizio immediatamente successivo e fino alla loro adozione. Le relative risorse sono assegnate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Regione interessata, sulla base delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente*”. Emerge dunque come in tale versione “*gli scenari prefigurati nel disegno di legge sono diversi a seconda che lo stesso venga approvato e, dunque, da esso discendano le Intese, oppure che non venga approvato e le Intese possano comunque proseguire il loro percorso parlamentare senza il condizionamento dei vincoli previsti nel disegno di legge stesso (in primo luogo i LEP)*”, così A. POGGI, Art. 116, comma 3: *norma di sistema o norma di razionalizzazione del regionalismo differenziato?*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno “Regionalismo differenziato: opportunità e criticità”, Milano, 8 ottobre 2019, p. 26, reperibile all'indirizzo:

[http://www.csfederalismo.it/images/attachments/atticonvegni/UniMi-CSF\\_RegionalismoDifferenziato\\_Dic2019.pdf](http://www.csfederalismo.it/images/attachments/atticonvegni/UniMi-CSF_RegionalismoDifferenziato_Dic2019.pdf). Rispetto a questa versione, la modifica al testo richiamata nell'ultima audizione del 12 febbraio 2020 parla invece di un ulteriore rafforzamento della primaria importanza dei LEP, stabilendo, da quanto emerge dalle parole del Ministro Boccia, un legame indissolubile tra la determinazione dei LEP stessi e il trasferimento delle funzioni attribuite dall'Intesa e dal decreto attuativo.

<sup>(37)</sup> Audizione del 12 febbraio 2020 della Commissione parlamentare per le questioni regionali, il cui resoconto stenografico è disponibile all'indirizzo: [https://www.camera.it/leg18/1058?idLegislatura=18&tipologia=audiz2&sottotipologia=audizione&anno=2020&mese=02&giorno=12&idCommissione=23&numero=0004&file=indice\\_stenograficohttps://www.camera.it/leg18/1058?idLegislatura=18&tipologia=audiz2&sottotipologia=audizione&anno=2020&mese=02&giorno=12&idCommissione=23&numero=0004&file=indice\\_stenografico](https://www.camera.it/leg18/1058?idLegislatura=18&tipologia=audiz2&sottotipologia=audizione&anno=2020&mese=02&giorno=12&idCommissione=23&numero=0004&file=indice_stenograficohttps://www.camera.it/leg18/1058?idLegislatura=18&tipologia=audiz2&sottotipologia=audizione&anno=2020&mese=02&giorno=12&idCommissione=23&numero=0004&file=indice_stenografico)

<sup>(38)</sup> Relazione semestrale della Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale, 24 ottobre 2019, disponibile all'indirizzo: [https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2019&mese=10&giorno=24&view=filtere\\_d\\_scheda\\_bic&commissione=62](https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2019&mese=10&giorno=24&view=filtere_d_scheda_bic&commissione=62)

*vantaggio dell'attribuzione di risorse basate sull'individuazione dei fabbisogni standard necessari a garantire il finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e delle funzioni fondamentali degli enti locali* <sup>(39)</sup>. *Insieme con le capacità fiscali, i fabbisogni standard costituiscono i parametri sulla base dei quali ripartire il Fondo di solidarietà comunale costituito per la perequazione integrale dei livelli essenziali delle prestazioni»* <sup>(40)</sup>

Se a ciò si aggiunge che l'art. 3 dello schema di disegno di legge in esame è dedicato all'ulteriore e connesso strumento di perequazione infrastrutturale, mediante istituzione di un Fondo perequativo cui viene affidato il compito di recuperare il deficit infrastrutturale delle diverse aree geografiche del nostro

---

<sup>(39)</sup> A riguardo della spesa storica – e della relativa facilità di individuare le modalità di finanziamento delle funzioni devolute – osserva A. Zanardi: *“Il rimando che l'articolo 116 fa all'articolo 119 potrebbe - e dovrebbe - essere interpretato come un richiamo alle esigenze perequativo-solidaristiche dell'intero sistema di finanza pubblica multilivello, incluse anche le eventuali forme di federalismo differenziato: anche le regioni che assumono competenze rafforzate devono partecipare al sistema di redistribuzione interregionale delle risorse attivato dal governo centrale. Ciò significa in specifico che le modalità di finanziamento di queste competenze rafforzate non possono costituire un escamotage per consentire alle regioni "ricche" di sfuggire dai doveri di solidarietà verso le aree economicamente più deboli del Paese. In altri termini, si tratta di una richiesta di "neutralità perequativa" delle modalità di finanziamento del federalismo differenziato. Questo requisito di "neutralità perequativa" del finanziamento del federalismo differenziato sarebbe garantita ovviamente se le aliquote di compartecipazione fossero fissate in modo tale da garantire dei gettiti esattamente pari alla spesa "storica" dello Stato nella regione richiedente per le funzioni devolute, cioè al costo dell'attuale fornitura statale per tali funzioni. Nulla cambierebbe in termini di redistribuzione interregionale delle risorse intermedie dal settore pubblico, nulla cambierebbe in termini dei cosiddetti residui fiscali delle singole regioni. In termini esemplificativi: prima della devoluzione differenziata dell'istruzione lo Stato, con i tributi raccolti su tutto il territorio nazionale e quindi anche dai contribuenti lombardi o veneti, finanziava le retribuzioni al personale docente in Lombardia e in Veneto. Ora con la devoluzione differenziata lo Stato trasferisce una somma identica alla regione Lombardia e alla regione Veneto tramite compartecipazione e a sua volta la Regione Lombardia e la Regione Veneto impiegano tali risorse per pagare le retribuzioni al personale docente ora regionalizzato”* (cfr. ASTRID RASSEGNA – N. 11/2017 6 - *Le richieste di federalismo differenziato: una nota sui profili di finanza pubblica*).

<sup>(40)</sup> Per approfondimenti sul complesso tema, si rimanda S. PIPERNO, *Federalismo fiscale e regionalismo differenziato: si riparte?*, in *Centro Studi sul federalismo*, Commento n. 162, 3 dicembre 2019. L'autore afferma che *“il dibattito in materia di regionalismo asimmetrico alla fine potrebbe avere avuto il non indifferente merito di riavviare il processo attuativo del federalismo fiscale nel nostro Paese”*. Anche il Ministro Boccia del resto, nella richiamata audizione del febbraio 2020, aveva affermato: *“L'art. 119 viene attuato, di fatto, attraverso la legge n. 42 del 2009 (la legge sul federalismo fiscale) e attraverso il decreto legislativo n. 68 del 2011 che attua la delega. Perché cito insieme questi due provvedimenti? Li cito insieme perché insieme consentono la perequazione attuale e il sostegno e il finanziamento delle regioni a statuto ordinario. (...) Non si tratta solo di autonomia differenziata ma di autonomia differenziata che, entro una cornice, mette insieme l'articolo 119, l'articolo 118 e l'articolo 117”* (p. 5).

territorio, anche a livello infra-regionale <sup>(41)</sup>, si comprende come *tout se tient*: la riscrittura di tutti questi capitoli, a prescindere da quanto è già stato fatto negli ultimi 20 anni – e non solo a partire dalla ripartenza del processo di differenziazione – e che è rimasto in parte incompiuto, il “cantiere aperto” sopra richiamato <sup>(42)</sup>, richiederà un tempo certamente non breve. Detto in maniera sintetica: prima dei correttivi che la differenziazione intendeva apportare al sistema, in vista di una maggiore autonomia dei territori più avanzati del Paese, occorre ristrutturare l'intero sistema, il che – ovviamente – potrebbe comportare una sopravvenuta inutilità di detti correttivi, i quali avrebbero avuto, invece, come potenziale vantaggio, quello di offrire un terreno di prova per la riforma dell'intero regionalismo nostrano <sup>(43)</sup>. Insomma: per lasciare un po' di autonomia alle Regioni occorre un nuovo protagonismo dello Stato centrale <sup>(44)</sup> piuttosto che una vera, puntuale risposta alle richieste provenienti da tempo dalle Regioni stesse.

A completamento del quadro normativo, il d.d.l. ridefinisce anche il processo di approvazione delle intese che era stato – ed è tutt'ora – oggetto di dibattito politico ma anche dottrinario. L'art. 1, secondo comma, dello schema di

---

<sup>(41)</sup> Per il conseguimento di tali obiettivi è prevista la nomina di un Commissario designato dal Ragioniere generale dello Stato, che potrà avvalersi delle strutture dei Ministeri competenti nonché di una struttura di missione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie. Il Commissario si avvarrà del contributo delle Regioni, sia nella definizione delle metodologie che in quello di determinazioni dei valori dei LEP e dei relativi fabbisogni *standard*.

<sup>(42)</sup> V. supra nota nr. 7.

<sup>(43)</sup> Si vuole incidentalmente precisare come la necessità di una determinazione dei LEP sia esclusivamente riferita alle materie per le quali esistono i LEP e dunque questi ultimi risulteranno determinanti solo per il trasferimento di tali competenze.

<sup>(44)</sup> Facendo riferimento allo schema di d.d.l. nel suo complesso, Bifulco afferma: “*lo schema non ha la pretesa di porsi come un provvedimento organico, incidente su tutti i profili riguardanti l'attuazione dell'art. 116, III co, rappresentando piuttosto uno sforzo per una migliore contestualizzazione della differenziazione all'interno di un sistema territoriale ispirato dai principi dell'unità. In questa prospettiva lo schema di d.d.l. costituisce un serio tentativo di tenere insieme gli artt. 3, II co, e 5 Cost. all'interno di un regionalismo che abbandona la sponda dell'uniformità per avviarsi verso quella di una ragionevole differenziazione*” (R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, op. cit.). Merita precisare come l'11 novembre 2019 il Ministro Boccia avesse inviato ai Presidenti delle Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, una prima bozza di una legge-quadro sensibilmente differente da quella del 3 dicembre 2019 e che si è deciso di non trattare in questa sede, reputando più opportuno concentrarsi maggiormente sull'ultimo testo. Per un primo commento a tale iniziale bozza si rimanda comunque a: L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla 'bozza di legge-quadro' consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost., in Federalismi.it, 21/2019.*

disegno di legge infatti attribuisce al Ministro per gli Affari Regionali, autorizzato dal Consiglio dei ministri, il compito di negoziare e poi redigere, insieme al Presidente della Regione richiedente l'autonomia, il testo di una intesa che, entro dieci giorni dalla sua conclusione, dovrà essere trasmessa alle Camere. Al Parlamento dunque, coinvolto in questa fase preliminare, saranno attribuiti sessanta giorni per assumere deliberazioni sul punto, che verranno poi inviate a Governo e Regione interessata. Questi provvederanno a valutare le osservazioni ricevute al fine di determinare il testo definitivo dell'intesa; quest'ultima verrà poi sottoscritta dal Presidente del Consiglio (su autorizzazione del Consiglio dei Ministri stesso) e dal Presidente della Regione, per poi essere presentata, entro 30 giorni, alle Camere sotto forma di disegno di legge di approvazione dell'Intesa<sup>(45)</sup>. Sotto questo profilo però e con riferimento alle modalità di coinvolgimento 'preventivo' delle Camere nel momento in cui ancora l'intesa non è stata sottoscritta da Governo e Regione, lo schema di decreto «rimette le modalità di approvazione alle valutazioni che il Parlamento, interna corporis, delibererà»<sup>(46)</sup>.

#### **4. Verso una sanità ricentralizzata? considerazioni sulla base delle richieste avanzate dalle Regioni in materia**

Le numerose questioni sul tavolo, molte delle quali ancora aperte, nonché la battuta d'arresto imposta dalla crisi sanitaria, con le discussioni che essa ha messo in evidenza, permettono di comprendere come il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato presenti ancora oggi tratti confusi, mentre lo spettro dell'insabbiamento si staglia sull'orizzonte, per esorcizzare il quale potrebbe essere utile qualche considerazione circa il merito delle richieste avanzate per metterle a confronto con quanto, nel momento dell'esplosione della crisi, è stato assai genericamente invocato, cioè il ritorno alla centralizzazione delle competenze relative alla tutela della salute.

Che cosa chiedevano invero le Regioni capofila su questo pur pervasivo aspetto della loro azione? Detto in estrema sintesi e anticipando la conclusione: le richieste avanzate erano, tutto sommato, di ridotta dimensione<sup>(47)</sup> e di scarso impatto sul sistema "nazionale" della sanità nonché lontane dalle tematiche relative alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni – già determinati e

---

<sup>(45)</sup> Viene inoltre previsto al quarto comma dell'art. 1 una obbligatoria verifica dell'intesa almeno entro il termine del decimo anno dall'entrata in vigore della legge di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolare di autonomia, salvo non venga stabilito un termine più breve di revisione nel testo dell'intesa stessa.

<sup>(46)</sup> Come espressamente specificato dalla relazione illustrativa allegata allo schema di disegno di legge del 3 dicembre 2019.

<sup>(47)</sup> Così anche M. CAMMELLI, *Risultati incerti e rischi sicuri dell'autonomia regionale: il regionalismo differenziato*, in *Rivista "Il Mulino"*, 20 luglio 2019.

anche di recente sottoposti a revisione <sup>(48)</sup> - che riguardano di servizi da erogare e non l'organizzazione preposta all'erogazione degli stessi.

Riprese nell'ordine: i Consigli regionali, nei diversi atti che autorizzavano le Giunte ad intraprendere il processo di differenziazione, si limitavano a richiedere che si ricomprendesse nell'intesa anche la tutela della salute, senza ulteriori specificazioni. Nelle pre-intese e nell'ambito delle trattative successive alle stesse, che avevano condotto a codificare le bozze di intesa del febbraio 2019, le richieste in materia sanitaria riguardavano: (a) la gestione del personale in ordine alla rimozione di vincoli specifici di spesa e di attività libero-professionali <sup>(49)</sup>, (b) la possibilità di organizzare in autonomia le scuole di specializzazione mediche, come già avviene per il percorso formativo (regionale) per i medici di medicina generale, prevedendo anche la possibilità di inserire negli organici degli ospedali gli specializzandi e regolandone i contratti di lavoro (funzione che, sia detto per inciso, il Governo ha poi fatto per integrare gli organici finalizzati alla cura dell'epidemia), (c) la facoltà di gestire in autonomia il sistema tariffario, incluse le modalità di rimborso e la determinazione della compartecipazione alla spesa sanitaria per i cittadini residenti nella Regione, (d) l'organizzazione della rete dei servizi, che già oggi è prevalentemente gestione regionale, (e) aspetti molto specifici relativi alle politiche del farmaco, senza interferire con le competenze dell'AIFA, (f) la definizione degli interventi sul patrimonio edilizio e tecnologico, (g) la facoltà di definire in autonomia la destinazione dei fondi sanitari integrativi. Come si vede, non pare che le richieste mettano in crisi il sistema nel suo insieme o principi fondamentali; si tratta invece di richieste essenzialmente finalizzate ad una razionalizzazione che permetta – secondo le intenzioni dei proponenti – di organizzare con maggiore efficienza la rete di erogazione dei servizi <sup>(50)</sup>. Analoghe considerazioni possono essere fatte per le

---

<sup>(48)</sup> Come già richiamato, i livelli essenziali di assistenza in campo sanitario sono stati recentemente ridefiniti con DPCM del 12 gennaio 2017.

<sup>(49)</sup> Sul punto G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 4/2017, p. 625 ss., mette in evidenza come non sempre le Regioni rivendichino un incremento delle loro funzioni amministrative; vi sono nelle bozze svariati esempi in cui le Regioni stesse si limitano a chiedere che vengano rimossi limiti stabili della legislazione – o anche da regolamenti – nazionali percepiti come ostacolo ad una propria autonoma definizione di certe politiche. Il caso qui citato rientra tra questi esempi.

<sup>(50)</sup> Che tali richieste gettino ombre su alcuni principi fondamentali relativi alla tutela della salute, quali ad esempio il rapporto tra pubblico e privato, è stato sostenuto da studiosi esperti del sistema della sanità. Secondo costoro sarebbe stato più opportuno definire nell'intesa i principi fondamentali inderogabili da rispettare anche nell'esercizio delle funzioni devolute; osservazione pertinente, visto che nel nostro Paese tale operazione definitiva viene perlopiù portata a termine dalla Corte Costituzionale e non dal legislatore. Essa tuttavia non intacca, a parere di chi scrive, il senso dell'operazione disegnata con l'intesa stessa, che espressamente riconosce i vincoli derivanti dai livelli

funzioni richieste nelle altre materie <sup>(51)</sup>, dall'agricoltura, alla tutela dell'ambiente, alla tutela e sicurezza del lavoro, materia quest'ultima in cui le richieste si concentrano sul sistema dei controlli, da riorganizzare a livello regionale, e sull'organizzazione delle politiche attive, da coordinare con quelle passive, cosa che di fatto già avviene (soprattutto laddove le politiche attive siano organizzate in modo già efficiente) nel rispetto dei livelli essenziali definiti dalla legislazione nazionale.

### 5. Breve nota conclusiva

Alla luce della ricostruzione effettuata si rende più che mai necessaria una riflessione sugli obiettivi, i metodi e gli approcci che sino ad ora hanno caratterizzato l'accidentato processo di attuazione del regionalismo differenziato. I più recenti avvenimenti che hanno drammaticamente colpito il nostro Paese inducono infatti a pensare a come tale già complesso processo potrà evolvere dopo la fase di emergenza ancora in atto <sup>(52)</sup>.

---

essenziali di assistenza, espressione anch'essi di principi fondamentali da rispettare nell'esercizio delle funzioni stesse. Utile sarebbe stato anche definire – nell'intesa, o meglio ancora, nella legge di differenziazione – le norme statali inderogabili nell'esercizio, da parte della Regione, dei poteri legislativi connessi alle funzioni devolute, oppure come era previsto nel ddl Lanzillotta del 2007, sopra citato (nota nr. 27) le norme statali "derogabili" in sede regionale. Il quadro generale sarebbe risultato più razionale e meno oggetto di sospetti da parte di chi considera l'intera operazione un mezzo per accentuare le già ampie differenze tra le diverse aree del Paese. Per una analisi dettagliata dei possibili problemi che sarebbero emersi dalla sottoscrizione delle intese del 2019 v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2019, che tuttavia non menziona la questione dei livelli essenziali, a differenza del ddl in esame, ben sapendo che per quanto riguarda la sanità, tali livelli sono già definiti in accordo con i diversi livelli di governo, come pure il finanziamento dell'intero sistema nazionale.

<sup>(51)</sup> Rispetto alle richieste enumerate in materia sanitaria, certamente più consistenti erano e sono le richieste delle Regioni relativamente al sistema di istruzione, su cui come è noto si è riscontrata una forte resistenza da parte di alcune organizzazioni sindacali benchè – si rammenti – talune funzioni in materia erano già state riconosciute alle regioni dalla Corte Costituzionale (v. per tutte la sent. 14/2004 che risolveva un conflitto tra lo Stato e la Regione Emilia Romagna).

<sup>(52)</sup> Su tale argomento si legga anche Buzzacchi, che afferma: *"la vicenda in atto (...) può forse suggerire qualche utile riflessione sulla praticabilità del trasferimento di attribuzioni che, in fasi ordinarie della vita della Repubblica, possono presentarsi con caratteri tali da potersi ritenere indifferente che esse siano esercitate dallo Stato o dalle Regioni o addirittura (...) da potersi ritenere che la Regione possa occuparsene con ben maggiore efficacia ed anche efficienza. Ma che in fasi straordinarie, come l'attuale, rivelano una serie di specificità e criticità la cui soluzione pare difficile se la Regione – da sola – è chiamata a provvedere, e che invece è individuabile solo se anche il livello nazionale viene coinvolto. Lo scenario contingente spinge allora a domandarsi se la valutazione 'a tavolino' della capacità delle tre Regioni della zona 'gialla', che è stata effettuata in*

Un primo pensiero, frutto di tali più recenti avvenimenti, vuole mettere in evidenza i limiti dei meccanismi di raccordo tra livelli di Governo: i canali pensati per favorire collaborazione e confronto hanno reso manifesta una cultura dei rapporti – politici prima che funzionali – perlopiù imperniata sulla contrapposizione tra i diversi livelli di governo. Le criticità riscontrate in questa pur difficile e straordinaria situazione emergenziale, gli attriti e talvolta la mancanza di chiarezza sulle competenze e sull’ambito di azione dei diversi attori, con una confusa sovrapposizione di fonti normative, dovrebbero essere punto di partenza di un serio confronto che punti alla collaborazione, definita “leale” nell’ambito della identificazione dei principi fondamentali del rapporto tra Stato e Regioni.

Una seconda notazione: nelle Regioni più colpite dall’epidemia si sono registrati approcci differenziati. Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto hanno infatti adottato, pur ovviamente nei limiti e nella cornice dei provvedimenti statali, strategie differenti, dalla scelta di implementare l’indagine epidemiologica come strumento di lotta alla diffusione del Covid-19, unitamente a tamponi a tappeto non solo su soggetti sintomatici ma anche sui soggetti che con questi ultimi avevano avuto contatti; ad un rafforzamento degli strumenti preventivi e di cura domiciliare al fine di ridurre l’impatto sulle strutture ospedaliere, poste sotto pressione <sup>(53)</sup>. Queste diverse scelte in ambito sanitario hanno sollevato in taluni casi condivisione e plauso e in altri critiche e serie discussioni: le diseguglianze che ne sono derivate, pur - lo si ripete - in una occasione del tutto straordinaria, possono e anzi debbono far pensare, in parallelo, che simili situazioni di disomogeneità possono essere anche l’occasione per sperimentare diversi approcci ai medesimi problemi al fine di giungere ad identificare quale delle diverse strategie si sia dimostrata la più efficace.

In altre parole, le reazioni alla grave epidemia in atto, nella loro diversità, hanno sottolineato e messo ancor più in risalto le divergenze tra Regioni in ambiti fondamentali per i cittadini, evidenziandone peraltro luci e ombre: da un lato, infatti, la maggiore autonomia e dunque la possibilità di intraprendere scelte difformi e fondate anche sulla peculiarità del territorio possono condurre a comportamenti maggiormente virtuosi ed efficaci, diventando in ultima istanza

---

*tempi non di coronavirus, di poter assumere una cospicua quantità di competenze concorrenti sia confermata come adeguata anche in un frangente ben diverso, di pressione e imprevedibilità”, giungendo alla conclusione che, superata la fase attuale, sarà necessario “meditare sul fatto che il ‘rischio differenziato’ che i provvedimenti governativi stanno cercando di contenere può essere un’ottima occasione per ponderare realisticamente quanta ‘differenziazione’ una Regione – seppur ben amministrata come le tre della zona ‘gialla’ – sia veramente in grado di assicurare” (C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona ‘gialla’*, in *LaCostituzione.info*, 2 marzo 2020).*

<sup>(53)</sup> Lo hanno messo in rilievo G. PISANO, R. SANDUN, M. ZANINI, in *Lessons from Italy’s response to Coronavirus*, pubblicato il 27 marzo 2020 sulla rivista *Harvard Business Review*, accessibile al sito: <https://hbr.org/2020/03/lessons-from-italys-response-to-coronavirus>.

persino un esempio e un traino verso il miglioramento per altre realtà regionali; una maggiore autonomia può però altresì portare, al contrario, a politiche e strategie inefficienti ed inefficaci, che rendono elevato il rischio di forti diseguaglianze ed una correlata pericolosa violazione dei diritti fondamentali e dei principi che caratterizzano la natura stessa della nostra Costituzione.

Ora, se è vero che centralità e omogeneità non si traducono necessariamente e sempre in una maggiore garanzia di eguaglianza, la differenziazione non può divenire sinonimo di diseguaglianza nella sua accezione più negativa, ma deve essere in grado di sviluppare diversità virtuose che siano motore per evitare altrettanto insidiosi appiattimenti verso basso. Affinché i rischi siano scongiurati<sup>(54)</sup>, è necessario innanzitutto un dialogo e una collaborazione tra i diversi attori in gioco, che siano capaci di smorzare i toni della polemica politica e di superare quegli stalli che hanno invece sino ad ora minato il percorso di autonomia. Se letto nell'ottica di risposta alle peculiarità e diversità delle singole Regioni, l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost. può ancora rivelarsi un utile strumento che, se accompagnato dalla consapevolezza che un allargamento delle funzioni e competenze deve essere sorretto da un aumento delle responsabilità, può portare ad una corretta attuazione della differenziazione, limitando i rischi di frammentazione politica e divari nel godimento dei diritti fondamentali.

## BIBLIOGRAFIA

BALDINI V., *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020.

BALDUZZI R., SERVETTI D., *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

BARGIACCHI S., *L'iter parlamentare del disegno di legge di differenziazione: tra esigenze bilaterali e la necessaria centralità del Parlamento*, in *feralismi.it*, 18/2019.

BERTOLINO C., MORELLI A., SOBRINO G., *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive. Atti del IV Convegno annuale della Rivista Diritto*

---

<sup>(54)</sup> R. BIFULCO, in *I limiti del regionalismo differenziato*, op cit., mette in guardia rispetto ai rischi che potrebbero derivare dalla realizzazione di forme 'totalitarie' di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., così come immaginate nel 2019, ed in particolare pone l'attenzione sul possibile notevole impatto che tale differenziazione può comportare rispetto alla forma di Stato e di governo. Sul punto si legga anche A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, G. TESAURO, M. VILLONE, *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1/2019.

*Regionale, Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Torino-Catanzaro, Rubettino Editore, 2020.

BETZU M., CIARLO P., *Epidemia e differenziazione territoriale*, 22 marzo 2020.

BIFULCO R., *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4/2019.

BIONDI F., *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2019, p. 440 ss.

BOGGERO G., *Le 'more' dell'adozione dei DPCM sono 'ghiotte' per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti Regionali*, 1/2020.

BUZZACCHI C., *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona 'gialla'*, in *LaCostituzione.info*, 2 marzo 2020.

CAMMELLI M., *Risultati incerti e rischi sicuri dell'autonomia regionale: il regionalismo differenziato*, in *Rivista "Il Mulino"*, 20 luglio 2019.

CANDIDO A., *Prove di regionalismo differenziato. La richiesta della Regione Emilia-Romagna*, in *Diritti Regionali*, 3/2019.

CARAVITA B., *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *federalismi.it*, 13/2019.

CARLI M., *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in RAVERAIRA M. (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 179 ss.

CATELANI E., *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, co. 3, Costituzione: profili procedurali di dubbia legittimità e possibili violazioni dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018.

DI COSIMO G., MENEGUS G., *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2/2020.

FALCON G., *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 4/2017, p. 625 ss.

LUCARELLI AA. PATRONI GRIFFI A., TESAURO G., VILLONE M., *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 1/2019.

LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 2 ss.

MANDATO M., *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020.

MANGIAMELI S., FILIPPETTI A., TUZI F., CIPOLLONI C., *Prima che il Nord assomigli al Sud, Le regioni tra divario e asimmetrie*, Rubettino Università, Soveria Mannelli, 2020.

MAZZAROLLI L.A., *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla 'bozza di legge-quadro' consegnata dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Conte II, Francesco Boccia, ai Presidenti Zaia, Fontana e Bonaccini, in materia di articolo 116, co. 3, Cost., in Federalismi.it, 21/2019.*

MOR G., *Profili dell'amministrazione regionale*, Giuffrè, Milano, 1974.

MORRONE A., *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo Fiscale*, 1/2007.

NERI S., *Le ricadute organizzative al centro del regionalismo differenziato: quali raccordi interistituzionali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 gennaio 2019.

OLIVETTI M., *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6/2019.

PAGANO F.F., *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 18 marzo 2020.

PAJNO S., *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 5/2020.

PALERMO F., *Autonomy and Asymmetry in the Italian Legal System: the Case of the Autonomous Province of Bolzano*, in POLA G. (ed) *Principles and Practices of Fiscal Autonomy, Experiences, Debates, Prospects*, Ashgate, 2015.

PALLANTE F., *Nel merito del regionalismo differenziato: quali 'ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia' per Veneto, Lombardia e Emilia-Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6/2019.

PICCIRILLI G., *Gli 'accordi preliminari' per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., in [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it)*, 21 aprile 2018.

PIPERNO S., *Federalismo fiscale e regionalismo differenziato: si riparte?*, in *Centro Studi sul federalismo*, Commento n. 162, 3 dicembre 2019.

PIRAINO A., *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in *Federalismi.it*, 8/2019.

PISANO G., SANDUN R., ZANINI M., in *Lessons from Italy's response to Coronavirus*, pubblicato il 27 marzo 2020 sulla rivista *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2020/03/lessons-from-italys-response-to-coronavirus>.

PIZZETTI F., *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso"*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1153 ss.

POGGI A., *Art. 116, comma 3: norma di sistema o norma di razionalizzazione del regionalismo differenziato?*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del Convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità", Milano, 8 ottobre 2019, p. 26 ss.

ROLLA G., *The Development of Asymmetric Regionalism and the Principle of Autonomy in the new Constitutional System: a Comparative Approach*, [www.crdc.unige.it/docs/articles/rolla6.pdf](http://www.crdc.unige.it/docs/articles/rolla6.pdf), 2016.

SIMONCINI M., *Covid-19, un'emergenza gestita senza una catena di comando*, in *Focus Covid-10* in [www.open.luiss.it](http://www.open.luiss.it), 7 aprile 2020.

STAIANO S., *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019.

TORCHIA L., *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)* in *Astrid Online*, 2003.

VIESTI G., *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, 2019.

VILLONE M., *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*, Editoriale Scientifica, 2019.

VIMERCATI B., *La natura e gli strumenti della better regulation. Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Giappichelli, Torino, 2018.

VIMERCATI B., *La compartecipazione dell'utente alla spesa sociosanitaria: una ricostruzione alla luce del nuovo d.P.C.M. n. 159 del 2013*, in *Le Regioni*, 2014, p. 1106 ss.

VIOLINI L., *Il regionalismo differenziato in bilico tra due Governi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, p. 7 ss.

VIOLINI L., *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

VIOLINI L., *Salute, sanità e Regioni: un quadro di crescente complessità tecnica, politica e finanziaria*, in *Le Regioni*, 5-6, 2002, p. 1019 ss.