

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Famiglie e Individui.
Il singolo nel nucleo.

Il codice
della crisi d'impresa
e dell'insolvenza:
idee e istituti.

2019



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

II trimestre 2019 - chiuso in redazione in luglio 2019

Sommario

Editoriale

Lo scandalo romano: un bubbone maligno scoppiato in un organismo già infiacchito da mali risalenti

di *Nello Rossi*

Pag. 4

Obiettivo 1.

Famiglie e Individui. Il singolo nel nucleo

Introduzione

di *Stefano Celentano*

” 7

“Dignità relazionale”. Un concetto non solo giuridicamente complesso

di *Chiara Saraceno*

” 9

Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale

di *Angelo Schillaci*

” 17

Il legame tra adulti, la trappola della parità e il riconoscimento delle differenze

di *Cecilia D’Elia*

” 31

La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu

di *Laura Tomasi*

” 39

Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo

di *Gianpaolo Maria Ruotolo*

” 53

Essere genitori oggi: il punto di vista giuridico

di *Giuseppe Salmè*

” 65

Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino

di *Marco Gattuso*

” 74

Il *mantra* del preminente interesse del minore

di *Mara Acierno*

” 93

La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore di <i>Barbara Polisenò</i>	”	101
Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande? di <i>Alessandro Taurino</i>	”	114
Gli assegni della crisi familiare nella giurisprudenza più recente, tra <i>revirement</i> e perduranti incertezze di <i>Geremia Casaburi</i>	”	124
Opponibilità dello <i>status familiae</i>, identità biologiche e buona fede nei procedimenti di ricongiungimento familiare di <i>Paolo Morozzo Della Rocca</i>	”	137
Genere e genere di famiglia di <i>Laura Ronchetti</i>	”	142
Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro di <i>Anna Lorenzetti</i>	”	151

Obiettivo 2.

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: idee e istituti

Introduzione di <i>Carlo De Chiara</i>	”	169
Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”: oltre la tutela (esclusiva) del creditore di <i>Giovanni D'Amico</i>	”	171
La funzione del contratto nella gestione della crisi: atti di autonomia privata e attività d'impresa di <i>Francesco Macario</i>	”	179
La continuità aziendale nelle procedure concorsuali di <i>Giovanni Battista Nardecchia</i>	”	192
La <i>par condicio creditorum</i> al tempo del codice della crisi di <i>Massimo Fabiani</i>	”	202
La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII di <i>Fabrizio Guerrera</i>	”	228
L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano di <i>Paola Vella</i>	”	240
Le tecniche per gestire in anticipo la crisi di <i>Riccardo Ranalli</i>	”	252

Il contratto nell'operazione (o procedimento) di ristrutturazione dei debiti	”	263
di <i>Pier Paolo Lanni</i>		
Il concordato come procedimento concorsuale negoziato	”	268
di <i>Vittorio Zanichelli</i>		
La gestione del sovraindebitamento	”	273
di <i>Bruno Conca</i>		
Il sovraindebitamento, alcune riflessioni su cause, effetti e possibili rimedi	”	284
di <i>Marco Musella</i>		
Il procedimento concorsuale liquidatorio	”	288
di <i>Valentino Lenoci</i>		
Rapporti di lavoro e impresa in crisi	”	301
di <i>Adriano Patti</i>		
La mano pubblica sull'economia, la crisi delle imprese e il partenariato ministeriale con la giurisdizione	”	307
di <i>Massimo Ferro</i>		
Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata	”	321
di <i>Claudio Viazzi</i>		
Gli autori	”	327

Lo scandalo romano: un bubbone maligno scoppiato in un organismo già infiacchito da mali risalenti

1. La necessità di una diagnosi

Questo editoriale viene pubblicato mentre è ancora cocente la delusione dei cittadini ed è fortissima l'indignazione dei magistrati per quanto è emerso nello scandalo romano delle nomine, rivelato dalle indagini della magistratura perugina.

Non saremo noi a sminuire il significato e il valore di queste emozioni né la portata del danno, davvero enorme, arrecato all'intera magistratura.

Eppure è alla ragione che occorre fare appello per capire, trarre insegnamento da quanto è accaduto e indicare rimedi per il futuro.

Questo esercizio di razionalità – giuridica, istituzionale, storica – appare tanto più necessario quanto più è chiaro che la vicenda portata alla luce dal *trojan horse* accompagnerà a lungo e segnerà in profondità la vita della magistratura e di ciascun magistrato; anche quella dei moltissimi – la stragrande maggioranza – che non hanno nulla da rimproverarsi e che continueranno a fare il loro lavoro con impegno e dedizione.

La via da imboccare per riconquistare la fiducia incrinata è stata lucidamente indicata dal Presidente della Repubblica nel suo intervento al *plenum* del Consiglio superiore il 21 giugno.

Ma il primo passo deve essere compiuto dagli stessi magistrati, nel diagnosticare freddamente e impietosamente il male che ha colpito il corpo della magistratura e del suo organo di governo.

La diagnosi che noi proponiamo all'attenzione di chi ci legge è che un bubbone maligno sia scoppiato in un organismo già afflitto da mali risalenti, che ne avevano pericolosamente abbassato le difese immunitarie e lo avevano reso debole e permeabile alle più pericolose infezioni.

Il bubbone – che ha segnato uno sconvolgente salto di qualità – è consistito nell'accettare di discutere delle nomine di due importanti Procure – Roma e Perugia – con indagati e imputati di quelle Procure, in veste di ascoltati “suggeritori di strategie”, ammessi a influenzare le scelte discrezionali di alcuni componenti del Consiglio.

I mali risalenti e cronici stanno invece nella progressiva diffusione di metodi spregiudicati, non di rado clientelari e notabilari, nella ricerca dei voti per le elezioni del Consiglio superiore e nell'esercizio, troppo spesso opaco, della discrezionalità amministrativa nelle procedure di nomina dei dirigenti degli uffici e dei magistrati chiamati a svolgere le funzioni connesse all'amministrazione della giurisdizione.

Si tratta di piani intrecciati e connessi da più fili, che occorre esaminare insieme, animati da una duplice consapevolezza.

Da un lato – anche nel momento dell'indignazione e della ripulsa –, non si possono trasformare “fatti” che sono espressione di una degenerazione estrema in una sorta di paradigma o *passerpartout* per rileggere singole vicende o interi pezzi della storia istituzionale della magistratura e del Csm.

Dall'altro lato, i recenti accadimenti non possono essere ridotti, sminuzzati e, soprattutto, isolati dall'ambiente nel quale sono avvenuti.

In altri termini, se l'analisi deve essere seria e coraggiosa, non va lasciato spazio né a fuorvianti generalizzazioni né a letture riduttive dei fenomeni osservati.

2. Così fan tutti?

Cominciamo dalle ricostruzioni ingannevoli, diffuse a piene mani in questi giorni drammatici.

Mente chi sostiene che quanto disvelato dalle indagini fosse conosciuto o immaginato, o anche solo immaginabile al di là della cerchia di chi si “affacciava” intorno alle nomine dei procuratori di Roma e di Perugia.

Le ipotesi e i ragionamenti costruiti su questa menzogna fanno oggi comodo a molti, all'interno e all'esterno della magistratura.

In primo luogo consentono, paradossalmente, di sorvolare proprio sui “fatti” venuti alla luce, sbrigativamente degradati a insignificanti e trascurabili particolari del quadro.

Parliamo del “fatto” che la maggioranza dei componenti del Consiglio fosse estranea ai conciliaboli notturni; del “fatto” che le manovre “strategiche” messe in atto mirassero proprio a emarginare gli altri consiglieri e a vanificare il loro apporto genuino alle decisioni da adottare; del “fatto” che l’intera operazione, concepita e condotta con l’apporto di politici e magistrati esterni al Consiglio, avesse l’obiettivo di alterare e degradare tutte le regole di corretto funzionamento dell’istituzione consiliare.

Ma il ritornello del “*così fan tutti*” serve anche ad altri scopi, magari opposti e contraddittori tra di loro.

Alcuni, infatti, lo invocano pensando, così, di minimizzare le responsabilità di singoli magistrati e di gruppi associativi e di poter accomunare tutto e tutti nella riprovazione; con il corredo dell’accusa di ipocrisia a quanti ragionano diversamente.

Altri intonano lo stesso coro con l’intento di travolgere l’intera struttura del governo autonomo, additando il Csm come un organo incapace di normalità democratica e rappresentativa, che, a questo punto, può essere oggetto dei più azzardati, umilianti e incostruzionali esperimenti “riformatori”.

Bisognerà avere fiducia che i magistrati, abituati come sono a confrontarsi sulla base dei fatti, esercitino, anche in questa dolorosa vicenda, la loro attitudine ad analizzare, distinguere, valutare specificamente responsabilità individuali e collettive, misurando attentamente la posta in gioco e i pericoli per l’indipendenza di ciascun magistrato insiti nei progetti di stravolgimento del Csm rispetto al modello costituzionale.

3. Così son tutti?

Detto questo per amore della verità, è necessario vedere l’altra faccia del problema, e cioè che l’infezione ha potuto attecchire perché si è sviluppata in un organismo infiacchito da mali cronici.

Quali sono questi mali?

Non la così spesso deprecata “politicizzazione”, ma l’affievolirsi, in seno alla magistratura, di ideali e visioni complessive della società e dei suoi bisogni di giustizia (cioè di una *policy* che è cosa diversa dalla *politic* e, perciò, non va confusa con l’irruzione di magistrati e di iniziative giudiziarie nella diretta competizione per il potere politico).

Non l’aperta e trasparente rivendicazione di identità diverse, ma il loro mascheramento sotto il manto – questo, sì, ipocrita! – della più asettica neutralità; salvo poi a scoprire che, a rimanere impigliati in uno scandalo tutto politico come quello romano, sono proprio gli asettici, gli apolitici, i corifei della neutralità.

In definitiva, non l’esistenza di gruppi associativi in seno all’Anm, ma la perdita di spessore culturale e ideale che ha segnato il loro progressivo snaturarsi in

apparati di conquista del consenso e di gestione della discrezionalità amministrativa.

Certo, se non ci convince il “*così fan tutti*”, non faremo l’errore grossolano di affermare che “*così son tutti*”, soprattutto pensando ai tanti magistrati che – in tutti i gruppi associativi, nell’Anm, nei consigli giudiziari e nel Csm – hanno animato e animano, con il loro apporto di pensieri e di passione, la vita della magistratura.

Né tesseremo acriticamente le lodi del buon tempo antico e delle “correnti di una volta”. Perché sappiamo che, anche allora, vi furono infezioni e contaminazioni (prima tra tutte, l’adesione di alcuni magistrati alla loggia segreta P2) e che vi erano pratiche discutibili e discriminatorie (soprattutto ai danni dei magistrati che, nell’aderire a Md, dovevano mettere in conto emarginazione e procedimenti disciplinari per “fatti di parola” e per le critiche mosse alla organizzazione degli uffici e ai loro capi).

Anche nel buon tempo antico, dunque, gli scontri esterni e interni alla magistratura erano assai aspri.

Eppure, nel comparare la storia della magistratura repubblicana con la cronaca di questi mesi, si coglie il calo di tensione ideale all’origine di molti dei danni del presente.

Se è vero che sono penetrati nel corpo della magistratura valori e atteggiamenti che, all’inizio, erano appannaggio di pochi pionieri e fonte di confronti vivaci (la salvaguardia dell’indipendenza esterna, l’attenzione all’indipendenza interna, la libertà di criticare tutto, anche i provvedimenti dei colleghi), è innegabile che l’associazionismo dei magistrati, soprattutto nei momenti in cui non vi è stata alle porte una diretta minaccia all’indipendenza, abbia subito una deriva verso la *routine*, il grigiore amministrativo, il modello delle correnti “pigliatutto”.

Con un naturale corollario: la caduta di tensione si è specularmente riflessa nelle modalità di conduzione della competizione elettorale e nelle prassi operative e decisionali del Csm.

4. La ricerca di rimedi seri

È tempo di cercare rimedi, fossero anche medicine amare.

Al Consiglio superiore spetterà di adottare i rimedi necessari nell’ambito che gli è proprio, seguendo le indicazioni del suo Presidente, ascoltando la voce dei magistrati e dei giuristi, dialogando con quanti, nel mondo politico, sono interessati a riformare e non a punire, a rigenerare e non a mortificare.

Ma è problema di tutti la questione della rappresentatività del Consiglio e delle prospettive di riforma del sistema di elezione dei membri togati del Csm.

Dopo la cancellazione del sistema rappresentativo puro, varato nel 1975, e dopo due esperimenti

legislativi condotti all'insegna della parola d'ordine di limitare il ruolo delle correnti e clamorosamente falliti per l'insipienza del legislatore, l'esigenza di un intervento riformatore ha generato (e, in parte, riproposto) un singolare dibattito sulla scelta per sorteggio dei componenti togati del Consiglio.

Numerose e avventurose, in quest'ambito, le varianti immaginate: il voto all'interno di una platea di sorteggiati; il sorteggio nell'ambito di una rosa di candidati eletti; il sorteggio in un canestro dei non meglio specificati "migliori"; il sorteggio *tout court*...

Tra di esse, il Ministro della giustizia ha optato per l'ircocervo composto per metà dall'elezione dei candidati e per metà dal sorteggio dei membri del Consiglio superiore, presentando al Consiglio dei ministri una proposta in tal senso.

Su tale proposta e su quelle avanzate in tema di organizzazione degli uffici e di nomina dei dirigenti e dei magistrati "semidirettivi", la Rivista è intervenuta con estrema tempestività, fornendo ai lettori la necessaria informazione, svolgendo prime ma puntuali osservazioni critiche¹ e richiamando i più ampi e meditati contributi forniti in passato sui temi in discussione.

Qui preme solo ribadire una posizione di netta contrarietà al sorteggio in tutte le sue possibili declinazioni.

Si tratta, infatti, di una soluzione sbagliata, umiliante, e – particolare ignorato con incredibile disinvoltura – contraria al dettato costituzionale, che, nella sua cristallina chiarezza, non si presta ad artificiosi aggiramenti e contiene una indiscutibile opzione per la piena rappresentatività dei membri del Consiglio, che devono essere eletti da tutti i magistrati.

Si cerchino, piuttosto, soluzioni normative che rendano più aperta e vicina alla base elettorale dei magistrati la prima fase del processo elettorale – cioè l'individuazione dei candidati –, sottraendola ai condizionamenti impropri di gruppi organizzati.

È questa la strada indicata da due meditate e autorevoli proposte di modifica del sistema elettorale del Consiglio avanzate di recente: quella della "Commissione Scotti" (su cui si è soffermato, in un recente articolo di questa Rivista *online*, Valerio Savio)² e quella di un maestro del costituzionalismo italiano come Gaetano Silvestri, che ha scelto di pubblicarla proprio sulle colonne di *Questione Giustizia* trimestrale³.

Se, come tutti ripetono, la magistratura è un corpo sano, essa non merita di essere considerata incapace di scegliere direttamente i propri rappresentanti e di far vivere il modello di autogoverno fondato sulla rappresentanza delineato nella Costituzione.

5. I due "obiettivi" di questo numero: «Famiglie e individui. Il singolo nel nucleo» e «Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: idee e istituti»

L'emergenza, per più versi estrema, che sta vivendo la magistratura non ci fa dimenticare che questo editoriale ha la funzione di presentare il numero 2 del 2019 della Rivista trimestrale, centrato su due tematiche di grande attualità e respiro: "famiglie e individui" e "la crisi di impresa".

A immettere i lettori nel vivo di questi temi e ad illustrare attentamente i percorsi seguiti saranno l'introduzione di Stefano Celentano, alle cui cure è stato affidato il primo "obiettivo", intitolato «*Famiglie e individui. Il singolo nel nucleo*», e il contributo iniziale di Carlo De Chiara, che ha curato il secondo "obiettivo": «*Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: idee e istituti*».

Tematiche complesse, importanti per tutta la società italiana, ma a loro modo "normali" perché strettamente connesse alla giurisdizione e alla professione del magistrato nel suo quotidiano fluire.

C'è, in questa normalità – fatta di studio, di riflessione, di ricerca di soluzioni utili –, una forza straordinaria.

Anche nel corso dei più aspri tumulti, i fornai vanno al lavoro e sfornano il pane, contribuendo con il loro lavoro a tenere in piedi il tessuto ordinario della vita sociale e collettiva.

E così devono fare le istituzioni, così deve fare la magistratura, che non smette di svolgere i suoi compiti e di pensare i temi della giurisdizione anche in una fase travagliata della sua storia.

Nello Rossi

Direttore di Questione Giustizia

Luglio 2019

1. N. Rossi, *La riforma del Csm proposta dal Ministro Bonafede*, in questa *Rivista online*, 12 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/la-riforma-del-csm-proposta-dal-ministro-bonafede_12-07-2019.php; E. Maccora e M. Patarnello, *La dirigenza descritta dalla proposta di riforma del Ministro Bonafede*, in questa *Rivista online*, 15 luglio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/la-dirigenza-descritta-dalla-proposta-di-riforma-del-ministro-bonafede_15-07-2019.php.

2. V. Savio, *Come eleggere il Csm, analisi e proposte: il sorteggio è un rimedio peggiore del male*, in questa *Rivista online*, 26 giugno 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/come-eleggere-il-csm-analisi-e-proposte-il-sorteggio-e-un-rimedio-peggiore-del-male_26-06-2019.php.

3. G. Silvestri, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2017, www.questionegiustizia.it/rivista/2017/4/consiglio-superiore-della-magistratura-e-sistema-costituzionale_489.php.

Introduzione

di Stefano Celentano

Esistono fasi storiche e passaggi socioculturali in cui, tanto per il giurista quanto per l'osservatore attento dei mutamenti sociali, occorre soffermarsi a riflettere sulle direzioni, univoche o discordanti, in cui si colloca il dibattito storico (arricchito dall'esperienza giuridica) su alcuni dei temi identitari della cultura sociale del Paese, e il "macrosistema" che porta con sé il concetto di "famiglia" è senza dubbio uno di questi, atteso che la sua elaborazione dinamica è il frutto di un coacervo di fattori in cui l'esperienza giuridica, il pensiero culturale, le visioni e i progetti di politica sociale hanno conosciuto momenti di proficua condivisione e altri di forte e marcato contrasto.

Un'osservazione critica del contesto attuale del dibattito sociale e giuridico sul tema della famiglia (ma, in modo più complesso, sui temi delle relazioni e degli affetti) non può non registrare una pluralità differente di direzioni in cui si muove l'elaborazione dei più eterogenei (anche per sostanza) contributi al tema. Sinteticamente, a concezioni sociali e politiche che fanno della tradizione (e, talvolta, dell'esclusione) la bussola per orientarsi tra pochi modelli familiari ipotizzabili come degni di tutela pubblica, si contrappone una chiara e graduale elaborazione giuridica, frutto di norme e di pronunce nazionali e sovranazionali, che – in una dimensione inclusiva e maggiormente progressista – ribadisce invece la trasversalità del diritto all'uguaglianza nel mondo delle relazioni e degli affetti, optando per una visione più dinamica e maggiormente democratica (ed egualitaria) del concetto di "nucleo affettivo". Una rappresentazione plastica di questa stridente dicotomia che il nostro Paese vive è offerta, da una parte, dalla identità sociale e culturale connessa al *World Congress of Families* dello scorso marzo – che non poche e giuste critiche ha suscitato – e, dall'altra, in chiave antitetica, dalla recentissima presentazione della proposta di legge «Disciplina della gestazione per altri» (promossa dalla Associazione "Luca Coscioni" con l'associazione radicale Certi Diritti, insieme a Famiglie Arcobaleno e CGIL Nuovi Diritti), a riprova di come alla piazza di Verona si contrappongano tavoli di elaborazione

giuridica e culturale di opposta natura e di ben altri contenuti.

Ciò posto, l'obiettivo "*Famiglie e Individui. Il singolo nel nucleo*" si pone nel pieno di questo dibattito in una prospettiva peculiare, offrendo come metodo e chiave di lettura del mondo delle relazioni affettive la necessità di anteporre al concetto di "famiglia" (*rectius*, nucleo affettivo), quello di persona e di identità affettiva, ponendosi in un percorso logico e giuridico che prende le mosse dal singolo, e dalla tutela della sua individualità nel mondo delle sue relazioni affettive, per poi approdare a una concreta individuazione dell'identità sostanziale del "legame", inteso come esplicitazione della propria identità affettiva e relazionale, piena, libera e consapevole, che va necessariamente privata da dogmi, pregiudizi e retoriche di sorta, e riportata al suo significato essenziale, così come tracciato da una attenta e profonda lettura complessiva degli artt. 2, 3, 29 e 30 della Carta costituzionale.

Ed allora, un percorso logico che renda piena attuazione all'esigenza di tracciare i contorni di questa prospettiva può utilmente muoversi su quattro concetti, dinamicamente connessi in quest'ordine: *persona - identità - dignità - legame*: l'individuo, al centro dell'ambito di tutela dell'ordinamento, riceve protezione massima allorché gli si riconosca, senza alcun pregiudizio o escludenti categorie di pensiero, la sua identità affettiva intesa come uno degli elementi più importanti che caratterizzano il pieno sviluppo della sua persona; l'identità affettiva, oggetto dunque di specifica necessità di tutela "a prescindere", trova la sua massima espressione laddove si riconosca al singolo la libertà di divenire soggetto relazionale, capace di riconoscersi in un suo simile, e di vivere a pieno la propria dignità individuale anche nel mondo delle relazioni di coppia, e nell'ambito di un progetto di condivisione a due; il legame, riconosciuto dall'ordinamento con ogni crisma di sacralità e con ogni ampia conseguenza giuridica, costituisce il punto di approdo di questo virtuoso e naturalissimo percorso di vita, atteso che il diritto alla famiglia e il diritto

alla vita familiare si fondano sulla necessità di offrire al singolo precisi margini di un positivo e personale “ambito di appartenenza” e gli conferiscono una importante possibilità di identificazione del sé.

Un percorso concettuale e giuridico che si muova in questi ambiti – e che è quello che si propone questo obiettivo – si affranca, dunque, tanto nelle relazioni di coppia che in quelle tra generazioni, non solo dalla visione più remota del contesto familiare (visto come forma di complementarietà domestica, sociale e riproduttiva), ma anche da quella basata sul vincolo biologico e sul preteso paradigma della eterosessualità (frutto di una superficiale lettura dell’art. 20 Cost, e di una arbitraria introduzione del concetto di “famiglia naturale” rispetto a quello, costituzionale, di “società naturale”), introducendo invece un ben diverso metodo di lettura del concetto di “nucleo affettivo e di relazioni”, che esamini in modo completo non solo il rapporto tra la libertà e l’autorità, ma anche tra diritto e vita, in una prospettiva di graduale denaturalizzazione del concetto di nucleo affettivo, che al legame biologico sostituisca l’intensità, la volontarietà e la qualità delle relazioni affettive come esperienza di vita dei singoli a cui dare massimo rilievo e protezione giuridica.

Questa prospettiva, nuova e complessa, è la chiave di lettura di tutti i temi presenti nell’obiettivo, che prendono le mosse dalla esatta comprensione dell’alto concetto di dignità relazionale, sino a proporre una lettura complessa e armonica dell’impianto normativo e valoriale offerto dagli artt. 2, 3, 29 e 30 della Costituzione, approfondendo, tra gli altri, il tema del consenso, della libertà e della dimensione pubblica nel legame.

Il *focus* sull’individuo nella famiglia e sulla sua posizione nel corso della vita della relazione, ed anche al momento della disgregazione del nucleo, ha imposto poi un approfondimento specifico di ulteriori temi

quali la parità di genere e la necessità di uno sguardo alle differenti posizioni sociali ed economiche dei singoli, l’autoresponsabilità patrimoniale del singolo al momento della disgregazione del nucleo e dunque lo spinoso e attuale tema delle questioni economiche post-vincolo, quello della importanza delle relazioni orizzontali e verticali connesse sia al mondo della maternità in carcere, che a quello del ricongiungimento familiare dei nuclei affettivi dei migranti o di coloro che, per circostanze drammatiche della loro vita, si trovino costretti in dimensioni di lontananza forzata dal proprio mondo di affetti e relazioni.

L’obiettivo non poteva, poi, trascurare il complesso mondo della genitorialità, in una visione necessariamente articolata e omnicomprensiva, definitivamente affrancata dal legame biologico, arricchita da spunti di riflessione critica sul concetto di “interesse del minore”, dalla elaborazione del diritto internazionale privato sulle nuove famiglie e sullo *status* di figlio, da un approfondimento sulla legge delle adozioni e sul mondo della genitorialità sociale e intenzionale, tenendo in debita considerazione l’evoluzione scientifica e gli approdi delle ricerche cliniche e psicologiche su tutte le eterogenee forme di genitorialità.

Seguire il singolo nel nucleo, dalla fase della formazione della propria identità affettiva sino a quella della formazione di un legame e della sua eventuale disgregazione, è dunque un’operazione originale e complessa a cui il diritto e le scienze umane devono approcciarsi in modo rigorosamente laico, comprendendo che la famiglia – la cui dinamica ed eterogenea struttura portante è l’oggetto di questi scritti – è prima di tutto una “esperienza personale” e poi un “fatto sociale”, in cui la Libertà, gli Affetti e, non ultimo, il Corpo dovrebbero dialogare con l’autorità e con la norma, in una prospettiva di base che non dimentichi che, mai come in questa sua applicazione, il diritto è regolamentazione di Vita.

“Dignità relazionale”.

Un concetto non solo giuridicamente complesso

di Chiara Saraceno

Cosa fa di un nuovo nato un “figlio”? E della famiglia una «società naturale»? Come si declina il diritto a conoscere le proprie origini? Partendo dall’“apertura” dell’art. 2 Costituzione, ci si interroga sui processi di soggettivazione e sulle cause storiche che, impedendo la parità tra famiglie “di fatto” e “di diritto”, sottraggono dignità alla relazione genitori-figli, negando – soprattutto a questi ultimi – il diritto alla piena realizzazione come persona umana.

1. Non solo articolo 2. Principi costituzionali in tensione / 2. Accesso alla “dignità relazionale” per tutti i figli / 3. Le relazioni di amore e di solidarietà reciproca / 4. Confini mobili / 5. Un rischio

1. Non solo articolo 2. Principi costituzionali in tensione

Come esseri umani siamo essenzialmente soggetti relazionali, che hanno consistenza e senso in quanto radicati – letteralmente – in relazioni di mutuo riconoscimento. Ciò avviene sicuramente nel processo insieme psicologico e sociale che fa di un bambino che nasce un figlio, cioè un soggetto definito da una collocazione in un sistema di relazioni specifiche, che gli/le danno senso e se ne prendono responsabilità. Non si tratta solo o prioritariamente di una questione giuridica, anche se, come vedremo, questa non è affatto irrilevante. Come osservava Bowlby¹, senza attaccamento, senza possibilità di formare un legame di reciproco riconoscimento, un bambino non può crescere, non può svilupparsi pienamente. Crescendo, queste relazioni di attaccamento si trasformano e altre se ne aggiungono, se non così fondative, certamente altrettanto importanti per la formazione dell’identità personale.

Come non pensare che siano proprio – o soprattutto – queste le relazioni che costituiscono le «formazioni sociali ove si svolge la personalità» di ciascu-

no, di cui l’art. 2 della Costituzione richiama l’inviolabilità in stretta connessione con l’inviolabilità dei diritti del singolo?

Eppure, a lungo, nel dibattito corrente nel senso comune, si è ritenuto che i Costituenti, con il termine «formazioni sociali», si riferissero alle associazioni di varia natura cui gli individui possono aderire e di cui liberamente possono far parte. È solo in epoca relativamente recente che questo articolo è stato utilizzato per richiedere un riconoscimento legale delle relazioni di coppia di persone dello stesso sesso, come relazioni di amore e reciproca solidarietà altrettanto significative, per chi ne fa parte, di quelle instaurate da coppie di persone dei due sessi, e altrettanto capaci di generatività.

Qualsiasi fosse l’intenzione dei Costituenti (e sono abbastanza sicura che non avessero minimamente in testa le coppie omosessuali), è indubbio che quella formulazione è molto forte nel suo riconoscimento che gli individui, i singoli, svolgono la propria personalità all’interno di relazioni significative, non in un astratto vuoto relazionale da cui escono per incontrare gli altri. Diventano se stessi, acquisiscono la propria identità, nell’interazione con altri che per

1. J. Bowlby, *Attaccamento e perdita*, voll. 1-3, Bollati Boringhieri, Torino, 1999-2001.

loro sono importanti, significativi. Difficile pensare che sia significativa, costituzionalmente da proteggere, l'appartenenza a una associazione, un sindacato o un partito e non una relazione intima di solidarietà e affetto – una relazione che, per consistenza e significato per chi la intrattiene, ha tutte le caratteristiche che oggi attribuiamo alle relazioni famigliari più strette, anche se non sempre ne ha, o le è consentito di averne, la definizione giuridica. Aggiungo che in questa formulazione, a differenza dell'art. 29, dove se ne identifica una in particolare – la famiglia basata sul matrimonio –, non vi è alcuna identificazione preliminare né, tantomeno, una definizione di quali siano e di come debbano essere fatte le «formazioni sociali ove si svolge la personalità». Si tratta di una formulazione aperta, che indirettamente lascia l'identificazione di quali siano le «formazioni sociali» meritevoli di protezione costituzionale alla negoziazione tra i soggetti interessati e gli organi istituzionali della Repubblica – aperta, quindi, anche alle trasformazioni sociali e culturali. Di più: là dove, nell'art. 29, si costruisce una sorta di “ippogrifo concettuale”, affermando che una «società naturale» possa essere fondata (non legittimata *ex post*) su un istituto giuridico, appunto il matrimonio, l'art. 2 si colloca pienamente entro la consapevolezza che ogni relazione si costruisce intersoggettivamente e in società.

In questa prospettiva, se posso esprimere un parere benché non sia una costituzionalista e neppure una esperta di diritto, mi sembra che vi sia una contraddizione tra l'art. 2 e l'art. 30 della Costituzione. Se quest'ultimo, infatti, allarga di fatto il raggio delle relazioni “famigliari” che la Repubblica deve proteggere, includendovi anche quelle tra genitori e figli nati fuori dal matrimonio, allo stesso tempo disconosce la pienezza dei diritti relazionali di questi ultimi, allora e fino al 1975 ancora definiti «illegittimi». I loro diritti a essere riconosciuti da entrambi i genitori e a far valere un'appartenenza ad entrambi, infatti, sono dall'art. 30 subordinati alla garanzia di quella particolare formazione sociale che è la famiglia legittima. In questo modo, mi sembra, il diritto del singolo a veder riconosciuti i rapporti sociali in cui si forma la personalità e, prima ancora, ad avere rapporti con il genitore cui la legge allora impediva di riconoscerlo, sono subordinati (“compatibili”) ai diritti di quelli che stanno nel perimetro della famiglia “legittima”, chiaramente postulati come prioritari e giuridicamente superiori – di qui anche i vincoli alla ricerca di paternità. Si potrebbe dire che, con l'art. 30, non solo viene parzialmente smentito l'art. 2, nella misura in cui non si riconosce ai genitori e ai figli “illegittimi” di costituire un relazione che abbia la dignità di formazione

sociale rilevante per il proprio benessere e identità, con i connessi obblighi di solidarietà anche economica; viene anche rovesciato l’“ippogrifo concettuale” dell'art. 29, nella misura in cui, esplicitamente, la famiglia giuridica è qui fatta prevalere su quella “naturale” della procreazione. Dovranno passare molti anni perché questa contraddizione interna alla stessa Costituzione venga sanata a favore della relazione genitori-figli, e soprattutto dei figli, a prescindere dallo statuto giuridico della loro procreazione/nascita. Dapprima, nel 1975, vi è stata l'eliminazione della dicitura «illegittimo» a caratterizzare i nati fuori dal matrimonio e l'estensione della possibilità di riconoscerli ai genitori “naturali”, pur coniugati con persona diversa dall'altro genitore “naturale”. Ma si è dovuti arrivare al 2012 per la definitiva eliminazione di ogni distinzione giuridica tra figli “naturali” e “legittimi”.

2. Accesso alla “dignità relazionale” per tutti i figli

È noto che, almeno nella storia della famiglia occidentale, i primi soggetti a essere individuati come meritevoli di investimenti relazionali (“affetto”) sono stati i figli², dapprima nelle classi più abbienti e poi, con tempi e modi diversi, via via in tutte le classi e condizioni di nascita. La Convenzione internazionale dei diritti dei bambini e adolescenti (1989) è il culmine di un lento e lungo processo di riconoscimento dei bambini come soggetti di diritti propri, a prescindere dalla loro origine familiare e sociale, da cui scaturiscono doveri non solo dei genitori, ma anche della società. Allo stesso tempo, è anche il riconoscimento che uno dei diritti fondamentali è quello, appunto, a essere collocati in una relazione di filiazione, il diritto “alla famiglia” come ambito di appartenenza e di possibilità di identificazione.

Da questo processo sono scaturite modifiche normative, oltre che concettuali, importanti. Esse non hanno riguardato solo la graduale estensione, almeno in linea di principio, del diritto “alla famiglia” di tutti i bambini, inclusi – in Occidente almeno – quelli nati fuori dal matrimonio. Hanno riguardato anche la concezione stessa sia di famiglia sia di adeguatezza, appunto, relazionale della stessa.

Il primo effetto di questa modifica si è avuto sull'adozione, sia rispetto alla finalità (dare un figlio a chi non lo ha o una famiglia a chi non la ha), sia rispetto alle condizioni di adottabilità. Quando una famiglia non può essere considerata tale rispetto alla funzione fondativa che ha per la formazione della personalità del bambino? Questo apre indubbiamente

2. Si veda, ad esempio, P. Ariès, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Laterza, Bari, 1968.

te a un esame più attento delle relazioni familiari e al loro rapporto con il benessere del bambino. Allo stesso tempo, apre a rischi di sovrapposizione ideologica di un particolare modello di relazioni familiari, della qualità di “buon genitore” e persino di chi possa avere “funzioni” genitoriali, non solo su famiglie oggettivamente, empiricamente provate come dannose per il benessere di un bambino, ma anche su famiglie che funzionano in altro modo rispetto a quello atteso, ma ciononostante sono in grado di fornire quell’attaccamento e quella generatività che riteniamo indispensabili per il benessere di un bambino. È successo in contesti coloniali, di cui il caso più clamoroso – anche se non unico – è quello della forzata rimozione dei bambini dalle famiglie aborigene in Australia, perché non corrispondevano al modello di famiglia nucleare con le sue specializzazioni interne lungo linee di genere che si andava stabilizzando presso il ceto medio occidentale. Può succedere e succede ancora oggi nei confronti di gruppi familiari “non *standard*”, se un bambino mostra un qualche tipo di disagio, anche se questo non è necessariamente riconducibile alla non convenzionalità della famiglia che lo cresce, ma, ad esempio, alla povertà o alla ostilità dell’ambiente sociale circostante rispetto al suo gruppo familiare. Succede, ad esempio in Italia, nei confronti dei figli delle coppie dello stesso sesso, i quali, dopo il 2012, sono rimasti gli unici a non avere il riconoscimento automatico del rapporto con entrambi coloro che li hanno messi al mondo come figli (e hanno, perciò, anche una parentela legale dimezzata).

Aggiungo che si fa fatica non solo ad accettare che le figure genitoriali significative – quelle che sono capaci di creare insieme attaccamento e capacità di distacco – possano non essere di sesso diverso, ma anche che possano essere più di due, senza passare per la sostituzione o la surroga, come nel caso dell’adozione e dell’affidamento. Eppure, la ricerca antropologica è ricca di esempi di come, nelle varie culture, le funzioni genitoriali possano essere distribuite diversamente non solo tra uomini e donne, ma tra soggetti diversi da quelli procreativi e non coincidere necessariamente (anzi, quasi mai) con quelle del modello della famiglia nucleare³. La stessa esperienza delle famiglie cosiddette “ricomposte”, in cui la coppia coniugale non coincide con quella genitoriale “ufficiale” per tutti i figli presenti, mostra come, in diversi casi,

non vi sia né perdita né sostituzione, ma aggiunta di relazioni di tipo genitoriale, generative. Ancora di più questo vale per le famiglie affidatarie.

Un ulteriore processo di ridefinizione è quello messo in atto dal riconoscimento del diritto dei figli – “naturali” non riconosciuti da un genitore, adottivi e, anche se non ancora in Italia, concepiti con il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita cd. “eterologa” – a ricercare il genitore o i genitori biologici sconosciuti⁴. In questo caso, si tratta di una riformulazione del rapporto tra “natura” e “famiglia”, non tuttavia – come si teme – nel senso di cancellare la dimensione sociale, intenzionale, della famiglia e della filiazione così bene esemplificata, appunto, dall’adozione. Piuttosto, a mio parere almeno, tale riconoscimento evidenzia il carattere eminentemente simbolico e relazionale che è attribuito alla “natura” del concepimento e della procreazione. La domanda di poter “conoscere le proprie origini”, infatti, è dovuta non tanto a un rovesciamento della gerarchia di priorità tra “natura” (i legami di sangue) e “relazione”, come sostenuto o temuto da qualcuno, quanto la dimostrazione che il bisogno di identificarsi con una relazione – anche quando negata, interrotta, non messa in conto – è talmente radicato e costitutivo della personalità da coinvolgere anche l’origine biologica. Per l’adottato, può significare comprendere il processo e le ragioni per cui chi lo/la ha messo al mondo non ha potuto, o voluto, accoglierlo/la come figlio. Per chi è nato tramite donazione di gameti diversi da quelli di uno o entrambi i genitori, o da gestazione per altri, può essere il desiderio di conoscere la storia e la personalità di chi ha concorso in modo fondamentale alla propria venuta al mondo. Non è il patrimonio genetico ciò di cui si va in cerca (la cui conoscenza può essere messa agevolmente a disposizione in totale anonimato), ma la persona che ha concorso alla propria origine, la cui storia, non solo genetica, si pensa faccia parte poco o tanto della “propria personalità”. Una ricerca che può sollecitare fantasie esagerate o essere esposta al rischio di fallimento, delusioni, rifiuti, come per altro avviene in tutte le relazioni importanti. Una ricerca che nulla toglie al fatto che “la formazione sociale in cui si è costituita la personalità”, nel bene e nel male, sia quella formata con coloro che hanno assunto a tutti gli effetti una responsabilità genitoriale, ma che rende evidente come questa “formazione sociale”, e

3. Si vedano, ad esempio, F. Remotti, *Forme di umanità*, Mondadori, Milano, 2002, e *id.*, *Contro natura. Lettera al papa*, Laterza, Bari, 2008; P.P. Viazzo e F. Remotti, *La famiglia: uno sguardo antropologico*, in Aa. Vv., *La famiglia*, Università Bocconi Editore, Milano, 2007, pp. 40-65; A. Burguière e F. Lebrun, *The one hundred and one families of Europe*, in A. Burguière - C. Klapisch-Zuber - M. Segalen - F. Zonabend (a cura di), *A history of the family*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 1996.

4. Sul complesso processo che ha portato al riconoscimento di questo diritto nel caso dell’adozione e le problematiche tuttora aperte si veda, ad esempio, G. Grasso, *Il diritto dell’adottato a conoscere le proprie origini, tra vecchi e nuovi fetici*, in *Minori e giustizia*, n. 4/2018, pp. 80-90.

l'entrata in essa da parte del figlio/a, abbiano visto all'opera anche altri soggetti, altre relazioni.

A questo proposito, mi sembra di grande interesse la riflessione della sociologa francese Irène Théry⁵. Affrontando la questione dell'anonimato o meno del donatore/donatrice di gameti, Théry offre una prospettiva diversa da quella in cui di solito essa viene affrontata. A suo parere, occorre innanzitutto distinguere le diverse dimensioni rispetto a cui si pone la questione dell'anonimato: la possibilità o meno di scegliere le caratteristiche del donatore/donatrice; l'opportunità o meno di rivelare ai figli nati in questo modo la propria origine di nascita; il diritto dei figli di conoscere il donatore/donatrice. Mantenere l'anonimato in tutte e tre le sue dimensioni risponderebbe al desiderio – degli aspiranti genitori – di mimare una procreazione “naturale”, censurando l'intervento di un/una terza, come se il ricorso a donatore/donatrice fosse una cura contro la sterilità, ciò che ovviamente non è. Ma ciò facendo, si nega a se stessi e ai figli la storia di quella procreazione, di quella venuta al mondo, e la distinzione tra procreazione e genitorialità. Quest'ultima, come abbiamo ricordato più sopra, esiste anche nelle “procreazioni naturali”, ma nella riproduzione assistita con donatore/donatrice diviene esplicita e chiede di essere “pensata”.

Come nel caso dell'adozione, questa origine, e la distinzione che marca, dovrebbe essere resa accessibile anche ai figli nati tramite il ricorso a donatori/donatrici di gameti. Le richieste delle associazioni di figli nati in questo modo di un diritto all'“accesso alle proprie origini”, analogo a quello di coloro che sono nati da parto anonimo, vanno lette in questa luce. Per questo motivo, in alcuni Paesi l'anonimato è vietato per quanto riguarda l'accesso alle informazioni identificanti il donatore/donatrice di gameti da parte delle persone nate per questa via, una volta che abbiano raggiunta la maggiore età. Come osserva Théry, riconoscere questo diritto non significa altro che trattare queste persone come esseri umani, come tutti gli altri, che hanno appunto il diritto a conoscere le proprie origini. A maggior ragione, aggiungo io, là dove fosse permessa la gestazione per altri, il criterio di accettabilità, al netto della esclusione delle forme di sfruttamento e di negazione di diritti della gestante, non dovrebbe passare tanto dalla distinzione – dai confini incerti – tra gestazione commerciale o altruistica. Piuttosto, dovrebbe basarsi sulla esplicita disponibilità di tutti i soggetti adulti coinvolti in vario modo nella generazione a stare in relazione tra loro

e, soprattutto, con colui o colei che da questa relazione nasce: per restituirgli/le appieno la complessa relazionalità entro cui è stato concepito ed è diventato figlio/a⁶.

3. Le relazioni di amore e di solidarietà reciproca

La centralità della coppia come fondante la famiglia non è un fenomeno universale. In molti Paesi ancora oggi e anche nell'Occidente europeo, in un passato non lontano, era piuttosto l'alleanza tra le parentele e il debito riproduttivo che la generazione più giovane aveva verso quelle più vecchia a motivare la formazione della coppia e determinarne le caratteristiche. Anche nei ceti che avevano poco da trasmettere da una generazione all'altra e, quindi, erano più liberi dagli obblighi e dai controlli delle parentele, la formazione della coppia era determinata dai bisogni di complementarietà nel lavoro quotidiano, agricolo o artigiano che fosse, una complementarietà di cui faceva parte anche il lavoro domestico e di produzione per l'autoconsumo. L'amore non era previsto, anzi era considerato potenzialmente rischioso, sia per la formazione della coppia che per la sua stabilità. E l'asimmetria di genere era la norma. Famiglia e matrimonio erano certamente istituti relazionali importanti, socialmente più importanti di quanto non lo siano oggi nelle società democratiche sviluppate. Ma il contenuto e le gerarchie insite in queste relazioni erano anche molto diverse da quelle che oggi sono ritenute adeguate e valorizzate positivamente⁷.

La formulazione dell'art. 29 della Costituzione, perciò, che pone il matrimonio al centro, anzi all'origine della famiglia legittima, non solo è basata su quello che ho chiamato un “ippogrifo concettuale” (una società naturale fondata su un istituto giuridico). Si riferisce anche a un concetto di matrimonio storicamente e culturalmente situato: quello alla base della famiglia coniugale intima, in cui è la coppia che si sceglie e crea legami con le reciproche parentele dando contemporaneamente origine a una nuova famiglia, non basata su vincoli di alleanza anche se non priva di obbligazioni morali e affettive oltre che – come nel caso italiano – legali. Insieme al matrimonio sono, infatti, cambiati anche il ruolo della parentela e la qualità dei rapporti di parentela: più “scelti”, quelli che si mantengono “attivi”, più basati sul codice dell'affettività, anche se rimangono – più in alcuni

5. Irène Théry, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, Parigi, 2010.

6. È un tema che ho affrontato anche nel mio *Mamme e papà. Gli esami non finiscono mai*, Il Mulino, Bologna, 2016.

7. Ho sviluppato più approfonditamente questo tema nel mio *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano 2015 (se-

Paesi (ad esempio, l'Italia) che in altri –, forti caratteri di strumentalità, di scambio di risorse e servizi⁸.

Il concetto di matrimonio insito nell'art. 29 della Costituzione è anche tendenzialmente democratico, perché fondato non solo sulla libera scelta degli interessati, ma anche sul principio della uguaglianza tra i coniugi. E questo nonostante il richiamo al bene superiore dell'unità della famiglia lasci ancora sullo sfondo un principio gerarchico, nella misura in cui si evoca una possibile contrapposizione tra uguaglianza tra coniugi e salvaguardia dell'unità familiare. Si dovrà arrivare alle nuove norme del 1975 perché quella contrapposizione – e la soluzione implicita che suggerisce di un ritorno alla asimmetria di genere – venga riformulata come necessità di negoziazione paritaria, con il possibile intervento di un terzo “neutrale” – il giudice – in caso di disaccordo.

Vale la pena di ricordare che anche la dottrina della Chiesa cattolica sul matrimonio ha seguito un'analoga evoluzione, pur con qualche ritardo. O meglio, è arrivata tardi ad assimilare l'evoluzione di un processo che aveva messo in moto essa stessa. Come ha, infatti, osservato Alberto Melloni⁹, la società borghese aveva ereditato l'istituzione del matrimonio dal Concilio di Trento, quando per la prima volta la Chiesa aveva stabilito regole chiare per definire chi poteva sposarsi, a quali condizioni e in quale forma. In questo modo, intendeva non solo porre ordine in pratiche molto difformi da un ceto all'altro e da un Paese all'altro, ma anche affermare il proprio potere regolativo in un campo fino ad allora lasciato esclusivamente al controllo delle parentele e delle comunità. Uno dei principi basilari di questa nuova regolazione era la necessità del consenso degli sposi, che così erano – almeno in linea formale – sottratti al potere delle parentele e divenivano i veri protagonisti. Un protagonismo che, tuttavia, veniva fortemente temperato dalla necessità che il matrimonio fosse pronunciato non solo in pubblico e di fronte a testimoni, ma da parte di un rappresentante dell'autorità, il sacerdote. Ci sono tutti gli elementi del matrimonio moderno come matrimonio-contratto, le cui finalità continuano a essere indifferenti all'amore. È stata, invece, la società laica la prima a modificare dall'interno il matrimonio, dapprima a livello culturale e, poi, normativo. In questo passaggio la Chiesa cattolica ha piuttosto agito al seguito di trasformazioni culturali e normative avvenute al di fuori di essa. È arrivata più tardi a riconoscere il valore autonomo e fondativo

dell'amore reciproco. Fino alla enciclica *Gaudium et Spes*, il fine principale del matrimonio (e della sessualità) era quello procreativo e la distinzione di genere era chiaramente asimmetrica, come suggerito dalla età minima per accedervi, non solo più bassa dell'attuale, ma diversa per i due sessi: più bassa, 14 anni (più o meno coincidente con l'età media al menarca, quindi alla potenzialità riproduttiva), per le ragazze; 16 anni per i ragazzi. Una norma che, indirettamente, consentiva anche che un uomo ampiamente adulto sposasse una bambina, come ancora avviene in alcuni Paesi in via di sviluppo. Se *la Gaudium et Spes* riconosce che scopo del matrimonio è anche il farsi stare bene reciprocamente, si è dovuti arrivare a Giovanni Paolo II, poi al papa Francesco di *Amoris Laetitia* perché l'amore divenisse, anche per la Chiesa cattolica, la cifra sia dei rapporti coniugali sia dei rapporti genitori-figli, perché venisse riconosciuta piena dignità alla relazione amorosa a prescindere dalla sua finalità riproduttiva.

Si tratta di una evoluzione culturale, oltre che teologica, che tuttavia non ammette la propria storicità, continuando invece a pretendere di parlare della “famiglia naturale”, gettando di fatto nella “innaturalità” secoli di storia familiare in Occidente e intere civiltà e culture.

Proprio questa trasformazione del rapporto coniugale come relazione che ha nella dimensione amorosa il proprio fondamento e giustificazione primaria, al punto da creare ripugnanza nei confronti dei matrimoni combinati o “di interesse”, ha dapprima aperto la strada al divorzio come esito non di una colpa, ma di una presa d'atto che non ci si riconosce più in quel rapporto, che quel rapporto non fa più “stare bene”. Successivamente, ha aperto anche al riconoscimento, prima culturale e poi giuridico, della dignità relazionale dei rapporti d'amore tra persone dello stesso sesso. Questo processo ha anche rafforzato l'individuazione della relazione di coppia, e solo di essa, come la relazione amorosa per eccellenza e unica relazione “orizzontale” tra adulti non consanguinei meritevole di riconoscimento, a esclusione di altre relazioni che vedano una diversa combinazione numerica. Anche nei Paesi occidentali più liberali rispetto alla molteplicità delle definizioni di famiglia, l'unica relazione a carattere “coniugale” riconosciuta legalmente (e, in parte, socialmente) è quella di coppia. Né poligamia né poliandria hanno riconoscimento legale in Occidente, anche se lo hanno in altri Paesi, con conse-

conda edizione). Si veda anche F. Remotti, *Contro natura*, op. cit.

8. Cfr. M. Segalen, *The modern reality of kinship: sources and significance of new kinship forms in contemporary Europe*, in P. Heady e M. Kohli (a cura di), *Family, Kinship and State in contemporary Europe*, vol. 3, Campus, Francoforte, 2010, pp. 249-270.

9. A. Melloni, *Amore senza fine, amore senza fini*, Il Mulino, Bologna, 2015.

guenze sulla (in)trasportabilità da un Paese all'altro, in caso di mobilità geografica, delle relazioni e obbligazioni legittimamente assunte in uno, ma illegittime nell'altro.

Mentre un numero crescente di Paesi ha equiparato pienamente le coppie di persone dello stesso sesso a quelle di persone di sesso diverso, consentendo anche alle prime l'accesso al matrimonio, alla definizione di famiglia e alla genitorialità¹⁰, la legge italiana sulle unioni civili costituisce solo un riconoscimento parziale della pari dignità dei rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso rispetto a quelli tra persone di sesso diverso. In primo luogo, non riconosce lo *status* di "famiglia", o di elemento base per la formazione di una famiglia, alle prime, non solo perché non consente loro di sposarsi bensì solo di accedere a un diverso istituto giuridico, ma proprio esplicitamente rifiutando di definirle come tali. A prima vista, può sembrare un puro "accanimento terminologico", stante che poi la legge riconosce alle coppie di persone dello stesso sesso gli stessi diritti e doveri attribuiti a chi si sposa. Vi sono, tuttavia, altri due passaggi in questa legge che confermano la non volontà di riconoscimento della dimensione "famigliare" a queste coppie. La prima è la mancanza dell'obbligo di fedeltà. Può sembrare una (non) norma ridicola o, addirittura, di vantaggio per le coppie dello stesso sesso rispetto a quelle di persone di sesso diverso che si sposano. In realtà, si tratta di una non troppo sottile allusione a una intrinseca promiscuità delle persone omosessuali e, allo stesso tempo, una sottolineatura del fatto che queste non possano, per questo, aspirare alla piena dignità di una "coppia coniugale". Senza, peraltro, specificare che cosa si intenda per "fedeltà", concetto complesso certamente non riducibile alla sola sessualità nel modello di coppia contemporaneo, ove proprio l'aspettativa di stare reciprocamente bene, di prendersi cura l'uno dell'altro, di sviluppare rapporti di reciprocità e fiducia, ha modificato profondamente *che cosa* si intende per fedeltà. Si può essere "infedeli" non solo facendo sesso con una persona diversa dal proprio coniuge, ma – direi, soprattutto – venendo meno agli obblighi di reciprocità, essendo lontani, disattenti, estranei, trascurando il benessere dell'altro/a. Molte separazioni e divorzi non avvengono perché c'è stato qualche "tradimento" sul piano sessuale, ma perché l'uno o l'altra si sentono traditi nelle proprie aspettative, o perché

le aspettative sono cambiate o si è diventati estranei. Senza sottovalutare l'importanza della sessualità e anche della fedeltà sessuale come componente del benessere della coppia e del rapporto fiduciario su cui si basa, qualcuno può considerare l'infedeltà sessuale meno importante della rottura della fiducia su altri piani della vita e attese comuni.

Il secondo, molto più importante, passaggio della norma sulle unioni civili che marca il rifiuto a considerare le coppie dello stesso sesso come "famiglia", riguarda la negazione della possibilità che diventino genitori, appunto, come coppia e non solo come singoli. Con il risultato che i figli – nel senso proprio di generati nel desiderio, nell'accoglienza, nell'assunzione di responsabilità – di una coppia dello stesso sesso sono condannati per legge a rimanere orfani di un genitore.

Non va, infine, dimenticato che l'aver introdotto un istituto *ad hoc* per le coppie dello stesso sesso invece di estendere loro la possibilità di sposarsi ha provocato, di fatto, l'istituzione di un terzo istituto giuridico della coppia (in questo caso, sia dello stesso sesso che di sesso diverso): quello della convivenza. È vero che la legge sulle unioni civili è nata dalla confluenza di due richieste distinte, quella delle coppie dello stesso sesso di accedere al matrimonio e quella delle coppie conviventi, sia dello stesso sesso sia di sesso diverso, di avere una forma di riconoscimento giuridico delle proprie relazioni – e dei diritti e doveri reciproci che ne scaturiscono – diverso, "più leggero" del matrimonio (in particolare, per quanto riguarda le obbligazioni nei confronti delle reciproche parentele, così forti nel codice civile italiano), analogo ai "patti civili di solidarietà" francesi. La richiesta, in altri termini, era di non avere solo il matrimonio come forma di riconoscimento dello statuto di coppia. Il risultato dei veti e compromessi sulla prima richiesta ha portato, appunto, alla definizione di tre istituti giuridici della coppia distinti: quello matrimoniale, destinato alle sole coppie di persone di sesso diverso; l'unione civile, destinata solo alle coppie di persone dello stesso sesso; la convivenza, destinata a entrambi i tipi di coppia che non desiderino accedere allo statuto "più forte" cui avrebbero distintamente diritto.

Benché alle coppie conviventi venga riconosciuto, nel linguaggio e sentimento comune, e anche nella giurisprudenza, l'essere "famiglie di fatto", in linea di principio esse cadrebbero sotto la medesima defini-

10. Quest'ultima può trovare restrizioni rispetto all'accesso a talune forme di riproduzione assistita, in particolare alla gestazione per altri, che tuttavia coincidono per lo più con quelle estese anche alle coppie di persone di sesso diverso. Pur essendo cautamente favorevole alla gestazione per altri a determinate condizioni, come argomentato più sopra, non sono d'accordo con chi sostiene che vietarla *tout court* discrimina le coppie omosessuali maschili rispetto al diritto a provare a diventare genitori. La questione della gestazione per altri riguarda, infatti, a mio parere – e va affrontata rispetto ai loro diritti relazionali e alla loro salute –, le donne gestanti, le donatrici di ovuli e coloro che vengono al mondo per questo tramite.

zione di “non famiglie” delle unioni civili, nella misura in cui non sono coniugate. Non si vede, tuttavia, come si possa rifiutare lo *status* legale di famiglia a conviventi che abbiano figli legalmente riconosciuti. Non faranno – per legge – famiglia come coppia, ma come genitori senz’altro.

Aggiungo che si arriva, in questo modo, al paradosso per cui sarebbe famiglia, dal punto di vista giuridico, quella composta da una coppia coniugata in cui uno o entrambi provengono da un matrimonio precedente da cui hanno avuto figli che vivono con loro (e che hanno un genitore che vive da un’altra parte, con cui pure “sono famiglia”), mentre non sarebbe famiglia, dal punto di vista legale, una coppia “semplice”, con i propri figli, solo perché non sposata. La pretesa di definire in modo univoco che cosa sia famiglia e quali ne siano i confini può giocare brutti scherzi e portare a esiti impreveduti.

Va, infine, osservato, che considerare la famiglia nell’ottica della formazione sociale, oltre a denaturalizzarla, aiuta a vederla come costruzione insieme intersoggettiva e in società, in cui si sviluppano obbligazioni e diritti reciproci e verso terzi, insieme liberamente scelti e plasmati dalle concrete circostanze sociali e culturali in cui ci si trova. Una costruzione che, benché esito delle attività e intenzioni di chi la mette in moto, a sua volta le e li trasforma non solo psicologicamente, ma anche nelle opportunità e nei vincoli che incontrano, seppure non nello stesso modo per tutti i soggetti coinvolti. Per questo, la previsione di contratti pre-matrimoniali che dettagliano puntigliosamente il fare e non fare, il dare e l’aver in costanza di matrimonio non possono prevedere i possibili cambiamenti – nelle opportunità, nei vincoli, nei desideri – che possono mutare i rapporti di potere e le convenienze dei *partner* di una coppia. Per lo stesso motivo, dissento da una visione del matrimonio come una relazione in cui, in nome dell’uguaglianza, ciascuno entra con quello che ha ed esce ancora con ciò – in termini patrimoniali, di capacità economica, di lavoro – che ha individualmente. Questa concezione non solo censura il fatto che l’uguaglianza rimane ampiamente teorica sul piano pratico, sia entro la coppia, sia in società; non considera neppure che, in quanto formazione, società costruita, giorno per giorno, tramite decisioni piccole e grandi che interagiscono tra loro e con le circostanze di ciascuno, la famiglia non è qualche cosa “di esterno” ai singoli. È un’esperien-

za, un “fatto sociale” comune, in senso durkheimiano, che – nel bene e nel male – entra a costituire sia la personalità di ciascuno sia il suo sistema di vincoli e opportunità. Chi l’ha fatta insieme, deve dividerne costi e benefici se e quando si decide di disfarla.

4. Confini mobili

Al di là degli equilibrismi linguistici, la duplice ottica della storicità e pluralità delle forme famigliari e delle “formazioni sociali in cui si svolge la personalità” attenua le distinzioni tra “famiglie di fatto” e “famiglie di diritto”. O meglio, apre uno spazio perché anche le prime possano essere accolte tra le seconde, perché la definizione giuridica di famiglia perda la propria monoliticità per riconoscere dignità relazionale e rilevanza pubblica a una pluralità di forme. Quali siano queste forme e come ciò avvenga non può essere deciso a tavolino: piuttosto, è necessariamente oggetto di negoziazioni, compromessi, giudizi di valore in rapporti spesso asimmetrici. Basta non partire da pregiudizi circa l’univocità e, tantomeno, la “naturalità” vuoi della famiglia, vuoi delle “formazioni sociali in cui si realizza la personalità”.

Lasciando in sospeso la questione di quanto e come allargare questi confini, vorrei sollevarne qui un’altra: quella della difficile “portabilità” dei propri diritti e doveri relazionali da una società all’altra. Non mi riferisco solo né principalmente alla questione, già accennata, della intrasportabilità legale – nei Paesi con statuti di coppia monogamici – dei rapporti poligamici o poliandrici. Mi riferisco, soprattutto, alle difficoltà che hanno i migranti a vedersi riconoscere il diritto ai propri legami famigliari. Il caso eclatante dei bambini separati dai genitori entrati illegalmente negli Usa dal confine con il Messico ha commosso, per qualche giorno, il mondo. Ma succede anche in Europa che i migranti si vedano violato il proprio “diritto alla famiglia”. Nonostante, ai fini della mobilità al proprio interno, la normativa europea abbia una delle definizioni di legami famigliari tra le più estensive, ogni Paese la applica in modo più o meno restrittivo quando si tratta di consentire il ricongiungimento familiare¹¹. Le restrizioni possono riguardare le condizioni (economiche, abitative, linguistiche) alle quali è consentito chiedere il ricongiungimento, ma anche chi vi è

11. Su questi temi, si veda anche il mio *Family matters: Social policy, an overlooked constraint on the development of European citizenship*, in A. Kessler Harris e M. Vaudagna (a cura di), *Democracy and the Welfare State*, Columbia University Press, New York, 2018, pp. 229-248; J. Long - M. Naldini - A. Santero, *The role of reproductive rights and family policies in defining parenthood* e D. Haley - D. Leplanka - A. Santero, *Differently unequal. On migrants stratified access to family reunification and family entitlements in the Netherlands, Israel and Italy*, entrambi in T. Knijn e M. Naldini (a cura di), *Gender and generational divisions in EU citizenship*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 87-110 e 111-139 (rispettivamente).

ammesso: solo i coniugi e i figli minori? Anche i figli maggiorenni? Anche i parenti stretti? Quali? In alcuni Paesi, ad esempio in Germania, anche per il ricongiungimento con il/la coniuge, in nome dell'obiettivo dell'integrazione, viene richiesto il superamento di una prova linguistica. In altri può succedere che una lunga separazione, dovuta alle necessità di guadagnare e alle difficoltà di rientrare nel Paese "ospite" una volta usciti dai suoi confini, sia interpretata come prova di cattivo *maternage* e abbandono, quindi come un impedimento al ricongiungimento dei figli – è successo in Olanda. Le difficoltà normative frapposte, nei Paesi di origine e di arrivo, al pendolarismo tra due Paesi possono rendere difficile mantenere in modo significativo i rapporti e le obbligazioni reciproche delle famiglie transnazionali dei migranti economici non-Ue. Anche per i cittadini Ue, le normative relative ai permessi di soggiorno possono rendere difficile al coniuge "ricongiunto", per lo più una donna, trovarsi un lavoro ed essere economicamente autonoma, costringendola così in una dipendenza dal *partner* in contrasto con il modello della parità.

Gli esempi potrebbero continuare. Essi segnalano come il diritto a vedersi riconosciute le proprie relazioni familiari, come formazione sociale in cui si realizza la personalità, non è uguale per tutti: in famiglie *standard* o meno, per autoctoni e migranti, ricchi e poveri, persone con maggiore o minore prestigio e potere sociale nonché, in alcuni, casi anche uomini e donne.

5. Un rischio

L'allargamento della definizione di famiglia anche a relazioni "non *standard*", in combinazione con la focalizzazione sulla coppia e sui rapporti di generazione come luoghi deputati all'affettività e allo "svolgimento della personalità", porta con sé il rischio di considerare la famiglia, le relazioni familiari comunque intese e allargate, come le uniche relazioni importanti per lo sviluppo dell'identità. Incontri, rapporti "generativi" importanti con qualcuno che ci ha fatto da "maestro/a", amicizie che hanno segnato profondamente la nostra vita, esperienze di appartenenza collettiva che hanno arricchito di dimensioni emotive, relazionali, conoscitive la nostra esperienza e il nostro modo di essere, rischiano di essere considerate marginali. C'è il rischio di una definizione familistica, per quanto allargata, della relazionalità che ci costituisce come esseri umani.

È utile, per evitare questo rischio, tornare al concetto di "formazioni sociali in cui si esprime la personalità", mantenendone l'apertura, la pluralità possibile per ciascuno. Ciò non significa che tutte debbano essere normate e a tutte si debba dare riconoscimento legale, ma che di esse si deve tenere conto ogni volta che si prende una decisione vincolante per la vita di qualcuno. Che si deve essere consapevoli che distruggere, o impedire di sviluppare la rete di relazioni extra-famigliari di qualcuno, anche di un bambino, può vincolare fortemente lo sviluppo della sua personalità.

Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale

di Angelo Schillaci

Alla luce del quadro costituzionale, l'Autore rilegge criticamente alcuni concetti e istituti tipici del diritto delle relazioni familiari (dal concetto di *status*, nelle sue evoluzioni, agli itinerari interpretativi della garanzia dell'istituto familiare recata dall'art. 29 Costituzione), rilevando come, all'emersione di nuove istanze di riconoscimento, consegua una profonda rielaborazione degli equilibri tra diritto e vita e, di conseguenza, degli stessi istituti giuridici considerati.

1. Tra diritto e vita: le relazioni familiari nella prospettiva costituzionale / 2. Status, appartenenza, relazione: alcune considerazioni preliminari / 3. Status e libero svolgimento della personalità / 4. Segue: procreazione medicalmente assistita, omogenitorialità e vicende dello status filiationis / 5. Libero svolgimento della personalità e modelli familiari: formazioni sociali e garanzie di istituto / 6. Segue: per una rilettura dell'art. 29 della Costituzione

1. Tra diritto e vita: le relazioni familiari nella prospettiva costituzionale

Se riguardato dall'angolo visuale del costituzionalista, il diritto delle relazioni familiari appare collocato con precisione all'incontro tra diritto e vita, chiamando in causa fondamentali dinamiche di riconoscimento, intese sia nella loro dimensione verticale che nella loro dimensione orizzontale o intersoggettiva¹. Si avverte infatti con particolare intensità, in tale ambito, la tensione – connaturata all'esperienza giuridica – tra l'istanza di riconoscimento di situazioni di vita, che a loro volta costituiscono la proiezione della fondamentale libertà di autodeterminarsi nella sfera affettiva, e la pretesa dell'ordinamento giuridico di rendere tali situazioni oggetto di qualificazione e disciplina. Il mutevole equilibrio tra questi due poli caratterizza l'evoluzione del diritto delle relazioni familiari, ripetendo alcuni snodi problematici che sono tipici della storia del costituzionalismo e si legano

al rapporto stesso tra autorità e libertà, e al diverso atteggiarsi dell'equilibrio tra di esse, che si traduce nella tensione tra declinazioni dogmatiche e autoritarie della disciplina dei modelli familiari e opposta istanza di riespansione e difesa della sfera dell'autonomia privata. In questa prospettiva, la relazione dinamica tra qualificazione giuridica e vita si manifesta quale figura della relazione dinamica tra la persona e l'ordinamento e investe, al fondo, la stessa costruzione dell'immagine costituzionalmente rilevante del soggetto, fino a ricomprendere in essa la capacità di amare.

Al crocevia di tali tensioni si colloca – come cornice di principio – il modello costituzionale di disciplina delle relazioni familiari, il quale opera in due direzioni: da un lato, le norme costituzionali individuano un ambito di garanzia della sfera privata e familiare rispetto a indebite ingerenze dell'ordinamento; d'altro canto, questa loro matrice antiautoritaria appare strumentale rispetto al libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali e dunque alla garan-

1. Per un approfondimento delle dimensioni giuridiche del riconoscimento, si consenta il rinvio ad A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018.

zia del principio pluralista, legittimando, al tempo stesso, interventi dell'ordinamento in chiave di promozione della personalità.

Esiste, pertanto, uno stretto legame tra modello costituzionale di famiglia e dimensioni della dignità: ancor più in profondità, l'inquadramento costituzionale delle formazioni familiari investe la stessa costruzione costituzionale delle soggettività. In quest'ottica, l'assenza di riconoscimento giuridico di determinate manifestazioni della vita familiare – come è avvenuto e avviene paradigmaticamente, ad esempio, in relazione alla vita familiare omosessuale – o, ancora, l'assenza di specifiche garanzie del libero svolgimento della personalità all'interno della formazione familiare stessa non determinano soltanto insicurezza², privando i soggetti interessati di presenza civile e di un «senso di legittimità»³, ma acuiscono la vulnerabilità morale di tali soggetti – perpetuandone l'assenza – e appaiono idonee a incidere sulla stessa determinazione dei contorni dell'immagine costituzionalmente rilevante della persona.

Il rapporto tra diritto e relazioni familiari è pertanto attraversato da profonde tensioni e la classica immagine di Arturo Carlo Jemolo, secondo cui la famiglia è un'«isola che il diritto può solo lambire», se pure traduce in termini efficaci, da un lato, il nesso tra diritto delle relazioni familiari e garanzia negativa della sfera privata rispetto all'intervento pubblico, d'altro canto deve essere problematizzata. Si pensi, ad esempio, che la medesima immagine viene utilizzata nella relazione introduttiva al ddl S. 735 in tema di affido dei minori a seguito della separazione tra i genitori⁴: un ddl in cui, come da più parti viene osservato, l'ispirazione di garantire l'autonomia privata nelle decisioni relative all'affido finisce, contraddittoriamente, per tradursi in strumenti di intervento autoritativo nella regolazione della crisi della famiglia⁵. Proprio l'esempio appena fatto mette in luce la complessità del rapporto tra diritto e relazioni familiari,

il quale trascende – evidentemente – una logica soltanto difensiva e fondata sulla netta separazione tra autonomia privata e intervento pubblico. Come l'isola e il mare, anche la famiglia e il diritto non sono rigidamente separati, ma in relazione dinamica: e così come l'isola può esser parte di un arcipelago, o presentare una costa frastagliata, fatta di promontori e profonde insenature che accolgono il mare in diversa misura – e al mare si adattano, traendone, quando è possibile, alimento e ricchezza – anche le relazioni familiari, complesse come lo è la vita stessa, sovente hanno bisogno che il mare del diritto non si limiti a lambirle, ma intervenga a conformarle secondo le ben precise finalità consacrate dal quadro costituzionale di riferimento.

La sfera definita dall'assenza di intervento giuridico – la superficie emersa dell'isola – non è, infatti, un luogo privo di disuguaglianze e conflitti, e dunque «si è giustamente domandato se questo ritrarsi del diritto non lasci irrisolte, e affidate al solo costume, le difficili questioni del rapporto tra amore e diritto»⁶, considerando soprattutto che «il non intervento tende a rafforzare lo *status quo*»⁷.

Dunque, accanto alla necessaria garanzia dell'autonomia dei privati – anche nella sfera familiare –, l'intervento del diritto non rappresenta necessariamente una «indebita espansione della dimensione giuridica», bensì può costituire «una forma di liberazione da regole costrittive» a carattere non giuridico che qualificano le concrete situazioni di subordinazione e vulnerabilità che percorrono la sfera privata⁸.

Peraltro, proprio in considerazione dell'innesco di principi e norme costituzionali sul tronco dei classici paradigmi privatistici, si è aperto uno spazio assai significativo per l'intervento positivo del diritto in chiave di promozione del libero svolgimento della personalità individuale, ponendolo al riparo da condizioni di disuguaglianza di fatto e proteggendo la persona nelle dinamiche di relazione determina-

2. Come osserva S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 46.

3. Nell'espressione utilizzata da Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ricc. nn. 18766/11 e 36030/11, par. 174.

4. S. 735, Pillon e altri, recante «Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità», consultabile al seguente link: www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/50388.htm (ultimo accesso 22 giugno 2019).

5. Per una critica, cfr. M.R. Marella, *Il ddl Pillon, o come una soggettività "suprematista" si fa diritto*, in *EuroNomade*, 27 marzo 2019 (www.euronomade.info/?p=11862: ultimo accesso 22 giugno 2019), nonché L. Ronchetti, in questo *Fascicolo* e, nel dibattito politico, M. Cirinnà, *Le famiglie, la vita, il diritto: riflessioni sul ddl Pillon*, in *Lo Stato presente*, 22 novembre 2018 (www.lostatopresente.eu/2018/11/le-famiglie-la-vita-il-diritto-riflessioni-sul-ddl-pillon.html: ultimo accesso 22 giugno 2019).

6. Così S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 18.

7. Così M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, 1, pp. 57 ss., in particolare p. 81, nonché pp. 88-89.

8. Così S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 19.

te dalla sua appartenenza a comunità intermedie⁹: in altri termini, al tradizionale paradigma difensivo, basato cioè sull'astensione dello Stato dall'ingerenza nella sfera privata, si è sostituito un paradigma per cui «la tutela della personalità» sollecita «l'intervento attivo dei poteri pubblici per la sua integrale realizzazione»¹⁰, e si pongono le basi per il superamento di una dimensione esclusivamente formale del principio di eguaglianza.

In questa chiave deve essere letto lo sviluppo del diritto delle relazioni familiari, declinando cioè la sua fondamentale matrice antiautoritaria (affermata e chiarita senza ambiguità dalla Costituzione stessa) sia nella dimensione verticale delle dinamiche di riconoscimento, vale a dire nel rapporto tra la persona – e la comunità familiare cui intenda dare vita – e il pubblico potere, sia nella dimensione orizzontale della protezione della persona rispetto a dinamiche di subordinazione e a disuguaglianze di fatto che, anche nella comunità familiare, ben possono palesarsi¹¹.

Si assiste, pertanto, a un doppio movimento, profondamente condizionato dall'impatto della Costituzione sulle dinamiche privatistiche: per un verso, la disciplina delle relazioni familiari viene sottratta all'ambito del diritto pubblico – al quale era stata affidata secondo un paradigma di tipo funzionalistico, che aveva avuto nelle premesse ideologiche delle politiche fasciste sulla famiglia il momento più rappresentativo¹² – per essere riconsegnata con nettezza alla sfera dell'autonomia privata, in chiave esplicitamente antiautoritaria; per altro verso, il ritorno alla sfera dell'autonomia privata non coincide con una delega in bianco, che limiti il ruolo del diritto al mero riconoscimento formale di assetti ricevuti dal libero atteggiarsi dell'autonomia medesima. Tutto al contrario, se «al diritto è legittimo chiedere un'assenza», ciò non implica che esso abdichi «al suo ruolo di garanzia di libertà e diritti – dunque pure del diritto d'amore», giacché resta chiamato a «rimuovere ostacoli (...) per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza»¹³.

Da un lato, dunque, si assiste a una revisione dei paradigmi – quello matrimoniale su tutti – al fine di renderli coerenti con il quadro costituzionale e la centralità della persona, apprestando «le strutture necessarie per l'autodeterminazione, grazie alle quali le persone possano effettuare liberamente le proprie scelte e costruire liberamente la loro personalità»¹⁴, vedendosi riconosciuta pari dignità sociale sul piano simbolico e su quello strettamente giuridico; dall'altro, si rende necessario un intervento sulla concreta disciplina degli istituti e delle relazioni che a essi danno vita e corpo, per correggere disuguaglianze e assicurare effettività alla funzione propria di queste (tra le altre) formazioni sociali, e cioè la garanzia del libero svolgimento della personalità. Entrambi i movimenti, pertanto, sono governati dal principio di pari dignità sociale (che si completa con l'obbligo costituzionale di rimozione delle disuguaglianze di fatto) e dalla garanzia del libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali: così, entro la medesima cornice, si articolano il più ampio riconoscimento delle esperienze di vita familiare cui l'autonomia personale dà vita e l'effettiva garanzia di tale autonomia all'interno delle formazioni familiari riconosciute dall'ordinamento.

In altri termini, in questa prospettiva il riconoscimento giuridico delle diverse e nuove dimensioni della vita familiare si salda con la necessaria correzione di eventuali squilibri e disuguaglianze che all'interno della famiglia possono manifestarsi, in termini anti-discriminatori ma anche, e soprattutto, in chiave di garanzia dinamica del libero svolgimento della personalità: si allarga così «il perimetro costituzionale all'interno del quale collocare l'amore», il quale descrive «un insieme di punti di riferimento, che progressivamente convergono verso il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona, del suo diritto a governare liberamente la propria vita e il proprio corpo»¹⁵.

Una garanzia, lo si ribadisce, che non opera soltanto secondo i paradigmi classici della libertà *ne-*

9. Come sostenuto da S. Rodotà, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Id.* (a cura di) *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 10: «il regno della libertà – il diritto privato – appare insidiato dalla presenza di pesanti disuguaglianze di fatto, che contraddicono la parità formale di situazioni ed il pari potere della volontà di ciascun individuo».

10. *Ibid.*, p. 15.

11. Di «fiducioso ancoraggio al diritto privato» in chiave antiautoritaria (che non esclude, però, «la possibilità di taluni interventi legislativi nella materia o il controllo, almeno sotto specie del controllo giudiziale, a garanzia dei diritti del singolo e delle minoranze») parla P. Rescigno, *Ascesa e declino della società pluralista*, in *Id.*, *Persona e comunità*, Cedam, Padova, 1987 (ristampa), p. 24.

12. Sul tema, vds. ad esempio P. Ginsborg, *Famiglia Novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature 1900-1950*, Einaudi, Torino, 2013.

13. Così S. Rodotà, *Diritto d'amore*, *op. cit.*, p. 12.

14. *Ibid.*, p. 48.

15. *Ibid.*, p. 71.

gativa, ma che, appunto, fa premio anche sulla possibilità – e, talora, sull'imperativa necessità – che il diritto intervenga nella sfera delle relazioni private e familiari per assicurare la piena operatività dei precetti costituzionali di cui all'art. 2 e all'art. 3. Il rapporto tra diritto e vita, nell'ambito delle relazioni familiari, appare così multidimensionale e sfaccettato, ma i suoi diversi aspetti vengono ricondotti a unità nel comune ancoraggio all'immagine della persona, che gli artt. 2 e 3 assumono a vero e proprio obiettivo di una costruzione (giuridica e) costituzionale: un individuo riconosciuto in tutte le sue complesse sfere di esperienza ed esistenza come attore e attrice capace di autodeterminarsi e di svolgere liberamente la propria personalità in condizioni di pari dignità sociale. Ma un individuo non isolato, e che pertanto non può esercitare la propria libertà e la propria autonomia se non in una trama di relazioni personali, economiche e sociali che finiscono, inevitabilmente, per limitarle secondo una logica solidaristica, combinando diritti e doveri (verso se stessi e verso gli altri)¹⁶: come è stato affermato, «l'abbandono di una visione costrittiva ha spostato l'accento sulla reciprocità, sulla solidarietà»¹⁷.

2. Status, appartenenza, relazione: alcune considerazioni preliminari

Un primo e suggestivo campo di prova delle richiamate tensioni tra diritto, vita e libertà è rappresentato dal concetto di *status* e dalla sua rielaborazione critica proprio nell'ambito del diritto delle relazioni familiari. In particolare, nella prospettiva del costituzionalista, lo *status* appare quale strumento

giuridico di riconoscimento della soggettività e, come tale, è pervaso originariamente dalla tensione tra autorità (della pretesa qualificatoria) e libertà (intesa come *medium* di affermazione della propria soggettività) o, ancora, tra dimensione individuale e dimensione di appartenenza a un gruppo.

Infatti, alla radice stessa del concetto di *status* vi è la funzione di tradurre, in termini giuridici, una specifica situazione o condizione di vita, o ancora uno specifico modo che il diritto ha di considerare aspetti della vita (spirituale o materiale) della persona, per renderli oggetto o criterio di imputazione di norme¹⁸.

Al fondo, peraltro, «il contenuto degli *status* è rappresentato da esigenze fondamentali della persona umana soggetto dell'ordinamento»¹⁹ ed è a queste esigenze che deve guardarsi quando si indaghi la funzione, la portata e l'evoluzione degli *status* medesimi, con una ben precisa opzione a proposito dell'equilibrio tra autorità e libertà, tra pretesa qualificatoria e riconoscimento delle situazioni di vita, e dunque tra diverse declinazioni e costruzioni della soggettività in relazione al diritto²⁰.

Un equilibrio che è stato descritto, in dottrina, con diversi accenti, volti ora a recuperare la matrice storica del concetto di *status*, saldamente ancorata a premesse di tipo organicista²¹, ora a sottolineare il progressivo indebolirsi del concetto, a causa dell'affermazione del principio individualistico²².

La matrice organicistica del concetto di *status* è molto presente, ad esempio, nella riflessione classica di Antonio Cicu, il quale valorizza il nesso tra *status* e appartenenza a una comunità organizzata²³. E tuttavia, nella misura in cui il rapporto tra il singolo e le comunità in cui la sua personalità liberamente si svolge diviene complesso e, soprattutto, orientato di-

16. Per questa declinazione dell'autonomia, vds. adesso L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giappichelli, Torino, 2018.

17. Così S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 115.

18. Così, paradigmaticamente nella definizione di Rescigno, lo *status* è «strumento tecnico (...) capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria e non discontinua, una situazione che, nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo»: P. Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civile*, vol. I, 1973, pp. 211-212.

19. Così A. Palazzo, *La filiazione fuori dal matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 16; analogamente L. Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, ESI, Napoli, 1984 pp. 69 ss. Sul punto vds. anche G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993, specie pp. 38 ss.

20. Sul rapporto tra articolazione degli *status* e superamento della concezione astratta della soggettività, cfr. A. Corasaniti, voce *Stato delle persone*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 948 ss., specie pp. 955 ss. Sul punto vds. anche G. Alpa, *Status e capacità*, op. cit., specie pp. 3 ss.

21. Sul punto vds. L. Iannelli, *Stato della persona*, op. cit., specie pp. 36 ss.

22. Passaggio che, paradigmaticamente, si riassume nell'espressione «dallo *status* al contratto»; sul punto cfr. P. Rescigno, *Situazione e status*, op. cit., pp. 217 ss.; G. Alpa, *Status e capacità*, op. cit., pp. 24 ss.

23. Ad esempio quando afferma che «il vincolo giuridico che è inconcepibile nell'individuo isolato, diventa possibile solo in grazia dell'aggregarsi, dell'organizzarsi: è vincolo organico»: A. Cicu, *Il concetto di «status»* (1917), ora in *Id.*, *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 189.

namicamente alla realizzazione del principio costituzionale di pari dignità, una declinazione del concetto di *status* incentrata esclusivamente sul dato statico dell'appartenenza «non è più sufficiente a tradurre, anche in termini giuridici, le coordinate che indicano il rapporto tra singolo e comunità»²⁴.

In altri termini, accanto al dato dell'appartenenza va considerato – specie in ottica costituzionalistica e con importanza crescente nell'evoluzione storica del rapporto tra autorità e libertà – l'altrettanto fondamentale dato della *relazione* tra il singolo e la comunità cui appartiene, nelle sue diverse dimensioni.

Peraltro, la consapevolezza del diverso atteggiarsi della relazione tra il singolo e il potere pubblico, a seconda delle situazioni di vita concretamente evocate, è alla base della riflessione giuridica sull'evoluzione del rapporto tra costituzionalismo e diritti fondamentali²⁵, ed è già implicata – seppure *in nuce* – nella stessa quadripartizione degli *status* fondamentali risalente all'opera di Georg Jellinek. Da un lato, infatti, la premessa di tale costruzione è che gli *status* descrivano diverse declinazioni della «*gliedliche Stellung*» dell'individuo rispetto alla comunità statale²⁶; d'altro canto, l'idea stessa che i diritti pubblici soggetti siano il frutto di una autolimitazione dello Stato in relazione agli *status* medesimi, unitamente alle diverse dimensioni dell'appartenenza considerate, pone le basi, a ben vedere, per una declinazione dinamica dell'appartenenza. Quest'ultima, sebbene fondi la costruzione giuspubblicistica degli *status*, si qualifica allo stesso tempo in termini relazionali, sicché da una mera condizione di *Zugehörigkeit* (appartenenza declinata in termini meramente passivi) si trascorre progressivamente verso la diversa condizione di *Mitgliedschaft*, e cioè di appartenenza qualificata dalla relazione partecipativa alla vita della comunità statale²⁷.

In questa prospettiva, porre l'accento sulla relazione, piuttosto che sull'appartenenza, incide profondamente sul legame tra dinamiche degli *status* e costruzione della soggettività o, se si vuole, tra *status*

e libertà di autodeterminarsi nella relazione solidale con l'altro e con la dimensione comunitaria: in questa prospettiva, il concetto di *status* assume una profondità in parte inedita e, lungi dal qualificare un destino o – in termini giuridicamente più precisi – una relazione tra pretesa qualificatoria dell'ordinamento e condizione soggettiva tutta sbilanciata sul primo termine, rende possibile includere nelle dinamiche di attribuzione (e modifica) degli *status* l'esplicarsi della libertà del soggetto, della sua libera determinazione.

In altri termini, dalla indisponibilità degli *status* – dallo *status* inteso cioè come conseguenza dell'appartenenza a una comunità organizzata sul piano della qualificazione giuridica di una condizione soggettiva – si vira progressivamente verso una flessibilizzazione dello *status* e un suo maggiore dinamismo, condizionato *anche* dalla sua disponibilità da parte del soggetto²⁸. In altri termini, una concezione pan-pubblicistica dello *status* lascia il posto, per effetto di simili evoluzioni, a una sua declinazione sensibile al peso specifico della libertà e dell'autodeterminazione individuale – e al loro nesso con il principio di solidarietà – e dunque, se si vuole, a una sua concezione costituzionalmente orientata.

Nella sfera politico-costituzionale, ma a ben vedere anche in quella civilistica, tale dinamizzazione coincide con l'approfondimento del nesso tra riconoscimento e protezione della dignità personale e sviluppo della democrazia costituzionale: se, come è stato affermato, la dignità della persona rappresenta la premessa antropologico-concettuale dello Stato costituzionale, e la democrazia la sua conseguenza organizzativa²⁹, ciò si rifrange necessariamente – e in primo luogo – proprio sul rapporto tra istanze di riconoscimento di condizioni soggettive e pretesa qualificatoria dell'ordinamento giuridico, e dunque anche sulla configurazione e sulle trasformazioni degli *status* giuridici delle persone. Nell'esperienza costituzionale italiana, l'impatto del principio personalistico e solidaristico sui percorsi di costruzione della soggettività si traduce, d'altro canto, nella decisa valorizza-

24. Così G. Alpa, *Status e capacità*, *op. cit.*, p. 4, il quale significativamente prosegue affermando che «occorre infatti aggiungere il modo in cui l'individuo concreto è differenziato rispetto agli altri» e, vorremmo aggiungere, continuamente reinterpreta la propria differenza, trasformandosi e per l'effetto trasformando la comunità di cui è parte.

25. Sul punto vds. per tutti P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *Id.*, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 2 ss.

26. G. Jellinek, *System der Subjectiven Öffentlichen Rechte*, Mohr, Heidelberg, 1882, p. 50.

27. Coerentemente, peraltro, con la profonda tensione tra diritto e fattualità che percorre l'intera opera di Jellinek: sul punto, vds. P. Ridola, *Germanesimo, statualismo e liberalismo nella fondazione del diritto pubblico dello stato nazione: Laband, Gierke e Jellinek*, in *Id.*, *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1 ss., specie pp. 19 ss.

28. Spunti in questo senso in P. Rescigno, *Situazione e status*, *op. cit.*, p. 218.

29. Così, in particolare, P. Häberle, voce *Stato costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, voll. IX e XXX, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2000.

zione costituzionale dei concetti di libero svolgimento della personalità *nelle formazioni sociali* e di libero sviluppo della persona umana come finalità prima della promozione dell'eguaglianza non solo sul piano formale, ma anche e soprattutto sul piano delle materiali condizioni di esistenza³⁰.

Si rivela così, per altro verso, il nesso molto stretto tra *status* e diritti fondamentali: nella misura in cui, nel quadro costituzionale, la persona è qualificata anzitutto quale soggetto di diritti fondamentali, dei quali deve godere in condizioni di pari dignità sociale, la costruzione degli *status* personali non potrà prescindere da tale premessa, la quale impone di evitare imposizioni autoritarie di *status* o rigide declinazioni dell'appartenenza a gruppi e comunità (come fonte di specifiche dimensioni della dignità personale, o di diritti e doveri), declinando piuttosto in termini di equilibrio il rapporto tra riconoscimento giuridico delle soggettività e istanze variamente implicate dal principio solidaristico. Se, da un lato, non può negarsi che «tensione dell'individuo verso la propria autorealizzazione ed impossibilità di sfuggire ad un quadro sociale di riferimento segnano (...) l'intera vicenda storica dei diritti costituzionali»³¹, dall'altro è lo stesso articolo 2 della Costituzione che traccia una ben precisa linea di equilibrio tra libertà e solidarietà, articolando affermazione della soggettività e libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali, le quali possono così divenire occasioni di libertà, spazi di esperienza volti alla promozione della persona stessa.

3. *Status* e libero svolgimento della personalità

In questo scenario, l'evoluzione del concetto di *status* appare come figura dell'evoluzione del rapporto tra diritto e vita e condiziona anche, dal nostro punto di vista, l'evoluzione degli approcci al diritto di famiglia, contrassegnandoli per un diverso assetto dell'equilibrio tra libertà e autorità. Se così, paradigmaticamente in Cicu, l'elaborazione degli *status* familiari risentiva della progressiva impostazione pub-

blicistica dell'intero diritto di famiglia³², ricostruzioni diverse permettono di includere nell'accesso allo *status* e nella sua conservazione il momento dell'autonomia e delle dinamiche di relazione, superandone così l'indisponibilità: con la conseguenza che, progressivamente, si passa anche in questo campo dalla sottolineatura dell'appartenenza (declinata in senso statico) alla comunità familiare, a una più avvertita considerazione delle concrete fattispecie (e dei concreti rapporti) in cui il singolo è coinvolto, sicché la configurazione dello *status* discende «dalla valutazione normativa dei rapporti personali e di convivenza del singolo con gli altri membri delle formazioni sociali, e non dalla valutazione normativa del concetto di famiglia e dal riconoscimento che il soggetto è membro della stessa»³³.

Il riconoscimento giuridico delle soggettività include, pertanto, il momento relazionale-associativo, ma in termini critici e non fino al punto di lasciare che l'appartenenza comunitaria assorba il momento individuale: com'è stato efficacemente affermato, «dall'originaria funzione dello *status* in termini di limitazione e differenziazione di ruoli e condizioni soggettive, si giunge così in età moderna a quella, opposta, di presidio della persona anche rispetto alla società e ai gruppi che la compongono»³⁴, e in tale mutamento di paradigma assume rilievo centrale l'ancoraggio degli *status* alla premessa della pari dignità sociale, nel suo rapporto con il libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali.

In conseguenza di un profondo mutamento di paradigma – che investe la stessa costruzione giuridica della soggettività, le sfere di vita riconosciute dal diritto, infine la stessa immagine costituzionalmente rilevante della persona e, in una parola, le dimensioni della dignità personale giuridicamente rilevanti – autodeterminazione e solidarietà, libertà, relazione e responsabilità entrano nella costruzione giuridica degli *status*, superandone l'indisponibilità e rendendoli flessibili, ma soprattutto coerenti con le esigenze derivanti dal riconoscimento e dalla protezione dei diritti fondamentali e degli inderogabili doveri di solidarietà della persona: così, «sono i diritti fondamentali (...) a dare il tono al discorso»³⁵, portando con sé «la ne-

30. Sul punto vds. C. Pinelli, «Nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità», in *Id.*, *Nel lungo andare. Scritti scelti 1985-2011*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 157 ss.; P. Ridola, *Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà*, in *Id.*, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 1 ss., specie pp. 114 ss. nonché, se si vuole, A. Schillaci, *Le storie degli altri*, op. cit., pp. 160 ss.

31. Così P. Ridola, *Libertà e diritti*, op. cit., p. 202.

32. Lo osserva P. Rescigno, *Situazione e status*, op. cit., p. 219.

33. Così L. Iannelli, *Stato delle persone*, op. cit., p. 52, corsivi aggiunti.

34. Così S. Stefanelli, *Caratteri e funzione dello status*, in A. Sassi – A. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in R. Sacco (diretto da) *Trattato di diritto civile. Le persone e la famiglia*, vol. IV, Utet giuridica, Milano, 2018, p. 78.

35. Così S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 76.

cessità di collegare i diritti dell'amore con il principio di eguaglianza e con l'integrale rispetto della dignità della persona, che non può prescindere dalla rilevanza della sua volontà»³⁶.

Molto interessante, in questa prospettiva, il passaggio dalla neutralità del concetto giuridico di *status*, che lo rendeva idoneo a cristallizzare assetti gerarchici della società e correlativi equilibri di potere, a una «riedizione del termine *status* che esprime un concetto completamente diverso e che svolge (...) un ruolo di *personalizzazione delle situazioni esistenziali* e, al contempo, di riequilibratura delle situazioni patrimoniali»³⁷. In altri termini, lo *status* può pure continuare a rilevare come forma espressiva di differenze individuali e sociali, ma la classificazione e la differenziazione che eventualmente possono derivarne non sono funzionali alla cristallizzazione di quelle differenze secondo gli assetti di potere esistenti, bensì piuttosto a farne oggetto di disciplina giuridica secondo l'obiettivo di emancipazione della persona sancito dall'art. 3 Costituzione, in entrambi i suoi commi e nel suo rapporto con l'art. 2³⁸: una volta articolato in termini dinamici, dialettici e trasformativi il rapporto tra ordinamento giuridico e ordinamento sociale, il concetto di *status* da «presupposto di privilegi» diviene dunque «garanzia del libero perseguimento della propria personalità»³⁹ e, conseguentemente, la valutazione normativa delle condizioni personali appare funzionalizzata al «promovimento della personalità»⁴⁰.

Pertanto, l'ancoraggio del concetto di *status* alla personalizzazione delle situazioni esistenziali e alla riequilibratura delle situazioni patrimoniali vale a rendere coerente il concetto con il principio costituzionale di pari dignità sociale (con il suo corollario della necessaria *soggettivizzazione* dei giudizi di eguaglianza), ma anche con l'obiettivo (costituzionale) di rimozione delle disuguaglianze di fatto. Ora, tale rinnovata configurazione del concetto di *status* ne determina una intima trasformazione, che investe – per un verso – la sua funzione di strumento di qualificazione giuridica di esperienze e situazioni per-

sonali, e che appare per altro verso idonea ad accompagnare le trasformazioni del diritto delle relazioni familiari in conseguenza dell'impatto del quadro costituzionale. Anche nel diritto delle relazioni familiari si manifestano infatti – ad esempio, come meglio si vedrà, proprio sotto il profilo del rapporto tra l'art. 2 e l'art. 29 Cost. – le richiamate esigenze di *personalizzazione*, nell'ottica del superamento di costruzioni autoritarie che subordinano il singolo alla comunità familiare cui appartiene e che, al tempo stesso, tendono a cristallizzare i modelli e gli istituti familiari ricevuti dalla tradizione, sottorappresentando le nuove conformazioni impresses alle relazioni familiari stesse dalle vicende della libertà nel loro sviluppo storico; e si manifestano, altresì, le richiamate esigenze di riequilibrio – per esempio, sotto il profilo del rapporto tra l'art. 29 e l'art. 3 – in relazione all'eguaglianza giuridica dei coniugi, alla condizione della donna nell'esperienza di vita familiare, ma anche alla condizione del minore⁴¹.

Se si consente la semplificazione, ad esempio, lo *status* di coniuge diviene disponibile, una volta liberamente assunto, nel momento in cui si supera la dogmatica dell'indissolubilità del matrimonio (e dunque la funzionalità del matrimonio stesso alla stabilizzazione delle relazioni sociali, facendone piuttosto un luogo di libero sviluppo della personalità); entro certi limiti, anche lo *status* indisponibile per eccellenza – lo *status filiationis* – conosce significativi temperamenti nella misura in cui si va allentando il nesso biunivoco e ritenuto, sin qui, inscindibile tra appartenenza a un gruppo sociale, biologia e filiazione⁴².

4. Segue: procreazione medicalmente assistita, omogenitorialità e vicende dello *status filiationis*

Si pensi, per fare un esempio certamente paradigmatico, agli approdi della legislazione e della giuri-

36. *Ibid.*, p. 77.

37. L. Iannelli, *Stato delle persone*, op. cit., p. 19.

38. Sicché, prosegue L. Iannelli, *Stato delle persone*, op. cit., «il ritorno al cd. diritto singolare (...) è soltanto apparente, da un lato perché le categorie sociali non hanno le caratteristiche della necessità e della permanenza, dall'altro perché tale tecnica non presuppone il ripudio del principio di eguaglianza formale (...), bensì la presa d'atto che la regola per essere effettivamente uguale per tutti deve tener conto delle diverse situazioni che viene a incidere» (p. 21).

39. *Ibid.*, p. 29.

40. *Ibid.*, p. 70.

41. Sul punto, cfr. ancora *ibid.*, pp. 38-41.

42. Sul punto, vds. A. Sassi, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in A. Sassi – A. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, op. cit., pp. 3 ss., specie pp. 40 ss.

sprudenza in tema di rapporto tra biologia e intenzione nella costituzione dello *status filiationis* in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, sia in coppie eterosessuali che in coppie omosessuali. Proprio i casi della procreazione medicalmente assistita e dell'omogenitorialità, peraltro, dimostrano con estrema chiarezza che – nel silenzio del legislatore – lotta per il riconoscimento significa lotta per ottenere una qualificazione giuridica della propria condizione, cioè uno *status*, aderente alla concretezza delle situazioni e delle esperienze e per individuare, in altri termini, un punto di incontro tra diritto e vita adeguato alle esigenze della dignità personale⁴³.

L'evoluzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita – prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 40/2004 – ha progressivamente sottoposto a profonde tensioni, infatti, i criteri di attribuzione dello *status* di figlio disciplinati dal codice civile e ancorati, in estrema sintesi, a un sistema di presunzioni (per la filiazione nel matrimonio) e a dichiarazioni di riconoscimento (per la filiazione fuori dal matrimonio) che presupponevano e presuppongono, in ogni caso, che la filiazione sia avvenuta *spontaneamente* all'interno della coppia. E tuttavia, tanto il *favor legitimitatis* (che ha caratterizzato per lungo tempo la disciplina della filiazione, almeno fino alla riforma realizzata con il d.lgs. n. 154/2013) quanto il *favor veritatis* (che, in sempre più intensa concorrenza con il primo, ispirava invece in prevalenza l'attribuzione dello *status* di figlio nato fuori dal matrimonio) sono apparsi progressivamente inidonei a restituire in termini giuridici, con sufficiente precisione, le complesse fattispecie relazionali collegate alla procreazione medicalmente assistita, sia nel caso di ricorso a gameti interni alla coppia, sia nel caso di ricorso a gameti esterni. Accanto ad essi, si è dovuto infatti tenere conto di altre variabili, evocate proprio dalle concrete modalità della procreazione e legate, in particolare, alla non necessaria corrispondenza tra verità della

procreazione e interesse del minore all'acquisizione e alla conservazione di uno *status* corrispondente alla concretezza delle proprie relazioni familiari e, dunque, a un concetto di identità personale derivante non solo e non tanto dal patrimonio genetico, quanto anche – e soprattutto – dal concreto atteggiarsi delle scelte procreative che lo hanno portato al mondo e della comunità di affetti in cui è accolto/a.

La cornice istituzionale e giuridica delle relazioni tra i genitori (*favor legitimitatis*) e la verità della procreazione (*favor veritatis*) hanno così progressivamente ceduto spazio al *favor minoris* e al *favor affectionis*, come reso evidente da una consolidata giurisprudenza costituzionale⁴⁴ e dall'evoluzione legislativa in materia.

Si è assistito, in altri termini, a un significativo rovesciamento di prospettiva⁴⁵, particolarmente evidente – ad esempio – nella formulazione e nella portata degli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, i quali, saldamente ancorati al principio della responsabilità procreativa, dispongono – per un verso – che il minore nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA acquisti lo stato di figlio della coppia che ha prestato il consenso alla pratica e – per altro verso – che, nel caso di PMA realizzata mediante ricorso a gamete esterno alla coppia, il genitore non genetico non possa esercitare l'azione di disconoscimento. Si ricordi peraltro, a tale riguardo, che una recentissima giurisprudenza di merito e di legittimità – correttamente ritenendo che gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 abbiano la funzione di garantire e tutelare la posizione del minore indipendentemente dalla liceità o meno, in Italia, delle tecniche procreative grazie alle quali sia venuto al mondo – ha ritenuto tali disposizioni applicabili al caso del ricorso alla PMA da parte di coppia di donne⁴⁶, ma anche al caso di minore nato grazie a PMA effettuata con utilizzo del gamete maschile di un uomo deceduto (cd. “PMA *post mortem*”)⁴⁷, individuando come unico limite all'operatività di tale criterio il peculiare disvalore

43. Mantenendo ferma la consapevolezza, richiamata da Rodotà, «di che cosa può divenire il diritto quando incontra la vita delle persone e si comporta come se non esistesse» (*Diritto d'amore, op. cit.*, p. 17).

44. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 166/1998, nella quale la Corte per la prima volta affermò l'indifferenza della cornice giuridica del rapporto tra i genitori rispetto alla posizione dei figli; o, ancora, alla sentenza n. 347/1998, in tema di conseguenze sullo *status filiationis* del ricorso alla PMA con donazioni di gameti esterni alla coppia, ma anche alla più recente sentenza n. 272/17, la quale ha escluso ogni automatismo tra non corrispondenza dell'atto di nascita alla verità della procreazione e suo annullamento: su quest'ultima decisione vds. A. Schillaci, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, pp. 385 ss.

45. Come osserva A. Sassi, *Accertamento e titolarità, op. cit.*, p. 40; cfr. anche pp. 57 ss.

46. Si tratta di Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, e Trib. Bologna, decreto 6 luglio 2018, entrambi consultabili sul portale *Articolo 29* (www.articolo29.it).

47. Cass., sez. I civ., 15 maggio 2019, n. 13000.

ascritto dal legislatore alla surrogazione di maternità⁴⁸. Come ritenuto dalla dottrina⁴⁹ e da una importante pronuncia⁵⁰, i criteri di attribuzione dello *status filiationis* non corrispondono ormai, nel sistema, a un modello univoco, ma si differenziano a seconda delle modalità procreative, sicché alla filiazione cd. “spontanea” continuano ad applicarsi le norme del codice civile, mentre alla procreazione “artificiale” si applica lo schema regolatorio recato dalla l. n. 40/2004, che si fonda sul principio della responsabilità procreativa e, dunque, della genitorialità intenzionale.

L’evoluzione della giurisprudenza deve peraltro essere letta assieme alle più recenti innovazioni legislative che hanno interessato la disciplina giuridica della filiazione, e che hanno notevolmente allentato il nesso biunivoco tra consolidamento dello *status* e mera realizzazione delle condizioni poste dalla legge per la sua costituzione: si pensi, solo per fare un esempio, alla revisione della disciplina delle azioni di stato, oramai imprescrittibili solo in favore del figlio (che intenda promuovere l’accertamento o il disconoscimento dello *status*) e assoggettate, in relazione agli altri legittimati, a termini di decadenza⁵¹.

I descritti mutamenti consentono di svolgere alcune riflessioni sulla sorte del principio di indisponibilità dello *status filiationis* che rappresenta, nel quadro dell’analisi che si viene svolgendo, uno snodo davvero paradigmatico per verificare la concreta articolazione del rapporto tra diritto e vita in relazione alla disciplina delle relazioni familiari.

Sembra di poter affermare, in particolare, che da uno *status* indisponibile – perché etero-determinato dall’appartenenza alla famiglia cd. legittima⁵² o dal fattore biologico – si muova progressivamente verso uno *status* disponibile, almeno in parte, alla libera autodeterminazione e, soprattutto, alla solida assunzione di responsabilità da parte dei soggetti coinvolti, fino a configurare compiutamente lo «*status* quale relazione intersoggettiva»⁵³. Non si tratta

dunque soltanto di un passaggio dal cd. «modo comunitario» al «modo individuale» dello *status*⁵⁴, ma di un movimento più profondo, che investe e riguarda la stessa articolazione del rapporto tra diritto, vita e libertà nella costituzione dello *status*. Ciò non esclude, peraltro, che la costituzione dello *status* possa – e debba – andar soggetta a norme a carattere cogente, ove si tratti di dare protezione a soggetti vulnerabili quali soprattutto i minori; ma implica allo stesso tempo che il rapporto tra diritto e vita ha abbracciato, della vita, porzioni sempre più vaste e condizionate dall’autonomia individuale.

In altri termini, la tutela delle situazioni soggettive attraverso l’articolazione degli *status* di diritto familiare resta «affidata al sistema»⁵⁵, ma ciò che muta è il presupposto – o, se si vuole, la causa di giustificazione – di tale opera di protezione, che si sposta dall’ambito dell’appartenenza necessaria (e dunque da premesse di tipo dogmatico e latamente autoritario) a un diverso equilibrio tra autodeterminazione dei singoli in ordine alla costruzione delle relazioni personali e familiari, solidarietà e responsabilità verso i soggetti vulnerabili.

In sintesi, lo *status* – per l’innanzi risultante da una qualificazione autoritativa, da parte dell’ordinamento, dei fatti rilevanti per la sua costituzione – ha progressivamente recuperato una fondamentale matrice relazionale, più coerente con le dinamiche di protezione dei diritti fondamentali in uno Stato costituzionale democratico e pluralista, temperando la rigidità di qualificazioni automatiche a favore della disponibilità dello *status* medesimo, derivante a sua volta dal riconoscimento di più complesse vicende e situazioni di vita e rispondente – nel caso di minori – al loro migliore interesse.

Una simile ricostruzione del concetto di *status* – che ripete dal quadro costituzionale di riferimento la sua intima coerenza con il principio del libero svolgimento della personalità – appare altresì coerente

48. Cass. civ., sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

49. Cfr. M. Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in questa *Rivista online*, 16 gennaio 2018, www.questionegiustizia.it/doc/bambino_e_le_sue_mamme_gattuso.pdf (ultimo accesso 22 giugno 2019), specie par. 3; G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in corso di pubblicazione su *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere* (www.geniusreview.eu), fasc. 1/2019.

50. Si tratta di Corte appello Napoli, 4 luglio 2018, n. 145 (Est. Casaburi), in *Articolo 29*, 5 luglio 2018, con commento di M. Gattuso, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita* (www.articolo29.it/2018/corte-appello-napoli-bambini-arcobaleno-figli-genitori-sin-dalla-nascita/; ultimo accesso 22 giugno 2019).

51. Sul punto, cfr. A. Sassi, *Azioni di stato*, in A. Sassi - A. Scaglione - S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, op. cit., pp. 351 ss.

52. Come ricorda A. Sassi, *Accertamento e titolarità*, op. cit., p. 45, ad oggi la situazione si è piuttosto ribaltata, e l’appartenenza non è più presupposto, ma conseguenza dell’accertamento dello *status*.

53. Così S. Stefanelli, *Caratteri e funzione dello status*, op. cit., p. 70.

54. Per questa distinzione, cfr. A. Corasaniti, voce *Stato delle persone*, op. cit.

55. Così ancora S. Stefanelli, *Caratteri e funzione dello status*, op. cit., p. 78.

con la funzione attribuita ai registri e agli atti dello stato civile, i quali documentano «non le situazioni giuridiche attinenti allo *status personae*, bensì alcuni fatti che l'ordinamento considera presupposti di effetti giuridici»⁵⁶; il che comporta, da un lato, la netta distinzione tra «situazione giuridica *status personae*» e «situazione giuridica scaturente dalla relazione dell'atto dello stato civile» e, d'altro canto, vale a escludere una posizione di assoluta subordinazione del comparente rispetto al potere dell'ufficiale di stato civile, limitando in altri termini la rilevanza pubblicistica delle funzioni anagrafiche alla mera funzionalità rispetto alla certezza e conoscibilità delle situazioni riferite alla persona⁵⁷, piuttosto che all'accertamento e/o alla costituzione di *status personali*⁵⁸. Pertanto, l'esatta delimitazione della natura e delle funzioni dei registri e degli atti dello stato civile rinvia a questioni propriamente costituzionali, in quanto attinenti agli equilibri stessi tra autorità e libertà, piuttosto che meramente amministrative.

Le implicazioni di una simile lettura sono rese evidenti, ad esempio e per contrasto, dalla recente rimessione alla Corte costituzionale, da parte del Tribunale di Pisa, della questione di costituzionalità della norma risultante dal combinato operare degli artt. 449 cc, 29, comma 2, DPR n. 396/2000 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile»), dell'art. 250 cc e degli artt. 5 e 8 l. n. 40/2004, nella parte in cui non consente all'ufficiale di stato civile di formare l'atto di nascita di un bambino, cittadino straniero, con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, qualora ciò sia corrispondente allo *status* a questo riconosciuto dalla sua legge nazionale, applicabile in base all'art. 33 l. n. 218/1995⁵⁹. Secondo il remittente, in particolare, in ragione della natura pubblica della funzione disciplinata, le norme relative alla formazione degli atti di nascita – interpretate nel senso che impongano l'indicazione di due genitori di sesso diverso – debbono essere qualificate come norme di applicazione necessaria, idonee a escludere l'operatività dell'ordinario criterio di collegamento da cui discenderebbe, invece, l'applicazione della legge nazionale del figlio anche in sede di registrazione anagrafica. In questo tipo di operazione interpretativa, la concezione pan-publi-

cistica delle attività di formazione degli atti dello stato civile sembra presupporre una declinazione autoritativa delle relative attività amministrative, la quale – oltre a porsi in tensione con l'attinenza della materia alla tutela di diritti fondamentali dell'individuo – a sua volta riposa sul concetto dell'indisponibilità dello *status filiationis*, che abbiamo visto essere però sottoposto a tensioni profonde.

5. Libero svolgimento della personalità e modelli familiari: formazioni sociali e garanzie di istituto

Nel prisma dei complessi equilibri che caratterizzano il rapporto tra diritto e vita può essere letta, infine, la tensione tra dimensione individuale e dimensione istituzionale nei percorsi di interpretazione dell'art. 29 della Costituzione ai sensi del quale, come noto, «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

Simile tensione è connaturata, peraltro, alle diverse interpretazioni della funzione delle garanzie di istituto, come specifico strumento di protezione dei diritti fondamentali: in altri termini, quando una Costituzione sceglie di garantire e tutelare un diritto fondamentale (o un insieme di diritti fondamentali) attraverso il riconoscimento e la speciale protezione dell'istituto che di tali diritti rappresenta la condizione di esperienza, l'interprete si trova di fronte al compito di individuare e isolare i diversi obiettivi che tale strumento mira a garantire. Attraverso la garanzia di istituto la Costituzione intende proteggere uno spazio di esperienza – un complesso di relazioni e assetti sociali rilevanti per il diritto – rispetto a indebite ingerenze del legislatore: tale finalità presenta, peraltro, una doppia dimensione, potendosi interpretare in senso garantistico (come presidio di sfere di libertà in chiave antiautoritaria) o in senso conservativo (nell'ottica, cioè, della difesa di assetti sociali ricevuti dalla tradizione rispetto a interventi di tipo trasformativo). Allo stesso tempo, se riguardata in ottica antiautoritaria, la garanzia di istituto appare preordinata, per un verso, alla garanzia del princi-

56. L. Iannelli, *Stato della persona*, op. cit., pp. 146-147.

57. Nonché alla loro opponibilità a terzi, cfr. sul punto *ibid.*, pp. 154 ss.

58. In conseguenza, prosegue Iannelli, *ibid.*, alla redazione degli atti di stato civile può essere assegnata «da soli o unitamente ad altri elementi di fatto, efficacia costitutiva di particolari aspetti dello “stato civile” della persona, situazione giuridica autonoma e diversa da quella conosciuta come *status personae*» (p. 168).

59. Per un commento, vds. A. Schillaci, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in *Articolo 29*, 28 maggio 2018, www.articolo29.it/2018/lomogenitorialita-a-palazzo-della-consulta-osservazioni-a-prima-lettura-dellordinanza-del-tribunale-di-pisa-del-15-marzo-2018/ (ultimo accesso 23 giugno 2019).

pio pluralista e non può prescindere, per altro verso, dall'articolazione di una relazione dinamica tra considerazione delle concrete vicende di libertà ed esperienza che all'istituto danno vita e corpo e possibilità di un intervento conformativo del diritto in chiave di promozione della personalità *attraverso* l'istituto e la sua evoluzione⁶⁰. In altri termini, proprio perché legata all'affermazione del principio pluralistico, la garanzia di istituto resta preordinata alla garanzia della posizione del singolo e del libero svolgimento della sua personalità nelle formazioni sociali, ivi compresa la protezione della posizione individuale rispetto a eventuali abusi da parte del gruppo o della sua componente maggioritaria⁶¹.

Simile lettura delle garanzie di istituto si lega molto strettamente al nesso tra dimensioni della dignità e svolgimento della personalità nelle formazioni sociali. In particolare, a un concetto di dignità che sembra insistere su una tutela della persona fermandone il valore «in termini statici», il riferimento al libero svolgimento della personalità nelle formazioni familiari «suggerisce l'idea di infinite potenzialità di svolgimento, che il sistema non dovrebbe sacrificare, impedire o conculcare»⁶².

Da simile impostazione discende, peraltro, immediatamente la necessità di conciliare la salvaguardia del principio pluralista con la tutela dei diritti del singolo di fronte al gruppo, come espressione di una esigenza per così dire interna e connaturata allo stesso principio pluralista. Infatti, la dimensione dinamica della dignità – racchiusa nell'equilibrio tra dignità e libertà⁶³ e dunque nel rapporto tra dignità e libero svolgimento della personalità – appare strettamente funzionale alla garanzia del principio pluralista, nella misura in cui ne valorizza l'ancoraggio stesso al fine

costituzionale di garanzia della pari dignità sociale delle diverse esperienze di vita e delle diverse rappresentazioni della vita e della dignità stessa cui dà luogo l'autodeterminazione di ciascuna e ciascuno, ma anche al compito della Repubblica, enunciato nell'art. 3, comma 2, di rimozione degli ostacoli al libero sviluppo della persona.

Per questa via, l'ancoraggio del principio pluralista alla dignità – per il tramite del libero svolgimento della persona e, dunque, dell'equilibrio tra dignità e libertà – rivela un significativo legame con la promozione dell'eguaglianza, non a caso declinata in Costituzione nei termini di pari dignità sociale. Se, come è stato autorevolmente insegnato, il significato della definizione costituzionale di eguaglianza in termini di pari dignità sociale risiede nel superamento di una declinazione esclusivamente formale dell'eguaglianza medesima, a favore di un suo più deciso ancoraggio alle concrete vicende della soggettività⁶⁴, il libero svolgimento della persona assume una posizione centrale e decisiva, sia nella sua dimensione individuale sia nella sua dimensione sociale, e dunque sia nel suo rapporto con il principio di dignità che con il principio pluralista.

Il complesso intreccio tra gli articoli 2 e 3 della Costituzione delinea, pertanto, una immagine del soggetto, il riconoscimento della cui dignità non è preordinata (solo) alla protezione di un'essenza statica, bensì alla promozione delle condizioni per la costruzione e la conservazione di relazioni e comunità intermedie che restino, però, saldamente funzionali al libero sviluppo della personalità⁶⁵. Termine medio e strumento di garanzia di tale funzionalizzazione è, con ogni evidenza, il diritto, il cui rapporto con la vita non è declinato soltanto in termini oppositivi ma

60. Sicché, ad esempio, come è stato suggestivamente affermato proprio in relazione alla famiglia e al matrimonio, «non è il diritto che riconosce il matrimonio, si potrebbe dire, sono piuttosto le persone che, grazie al diritto d'amore, riconoscono il diritto. Un processo di riconoscimento più profondo di qualsiasi formalismo» (S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 122). Per ulteriori approfondimenti sulle garanzie di istituto, oltre a P. Ridola, *Garanzie costituzionali*, op. cit., cfr. A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in Gruppo di Pisa, 10 giugno 2016, www.gruppodipisa.it/8-rivista/38-alessandra-di-martino-la-doppia-dimensione-dei-diritti-fondamentali (ultimo accesso 22 giugno 2019).

61. Sul punto, cfr. P. Rescigno, *Persone e gruppi sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 44-45, nonché *Id.*, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Id.*, *Persona e comunità*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 231 ss., dove, a p. 260, si legge: «la tutela del singolo nelle comunità è (...) un discorso imposto già dalla formula costituzionale, ove si rifletta non solo sulla materia della garanzia, materia costituita dai diritti inviolabili della persona, ma altresì sulla finalità del riconoscimento. Il fine è lo svolgimento della persona; e dunque l'esplicazione della personalità si presenta, ad un tempo, come la ragione ed il limite della garanzia apprestata ai gruppi».

62. Così P. Rescigno, *L'individuo e la comunità familiare*, op. cit., p. 232.

63. Sul punto, vds. per tutti P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in *Id.*, *Il principio libertà*, op. cit., pp. 236 ss.

64. Il riferimento va a G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1087 ss. Per ulteriori considerazioni sul punto, si consenta il rinvio ad A. Schillaci, *Pensiero delle donne ed esperienza giuridica*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019 (in corso di pubblicazione).

65. Sul punto, cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 194.

anche, e soprattutto, in termini di garanzia positiva di sfere di libertà e autodeterminazione. Un pluralismo, insomma, non impostato in termini massicci o latamente corporativi, ma sensibile alle molteplici porosità della dimensione sociale e comunitaria, al suo alimentarsi di relazioni che, a loro volta, inverano il principio di dignità come autodeterminazione e libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali; sensibile, in altri termini, al complesso intreccio tra autonomia individuale e autonomie collettive, alle tensioni e ai conflitti che tale intreccio apre e sui quali il diritto è chiamato a intervenire ogni qual volta ne risulti pregiudicato il nesso funzionale tra garanzia del pluralismo e garanzia della dignità individuale, o ancora ne venga pregiudicata la pari dignità sociale di tutte e tutti.

In questa prospettiva, pertanto, la garanzia di istituto può essere letta e interpretata privilegiando la dimensione istituzionale – muovendo, cioè, da un approccio di tipo dogmatico all’istituto per arrivare, solo in un secondo momento, alla posizione dei singoli e alle specifiche istanze di riconoscimento di cui sono portatori – oppure facendo il percorso contrario, mettendo in luce – in prospettiva critica – la strumentalità delle posizioni dogmatiche rispetto a precomprensioni di carattere ideologico e la loro radicale incoerenza rispetto al nesso funzionale tra art. 29 e art. 2, vale a dire la strumentalità della garanzia dell’istituto familiare rispetto alla liberazione e alla promozione della persona in condizioni di pari dignità⁶⁶.

6. Segue: per una rilettura dell’art. 29 della Costituzione

Con specifico riguardo all’art. 29, peraltro, si deve ricordare che la posizione di privilegio riconosciuta alla famiglia attraverso la garanzia di istituto non va disgiunta da «una prospettiva di evoluzione della società»⁶⁷ nella misura in cui la garanzia dell’istituto fa-

miliare si iscrive «nel quadro più generale di un progetto di riforma delle strutture della società civile»⁶⁸. Di conseguenza, è agli artt. 2 e 3 che deve guardarsi al momento di individuare la portata storico-sistemica dell’art. 29: il modello costituzionale di famiglia, in altri termini, appare strettamente legato agli obiettivi di promozione della personalità e trasformazione della società accolti dalla Costituzione, e ad essi la sua interpretazione e le sue concrete vicende restano necessariamente ancorate⁶⁹. In definitiva, è proprio l’ancoraggio all’art. 2 a rendere il diritto delle relazioni familiari sensibile alla «direzione dei processi di trasformazione della società italiana che sono necessari per assicurare consistenza reale al modello di famiglia in astratto prefigurato dall’art. 2»⁷⁰.

In tale ottica può essere riguardata, ad esempio, la stessa espressione «società naturale», utilizzata dal Costituente per descrivere la formazione sociale protetta dall’art. 29. Anche in questo caso, laddove una prospettiva di tipo dogmatico tenderebbe a cristallizzare nell’espressione assetti pregiudiziali o addirittura premesse di tipo giusnaturalistico, l’ancoraggio dell’interpretazione dell’art. 29 agli artt. 2 e 3 consente di riconoscere nella formula, tutto al contrario, un dispositivo politico-costituzionale di garanzia delle formazioni familiari, in chiave antiautoritaria. Come suggestivamente affermato, in altri termini, con l’espressione società naturale «non si voleva evocare una essenza, si affrontava un problema politico»⁷¹.

Di tale impostazione resta chiarissima traccia nei lavori della Prima sottocommissione dell’Assemblea costituente: fu, in particolare, Aldo Moro a escludere ogni implicazione di tipo giusnaturalistico, quando sostenne – nella seduta del 30 ottobre 1946 – che il futuro art. 29 perseguiva l’obiettivo di «riconoscere costituzionalmente che lo Stato ha dinanzi a sé delle realtà autonome da cui esso stesso prende le mosse, sia pure a sua volta influenzandole»⁷². E ancor più esplicitamente, proprio a proposito della formula «società naturale», nella successiva seduta del 6 no-

66. Sul punto, *cf.* diffusamente M. Bessone, *Art. 29*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli–Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, pp. 1 ss., specie pp. 13 ss.

67. *Ibid.*, p. 1.

68. *Ibid.*, p. 3.

69. Si configura, pertanto, un legame strettissimo con gli artt. 2 e 3: in particolare, «il nuovo modello di società prefigurato dall’art. 3, 2° comma, nel disegno costituzionale si completa con un progetto di contestuale evoluzione verso un nuovo modello di famiglia, ordinato sul principio di libertà di espressione e di tutela dei valori della persona» (*ibid.*, p. 4) e, di conseguenza, «l’art. 2 è (...) l’autentica norma di principio dell’intero ordinamento giuridico della famiglia» perché «indica le garanzie di tutela dei diritti inviolabili come elementi costitutivi dell’ordinamento della famiglia, e condizione necessaria alla sua funzione *istituzionale* di sviluppo ed espressione della personalità dei singoli» (*ibid.*, p. 7).

70. *Ibid.*, p. 8.

71. S. Rodotà, *Diritto d’amore*, *op. cit.*, p. 117.

72. Ass. Cost., I sottocomm., seduta del 30 ottobre 1946 (p. 335 del resoconto).

vembre Moro chiarì che «essa corrisponde ad un'evidente preoccupazione di ordine politico (...) che riguarda la lotta contro il totalitarismo di Stato, il quale intacca innanzi tutto la famiglia, per potere, attraverso questa via, più facilmente intaccare la libertà della persona»⁷³.

Una simile affermazione, unita a quella assai nota e relativa alla non esclusiva rilevanza del vincolo sacramentale per la configurabilità dell'istituto familiare quale garantito dalla Costituzione⁷⁴, vale a chiarire che, nella prospettiva dei lavori dell'Assemblea costituente, l'unica possibile funzionalizzazione della garanzia di istituto della famiglia è quella alla tutela della personalità.

In altre parole, la premessa antiautoritaria sottesa a tale formula non va letta (soltanto e riduttivamente) in un'ottica difensiva rispetto alle ingerenze dello Stato nella originaria conformazione della comunità familiare: al contrario, e in linea con il progetto di liberazione ed emancipazione della persona inaugurato dalla Costituzione repubblicana, la premessa antiautoritaria si svolge attraverso l'articolazione di una relazione dinamica tra diritto e vita familiare, laddove l'intervento positivo del diritto nella sfera delle relazioni familiari resta funzionale al perseguimento delle finalità di ordine costituzionale cui la stessa garanzia dell'istituto familiare è preordinata, e dunque – in definitiva – la piena effettività degli articoli 2 e 3 della Costituzione⁷⁵.

Nella medesima prospettiva del rapporto tra art. 29 e artt. 2 e 3 può essere rapidamente evocata la problematica questione dell'estensione dell'accesso all'istituto matrimoniale per le coppie formate da persone dello stesso sesso, vero e proprio snodo paradigmatico nell'evoluzione dei percorsi di interpretazione dell'art. 29. Le interpretazioni della garanzia costituzionale dell'istituto familiare in chiave evolutiva si sono, infatti, concentrate prevalentemente sulla sua applicazione esclusiva o meno alle sole famiglie fondate sul matrimonio, interrogandosi cioè sui limiti esterni della garanzia costituzionale⁷⁶, piuttosto che

su quelli interni: in altri termini, ci si è chiesti se godessero di un qualche forma di protezione costituzionale le famiglie cd. di fatto o non matrimoniali e non anche, fino a tempi molto recenti, se al matrimonio potessero accedere anche coppie omosessuali.

L'attenzione alla storicità del matrimonio⁷⁷, d'altro canto, si è concentrata su aspetti interni alla disciplina dell'istituto – paradigmaticamente, la critica della sua indissolubilità e soprattutto, la condizione di donne e minori all'interno della comunità familiare – e solo di rado sui suoi confini, e dunque ad esempio sul suo carattere necessariamente eterosessuale. Ciò è stato dovuto in prevalenza a ragioni di carattere storico: si pensi, in particolare, alla progressiva stratificazione tra domanda di riconoscimento della libertà sessuale – tradottasi sul piano giuridico in rivendicazioni legate alla sfera del diritto alla vita privata e all'intimità – e progressiva presa di coscienza della specifica dignità delle relazioni omosessuali, sia sul piano dell'inveramento di una dimensione di autodeterminazione affettiva sia sul piano della loro proiezione di carattere familiare.

Di tale resistenza è rimasta traccia fin nella nota sentenza n. 138/2010, con la quale la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di estendere – in via interpretativa – l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, ha ritenuto tale operazione preclusa in ragione del dato testuale, interpretato in chiave originalistica. Come è stato suggestivamente affermato, tuttavia, «costruendo un mondo chiuso attorno all'art. 29, i giudici costituzionali si sono chiusi essi stessi al mondo dove la persona deve essere considerata con il massimo rispetto e dove le parole giuridiche devono pur avere un significato»⁷⁸.

Sul punto, va ribadito che la strada per il superamento della discriminazione matrimoniale, più che fondarsi su un esclusivo riferimento all'art. 3 (e dunque al divieto di discriminazione in ragione delle condizioni personali, eventualmente interpretando tale ultima clausola, se necessario, anche alla luce del dato sovranazionale), non può prescindere da una lettura

73. *Ibid.*, p. 347.

74. E cioè: «il concetto del vincolo sacramentale (...) non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale», *ibid.*, pp. 339-340.

75. Come osserva P. Rescigno, *L'individuo e la comunità familiare*, op. cit., p. 341: «nell'ambito della famiglia (...) il nodo centrale è la rivendicazione di diritti, libertà, interessi individuali» che subito si lega alla protezione dei soggetti deboli, all'interno (e che deve rimanere composta in equilibrio con la tutela della formazione sociale verso l'interno e verso l'esterno).

76. Se essa si estendesse, cioè, al di fuori della «cornice matrimoniale»: *cf.*, ad esempio, F. Caggia e A. Zoppini, *Art. 29*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2006, p. 609.

77. Essa deriva dalla stessa storicità della «società naturale» e, dunque, della garanzia di istituto; *cf.* *ibid.*, p. 608: «se dalla formula «società naturale» appare più corretto ricavare una definizione di famiglia caratterizzata da relatività e storicità, aperta alle dinamiche sociali, le stesse caratteristiche possono essere attribuite al matrimonio indicato dall'art. 29 come atto fondativo del gruppo familiare».

78. S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 108.

dell'art. 29 sensibile al combinato operare degli artt. 2 e 3, che consenta una soggettivizzazione del giudizio di eguaglianza, vale a dire il suo ancoraggio alla libertà di autodeterminarsi nella sfera affettiva e familiare. Detta soggettivizzazione risulta, per un verso, dallo stesso riferimento al divieto di discriminazione in ragione delle condizioni personali; per altro verso, essa pare imposta alla luce dello stretto nesso intercorrente tra la definizione di eguaglianza in termini di pari dignità sociale, da un lato, e il combinato operare del secondo comma dell'art. 3 e dell'art. 2, che trovano un punto di incontro nel comune riferimento al libero svolgersi e svilupparsi della persona. Solo attraverso una soggettivizzazione esigente del giudizio di eguaglianza – il suo deciso ancoraggio al principio dignità e al suo esplicarsi in formazioni sociali, nella concretezza di relazioni e differenze – si sarebbe potuta articolare una interpretazione dell'art. 29 Cost. davvero sensibile al suo nesso con l'art. 2, piuttosto che a una pretesa fissità storico-culturale dell'istituto matrimoniale⁷⁹.

Si tratta, in altri termini, di perseguire un duplice movimento, ispirato in entrambe le sue dimensioni al nesso funzionale tra art. 29 e artt. 2 e 3: per un verso, la tendenza a ricomprendere nella garanzia dell'istituto familiare forme di espressione dell'autodeterminazione relazionale e affettiva che non ambiscono al massimo riconoscimento pubblico dato dall'istituto matrimoniale; per altro verso, quella ad allargare le maglie dell'istituto matrimoniale stesso, sia per irrobustire la protezione del libero svolgimento della personalità dei singoli attraverso di esso, sia per rendere sempre più coerente tale istituto con la pari dignità sociale di tutte e tutti, prefigurata dall'art. 3 Costituzione come compito e fondamentale obiettivo della Repubblica.

D'altro canto, la flessione delle garanzie istituzionali e dello stesso principio pluralista verso il libero svolgimento della personalità fa sì che non possano opporsi – a nuove proiezioni sociali dell'autodeterminazione individuale – limiti diversi da quelli derivanti dai doveri di solidarietà, e in particolare fa sì che non possa opporsi al riconoscimento giuridico di tali nuove e diverse esperienze (comunitarie) di libertà il

limite derivante dalla tipicità delle formazioni sociali esistenti (magari perché così ricevute dalla tradizione) o da una pretesa di esclusività delle stesse o, ancora, da una loro resistenza alle mutazioni storiche che possono esser loro impresse dalle dinamiche di autodeterminazione e libero sviluppo della personalità. Con il significativo corollario che, ad esempio, la restrizione all'accesso a un determinato istituto – paradigmaticamente, l'accesso al matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso – potrà essere perseguita unicamente se la restrizione medesima appaia ragionevolmente giustificata, vale a dire se vi siano elementi sufficienti per trattare la differenza in termini diseguali. Di nuovo, lo stretto legame tra principio pluralista e libero svolgimento della personalità nelle formazioni sociali rivela un nesso altrettanto intenso con le dinamiche dell'eguaglianza e, in modo del tutto particolare, con l'eguaglianza intesa come pari dignità delle differenze, e cioè come riconoscimento di eguale capacità di dar vita a esperienze di relazione a partire dalla propria autodeterminazione, anche in ambito affettivo.

L'esperienza delle relazioni resiste e si contrappone ad astratte ricostruzioni dogmatiche, in quanto solidamente ancorata agli articoli 2 e 3 della Costituzione: allo stesso tempo, essa invita il diritto a riconoscerla, incontrando la vita nella pluralità delle sue manifestazioni, che a loro volta sono espressione dell'autodeterminazione solidale del singolo nelle formazioni sociali⁸⁰.

In conclusione, solo un'evoluzione del diritto delle relazioni familiari che sia pienamente coerente con le richiamate linee di tendenza pare in grado di assicurare l'articolazione di una relazione tra diritto e vita che resti pienamente aderente alla molteplicità di esperienze che caratterizzano l'autodeterminazione in materia familiare. Dal momento che «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»⁸¹, soltanto modelli disciplinari ragionevolmente aderenti alla vita e alle sue diverse manifestazioni paiono idonei ad assicurare, in ultima analisi, la piena effettività degli obiettivi costituzionali cui la protezione della famiglia è preordinata.

79. Si consenta il rinvio, anche per ulteriori approfondimenti di dottrina, ad A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in *Id.* (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, Carocci, Roma, 2014, pp. 195 ss.

80. *Cfr.* ancora M. Bessone, *Art. 29, op. cit.*, p. 64: «Il disegno costituzionale delinea una normativa che privilegia la famiglia, come “luogo degli affetti” e di espressione della personalità dei singoli (...) ormai soltanto queste funzioni le assicurano una legittimazione sociale».

81. Corte cost., n. 494/2002, considerato in diritto, par. 6.1.

Il legame tra adulti, la trappola della parità e il riconoscimento delle differenze

di Cecilia D'Elia

Sia pure nell'onda lunga delle trasformazioni avviate negli anni sessanta e settanta, che hanno esteso i diritti dei singoli e la loro tutela dentro le relazioni familiari, oggi si assiste a un reale contrattacco a quelle conquiste: nelle proposte di riforma dell'affido condiviso come nel dibattito sull'assegno divorzile, tale offensiva culturale mostra gli effetti paradossali che può avere il richiamo alla "parità", se declinata astrattamente. Al contrario, al diritto è richiesto di intervenire, a garanzia delle differenze, in opposizione alle disuguaglianze.

1. Solo ieri / 2. Il contrattacco / 3. Un mutamento antropologico / 4. Paradossi e rischi della parità / 5. Vedere le differenze

1. Solo ieri

Sono passati solo tre anni dall'approvazione in Italia della legge sulle unioni civili¹, che ha sancito il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso in quanto "specifica formazione sociale". In un Paese come il nostro, nel quale su temi come la famiglia e le scelte procreative spesso sono state sentenze della Corte costituzionale ad aprire la strada a nuove formulazioni legislative, proprio una sentenza della Corte del 2010 indicava nell'art. 2 della Costituzione la possibilità di riconoscere diritti alle persone dello stesso sesso il regime di convivenza e di relazione affettiva, negando però l'accesso a matrimonio². Non proprio una famiglia dunque – per via di quella che Stefano Rodotà ha definito «una lettura chiusa» dell'art. 29 della Costituzione³ – ma, grazie a quel richiamo all'art. 2, una formazione sociale dove

si svolge la personalità degli uomini e delle donne. In questo modo, hanno trovato riconoscimento giuridico convivenze e legami in essere da molto tempo o progetti di vita che non avevano mai visto tutelati i diritti delle persone coinvolte. Del resto, il testo riconosce diritti e obblighi reciproci simili a quelli del matrimonio civile, tranne quello di fedeltà, simbolicamente caduto durante la discussione parlamentare, quasi a rinforzo di un pregiudizio diffuso sulla promiscuità delle coppie omosessuali. Siamo ancora lontani dal matrimonio paritario, ma è indubbio che si sia scritta una pagina di espansione della tavola dei diritti e arricchimento delle forme di convivenza riconosciute. Sicuramente per quel che riguarda le relazioni tra adulti, i rapporti orizzontali; più problematica la questione di quelli verticali, dei rapporti di genitorialità, non essendo stata approvata la "stepchild adoption" prevista nella proposta di riforma, ma venuta

1. Legge n. 76/2016.

2. Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138.

3. Stefano Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 103. Si veda anche Angelo Schillaci, *Costruire il futuro, omosessualità e matrimonio*, in *Id.* (a cura di) *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014, pp. 195-202.

a cadere durante il dibattito parlamentare⁴. La scorsa legislatura, nell'ambito del diritto familiare, sarà comunque ricordata per l'approvazione del divorzio breve e della legge che regola le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

2. Il contrattacco

Qui preme sottolineare quanto appaia oggi lontana quella stagione. Eppure, era appena ieri. A soli tre anni di distanza, registriamo una torsione del dibattito politico sulle famiglie, tutto incentrato a ristabilire "ordini naturali", teso ad affermare il riconoscimento della bigenitorialità perfetta, l'assoluta parità tra coniugi e genitori. Tale sembra essere la preoccupazione del legislatore. Per quel che riguarda la bigenitorialità, siamo di fronte a un punto programmatico del "contratto di governo" stipulato tra i due partiti di maggioranza, il Movimento 5 stelle e la Lega. In questo documento, sul diritto di famiglia si sostiene che «nell'ambito di una rivisitazione dell'istituto dell'affidamento condiviso dei figli, l'interesse materiale e morale del figlio minore non può essere perseguito se non si realizza un autentico equilibrio tra entrambe le figure genitoriali, nel rapporto con la prole. Pertanto sarà necessario assicurare la permanenza del figlio con tempi paritari tra i genitori, rivalutando anche il mantenimento in forma diretta senza alcun automatismo circa la corresponsione di un assegno di sostentamento e valutando l'introduzione di norme volte al contrasto del grave fenomeno dell'alienazione parentale»⁵. Tale impegno ha preso corpo nel disegno di legge (Atto Senato n. 735) «Norme in materia di

affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità», primo firmatario il senatore leghista Simone Pillon, ma non è l'unico progetto di legge che interviene sulla materia⁶. I punti qualificanti delle proposte legislative si riassumono nell'introduzione delle procedure di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) nel diritto di famiglia e in quello che viene proposto come un completamento del percorso di riforma avviato con la legge n. 54 del 2006, in materia di affido condiviso, attraverso la previsione di misure per il rafforzamento del principio della bigenitorialità (previsione di tempi paritetici, mantenimento diretto della prole, doppio domicilio) e per il contrasto del fenomeno dell'alienazione genitoriale. L'intento dichiarato è quello di muoversi «verso una progressiva de-giurisdizionalizzazione, rimettendo al centro la famiglia e i genitori e, soprattutto, restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori»⁷. Il risultato è un disegno di legge paternalista, che disciplina le vite dei soggetti coinvolti e li tratta come incompetenti e irresponsabili. Sullo sfondo c'è il ritorno all'indissolubilità del matrimonio, sicuramente la fine della separazione consensuale, rendendo difficilissimo e costoso il percorso della separazione. È un disegno che non dà voce ai soggetti coinvolti: madri, padri, figli. Non c'è ascolto del minore, di cui tanto si evoca il diritto alla bigenitorialità, ma che in realtà viene trattato come una proprietà in condivisione. Nessuna attenzione è rivolta alla peculiarità delle diverse situazioni. La mediazione familiare viene imposta, introducendo

4. Dal testo approvato è stato appunto cancellato l'originario art. 5 (con cui si estendeva anche ai genitori dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio del *partner*, la cd. "*stepchild adoption*"), su cui si erano concentrate opposizioni da più fronti. Il dibattito sulle unioni civili e sulla genitorialità omosessuale, infatti, si è intrecciato con quello sulla gestazione per altri. Più forte della preoccupazione per i diritti dei minori è stata la paura che la *stepchild adoption* aprisse, anche nel nostro Paese, alla gestazione per altri (GPA), peraltro espressamente vietata dalla legge sulla riproduzione assistita. Purtroppo questo tema ha finito per viziare la discussione sull'adozione da parte del *partner* e lo sguardo si è spostato dai minorenni ai genitori e alle loro scelte. Si è, così, negata ai bambini che già crescono all'interno di famiglie omogenitoriali la possibilità di veder riconosciute le relazioni di cura che sostengono la loro vita quotidiana e la loro crescita, con tutti i rischi che questo comporta nel caso di morte prematura del genitore biologico.

La mancata approvazione della *stepchild adoption* ha di fatto messo la magistratura di fronte al difficile compito di dover decidere, caso per caso, se e come riconoscere dignità ai legami del minore con gli adulti di riferimento, senza pregiudizio per il loro orientamento sessuale, guardando piuttosto al supremo interesse del minore. Ci muoviamo inoltre su un terreno nel quale, più volte nel nostro Paese, sentenze della Consulta o decisioni della giurisprudenza di merito, dovendo rispondere a domande generate dall'incalzare della vita delle persone, hanno anticipato scelte del legislatore. Ed è questo che, a partire dalla pronuncia della Suprema corte del 24 maggio 2016, n. 12962, le corti di merito sono già state più volte chiamate a fare per i casi di bambini nati da *surrogacy* praticata all'estero da coppie di uomini, o bambini nati da PMA cosiddetta eterologa (anche questa praticata all'estero, essendo nel nostro Paese la procreazione medicalmente assistita consentita solo alle coppie eterosessuali) da coppie di donne – si veda M. Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in questa *Rivista online*, 16 gennaio 2018, www.questionegiustizia.it/doc/bambino_e_le_sue_mamme_gattuso.pdf.

5. *Contratto per il governo del cambiamento*, p. 24.

6. Si veda anche Atto Senato n. 45, di iniziativa dei senatori De Poli e altri, e Atto Senato n. 768, l'ultimo a essere stato assegnato alla Commissione giustizia, di iniziativa dei senatori Gallone, Modena e altri.

7. Ddl n. 735, p. 2

l'obbligo di affidarsi a figure private, le cui spese sono divise a metà. Anziché tutelare i membri "deboli" della famiglia, il disegno di legge fotografa e consolida le disparità, è così ossessionato dalla bigenitorialità che prevede la mediazione anche nei casi in cui la separazione è causata dalla violenza del coniuge, in aperta violazione della Convenzione di Istanbul⁸. In nome del contrasto alla discutibile "alienazione parentale", della cui esistenza si dibatte⁹, si estende il sospetto su ogni denuncia di violenza contro un marito e si obbligano di fatto i figli a mantenere la relazione con il padre, anche quando il rifiuto di vederlo deriva dall'aver assistito alla sua violenza sulla madre.

È un vero e proprio *backlash*, per usare il felice titolo del libro della giornalista americana Susan Faludi, che nel 1992 analizzava la reazione conservatrice all'affermazione delle nuove libertà e degli spazi di autodeterminazione ottenuti nei decenni '60 e '70 del secolo scorso, soprattutto grazie al movimento delle donne¹⁰. Il contrattacco, oggi, utilizza consapevolmente il linguaggio dei presunti avversari. «Tutta la grammatica dei diritti viene impiegata in nuovi contesti per mettere in discussione norme non condivise. L'aborto diventa la prima causa di femminicidio. L'educazione di genere nelle scuole è stigmatizzata come

violenza. Le politiche antidiscriminatorie vengono osteggiate negando, per esempio a chi è oggetto di aggressioni e attacchi di stampo omofobico, lo *status* di vittime. Al contrario, i fautori dell'ordine naturale si presentano come vittime della rivoluzione sessuale e culturale egemone nelle nostre società secolarizzate. Lamentano la presunta discriminazione dei cristiani in Europa. Scelte consapevoli sono trasformate in costrizioni culturali, sociali o politiche»¹¹. I padri, o semplicemente i mariti, diventano le vittime impoverite delle cause di separazione, le donne, madri o anche solo mogli senza figli, le aguzzine che sottraggono i figli agli uomini o usano il matrimonio per "sistemarsi". Questo revanchismo paterno ispira le riforme dell'affido condiviso, peraltro oggi scelto nell'80 per cento dei casi di separazione¹².

«È un'offensiva culturale che si avvale del linguaggio della parità e dei diritti, dei padri e dei figli, e che costruisce le madri (le donne in generale) come onnipotenti prevaricatrici, in uno scenario antagonista in cui i vari membri della famiglia si confrontano come soggetti privi di relazioni»¹³.

È una strategia che, consapevolmente, gli estremisti religiosi e le organizzazioni contro i diritti delle donne e anti-LGBTI da tempo portano avanti¹⁴. Lo

8. La *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, ovvero la cd. "Convenzione di Istanbul", aperta alla firma l'11 maggio del 2011, ratificata dall'Italia con la legge n. 77/2013 e in vigore dal 1° agosto 2014, vieta sia l'affido condiviso sia la mediazione nei casi di violenza domestica e fissa una serie di linee guida (si vedano, in particolare, gli artt. 31 e 48).

9. La "sindrome da alienazione genitoriale" o "sindrome da alienazione parentale" (PAS, dalla formula inglese "*Parental Alienation Syndrome*") è un concetto che fu introdotto, per la prima volta, negli anni ottanta dallo psichiatra statunitense Richard Gardner, e descritto come una dinamica psicologica disfunzionale che si attiva nei figli minori coinvolti nelle separazioni conflittuali dei genitori. Secondo Gardner, questa sindrome sarebbe il risultato di una presunta "programmazione" dei figli da parte di uno dei due genitori (definito "genitore alienante"), che porta i figli a dimostrare astio e rifiuto verso l'altro genitore (definito "genitore alienato"). Essa è molto contestata nel mondo scientifico-accademico poiché priva di solide dimostrazioni. Per lo stesso motivo, non è nominata nel «Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali» (noto anche come "DSM-5"), che è la principale fonte per i disturbi psichiatrici ufficialmente riconosciuti in tutto il mondo, e non è considerata nemmeno dall'APA (*American Psychological Association*).

10. Susan Faludi, *Contrattacco. La guerra non dichiarata contro le donne*, Baldini & Castoldi, Milano, 1992.

11. Cecilia D'Elia e Giorgia Serughetti, *Verona non è il Medioevo, è un modernissimo contrattacco*, in *Femministerie*, 29 marzo 2019, <https://femministerie.wordpress.com/2019/03/29/verona-non-e-il-medioevo-e-un-modernissimo-contrattacco/#more-2502>.

12. Nel 2015 le separazioni con figli in affido condiviso sono circa l'89 per cento di tutte le separazioni con affido. Soltanto l'8,9 per cento dei figli è affidato esclusivamente alla madre (fonte: Istat, *Matrimoni, separazione e divorzi*, 14 novembre 2016, www.istat.it/it/archivio/matrimoni+separazioni+e+divorzi).

13. Tamar Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004, p.147.

14. Su questi movimenti e la loro rete europea, si veda il dossier redatto dall'*European Parliamentary Forum* (EPF), rete di parlamentari di tutta Europa impegnati a tutelare la salute sessuale e riproduttiva delle persone, *Ripristinare l'ordine naturale: la visione degli estremisti religiosi per mobilitare le società europee contro i diritti umani sulla sessualità e la riproduzione*, tradotto in italiano dal Comitato di Torino «Se Non Ora Quando?» (C. Ballesio e E. Guglielmotti, 6 maggio 2018, www.senonoraquando-torino.it/2018/05/06/ripristinare-lordine-naturale-la-visione-degli-estremisti-religiosi-per-mobilitare-le-societa-europee-contro-i-diritti-umani-sulla-sessualita-e-la-riproduzione). Le pagine mostrano bene obiettivi e strategie del gruppo denominato «Agenda Europa»: una rete che oggi coordina oltre 100 organizzazioni contro i diritti umani, contro i diritti delle donne e anti-LGBTI, provenienti da oltre 30 Paesi europei, e che ambisce a mettere in discussione diritti riconosciuti in ambiti come la sessualità, la riproduzione, la famiglia. Di mira sono presi, ad esempio: il diritto al divorzio; l'accesso alla contraccezione, alle tecnologie di riproduzione assistita o all'aborto; l'uguaglianza per le persone lesbiche, *gay*, bisessuali, transessuali o intersessuali (LGBTI) o il diritto di cambiare genere o sesso senza temere ripercussioni legali. Tra i loro obiettivi, troviamo la volontà di impedire la ratifica della Convenzione di Istanbul sulla violenza di genere e di

abbiamo visto in Italia, a Verona, in occasione del *World Congress of Families* tenutosi a fine aprile 2019. Una vera e propria internazionale dell'integralismo e dell'omofobia, che oggi trova sponda politica nelle destre illiberali.

C'è, nella proposta politica di questi movimenti, un'idea autoritaria di *welfare* familiare, che promette un ampio sostegno per la natalità, selezionando come base di distribuzione non le donne, ma la famiglia "naturale" («sola unità stabile e fondamentale della società», come recita la presentazione del Congresso), e distinguendo tra chi è degno e chi no di accedere a tale sostegno. In questo modo, è espunto dalla nozione di famiglia ciò che non è "naturale": famiglie monoparentali, omogenitoriali, divorziate, allargate.

Viene offerta sicurezza in cambio di una libertà che, in mancanza di protezione sociale, rende oggi le vite fragili e precarie. Proprio come nella distopia di Margaret Atwood, *Il racconto dell'ancella*¹⁵, che non caso è diventato il racconto *cult* delle femministe di oggi nel mondo. Nella Repubblica di Galaad, immaginata dall'autrice del libro (pubblicato in originale nel 1985, ma diventato una *fiction* di successo in questi anni), l'aborto è punito con la morte e le poche donne fertili, appunto le "ancelle", sono al servizio dei "comandanti" e delle loro mogli, per consentire loro di avere figli. Simbolo dell'ideologia del ritorno alla maternità, alla sicurezza del ruolo in cambio della perdita della libertà, ancelle hanno sfilato nella contromanifestazione a Verona, negli Usa, in Polonia e in ogni luogo dove in discussione è la libera scelta delle donne.

3. Un mutamento antropologico

L'estendersi dei diritti dei singoli e della loro tutela dentro le relazioni familiari è stato un processo di segno progressivo. Di fatto, siamo ancora nell'onda lunga delle trasformazioni avvenute a partire dagli anni sessanta e settanta, una trasformazione dell'istituzione famiglia, degli stili di vita, dei comportamenti

riproduttivi provocata dal mutamento antropologico iniziato nel secolo scorso, grazie alla rivoluzione femminista della seconda ondata¹⁶. Nonostante i processi di emancipazione e di modernizzazione, in quegli anni si viveva ancora in un mondo in cui stirpe e onore erano i beni tutelati, i corpi delle donne erano funzionali alla riproduzione, tutta la loro sessualità doveva esserlo e, se violati, l'offesa era all'onore. Nella sfera familiare vigeva il diritto patriarcale. Le donne avevano diritti in quanti cittadine/personone neutre. Quando il corpo eccedeva questa neutralizzazione, come nel caso della sessualità, della violenza, dell'aborto, non vi era cittadinanza femminile, anche perché tali aspetti dell'esistenza apparivano come appartenenti a una sfera altra, privata, prepolitica.

Il matrimonio era infatti un'istituzione gerarchicamente governata dal capofamiglia e i rapporti tra i coniugi erano regolati secondo categorie tipiche del diritto patrimoniale. Si pensi al rapporto con il corpo dell'altro, al debito coniugale. Vicende che non riguardano in egual modo entrambi i coniugi, ma obbediscono alla "naturale" asimmetria tra i generi. «Possesso e non amore, dunque, come regola giuridica di base. Proprietà e non appartenenza reciproca, come strumento per la legittimazione di un rapporto personale che, per questa ragione, si stenterebbe a definire amoroso»¹⁷.

La trasformazione non è stata indolore. Solo nel 1956 la Corte di cassazione ha deciso che al marito non spettava, nei confronti della moglie e dei figli, lo *jus corrigendi*, ossia il potere educativo e correttivo del *pater familias* che comprendeva anche la coazione fisica, «fino al Novecento inoltrato ancora invocato nelle aule dei tribunali»¹⁸.

Il processo di costituzionalizzazione della famiglia ha messo in crisi il modello gerarchico e organico e ha guardato ai diritti inviolabili del soggetto libero di svolgere la sua personalità (art. 2) e all'affermazione del principio d'eguaglianza (art. 3). In questo percorso, la famiglia diventa sfera in cui i singoli possono liberamente organizzare le proprie relazioni e il richiamo all'intervento dello Stato è fatto «per ot-

contrastare le legislazioni sulla parità. I membri di Agenda Europa hanno promosso un *blog*, organizzano *summit* annuali e si sono dotati di un manifesto politico, intitolato «Ristabilire l'Ordine Naturale: un'Agenda per l'Europa» (www.epfweb.org/sites/epfweb.org/files/online_epf_italiano_definitivo_compressed_o.pdf). Nel testo, si condanna la dissociazione tra atto sessuale e procreazione e il ricorso alla contraccezione, lesiva della dignità della sessualità.

15. M. Atwood, *Il racconto dell'ancella*, Ponte alle grazie, Firenze, 2017.

16. La cd. "seconda ondata" femminista si è sviluppata nella seconda metà del secolo scorso, ha avuto al centro della propria azione la sfera privata, la sessualità femminile, le relazioni tra i sessi, le scelte procreative. Essa si distingue dal femminismo di fine Ottocento/inizio Novecento (la prima ondata), impegnato a lottare per il diritto di voto, richiesta che, peraltro, sottende il riconoscimento di cittadinanza, autonomia e identità femminile.

17. S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 8.

18. S. Feci e L. Schettini (a cura di), *La violenza contro le donne nella storia. Contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV – XXI)*, Viella, Roma, 2017.

tenere la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo di questa dimensione relazionale»¹⁹.

Fece scalpore il caso di Franca Viola che, ad Alcamo, nella Sicilia del 1965, rifiutò il matrimonio riparatore, istituto che rimarrà in vita fino al 1981. Nel 1968 la Corte costituzionale cancellò il reato di adulterio, che sanciva una grande disparità tra i sessi. Nel 1970 fu approvata la legge sul divorzio e, finalmente, nel 1975 il nuovo diritto di famiglia mise fine alla figura del capo famiglia e riconobbe la corresponsabilità tra coniugi. Solo nel 1981 venne abrogato il delitto d'onore e siamo dovuti arrivare al 2012 per avere l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali. Il cognome materno ai figli è un capitolo ancora da scrivere.

Nonostante la Costituzione, fino al 1975 la struttura gerarchica della famiglia non era stata toccata e veniva ribadita dal codice civile. Nell'Assemblea costituente, la formula che basava il matrimonio sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi aveva suscitato sconcerto tra gli uomini in modo trasversale agli orientamenti politici; solo la caparbia delle donne ha consentito di arrivare a quella espressione²⁰. Stefano Rodotà paragona la lettura chiusa dell'art. 29, nel caso della sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 – con la conseguente costituzionalizzazione del matrimonio eterosessuale, in realtà non scritta nell'art. 29²¹ –, alla difficoltà che più di cinquant'anni fa vi fu nella Costituente ad accettare l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, perché non prevista dal codice vigente, che all'epoca sanciva la superiorità del marito²².

Oggi come ieri, in nome di una tradizione che vuole avere forza di natura, si è restii a riconoscere il carattere evolutivo dei principi costituzionali. Si può arrivare al punto di non vedere che la Costituzione è fonte giuridica al di sopra del codice o di non mettere in relazione interna i diversi principi costituzionali, in questo caso – ma anche in quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso – gli artt. 2, 3 e 29.

Dietro l'idea di famiglia come «isola che il diritto può solo lambire»²³ c'è il giusto rifiuto dell'ingerenza

dello Stato nella vita amorosa delle persone, magari per motivi di ordine pubblico e buon costume, ma al «riparo dalla costruzione giuridica non si è per ciò più liberi (...) Al diritto è legittimo chiedere un'assenza, ma non di abdicare al suo ruolo di garanzia di libertà e diritti – dunque pure di diritto d'amore»²⁴. Quindi, di intervenire per rimuovere gli ostacoli, radicati nei costumi e nella cultura, ma posti come «naturali», che congelano nella famiglia sia rapporti di potere e di dominio tra i sessi e le generazioni che il paradigma eterosessuale. L'estensione dei diritti dei singoli nella famiglia è stata chiesta dalle donne per affermare, anche all'interno di essa, relazioni democratiche e di reciprocità. Tale istanza ha aperto la strada all'evoluzione verso la completa uguaglianza di questa istituzione.

4. Paradossi e rischi della parità

Bisogna, però, sapere che l'intervento può avere effetti contraddittori, a seconda dell'equilibrio tra i diversi principi costituzionali, il valore dato alla dimensione relazionale e alla differenza sessuale, l'attenzione al contesto sociale. Veniamo da una storia in cui il diritto si era impadronito del corpo femminile e della sua funzione riproduttiva – basti pensare ai reati contro l'integrità della stirpe. Ed è un conflitto sempre aperto quello sulla libertà e autonomia delle donne. Tanto più oggi, come abbiamo visto in apertura di questo intervento. La parità tra i coniugi, la bigenitorialità e persino il preminente interesse del minore, se non maneggiati accuratamente, possono trovare declinazioni che, invece di sostenere i diritti dei singoli e la loro autonomia, intervengono a reintrodurre modelli tradizionali, mettendo sotto controllo le scelte delle donne, oppure a rendere di nuovo socialmente irrilevante il lavoro di cura, quasi sempre ancora occupazione femminile, soprattutto nel nostro Paese²⁵.

19. M.R. Marella e G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

20. Cfr. ancora S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., pp. 9-12.

21. Cfr. C. D'Elia e G. Serughetti, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, Minimumfax, Roma, 207, pp. 107 – 114, e Vittorio Caporrella, *La famiglia nella costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente*, n. 6/2010, https://storicamente.org/sites/default/images/articles/media/1347/famiglia_costituzione_italiana.pdf.

22. Così recitava l'art. 144 del codice civile del 1942 (rubricato «Potestà maritale»): «Il marito è il capo della famiglia. La moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede di fissare la sua residenza».

23. L'espressione è di Arturo Carlo Jemolo, in S. Rodotà, *Diritto d'amore*, op. cit., p. 18.

24. S. Rodotà, *ibid.*, p. 12.

25. Si veda l'indagine sull'uso del tempo condotta dall'Istat e raccolta nel volume *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, 7 maggio 2019, www.istat.it/it/archivio/230102.

Una tendenza che Tamar Pitch aveva già descritto negli anni novanta, nel saggio *Un diritto per due*²⁶, indicando il rischio che la svolta paritaria – voluta dai movimenti femminili degli anni sessanta e settanta del Novecento, sottesa alla critica della divisione sessuale del lavoro e della tradizionale separazione tra sfere pubblica e privata –, affermando il matrimonio come patto tra individui formalmente uguali, potesse trasformarsi per i *partner* economicamente e socialmente più deboli in un aggravamento della condizione di disuguaglianza sostanziale. Questo perché la parità tra coniugi «non si nega e non si afferma soltanto mediante norme relative ai rapporti familiari», ma ha a che fare con il modo in cui è organizzato il mercato del lavoro ed è strutturato il sistema di *welfare*. Oggi possiamo aggiungere più chiaramente che un altro esito della formale parità, ove non faccia i conti con le concrete soggettività, è la neutralizzazione delle differenze nella riproduzione, cancellando l'asimmetria che uomini e donne hanno riguardo alla gestazione e alla nascita di una nuova vita, con il possibile esito di mettere in discussione il riconoscimento dei diritti riproduttivi e sessuali delle donne e la loro autonoma scelta.

Soggettività libere di svolgere la loro personalità, dimensione relazionale, uguaglianza sostanziale: in termini di principi costituzionali, significa saper guardare insieme l'art. 2, l'art. 3 e l'art. 29, in particolare il secondo comma dell'articolo sull'uguaglianza, che impegna «la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

L'uguaglianza, anche nella famiglia, non può darsi senza concreta attenzione alle differenze dei corpi e all'ordine sociale ed economico, altrimenti si consolidano le disparità sociali o i destini esistenziali e di genere. Abbiamo visto tale rischio nel caso delle proposte di riforma dell'affido condiviso, ma si può leggere anche nel dibattito sull'assegno divorzile sviluppatosi a partire dalla sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017 della Cassazione, che aveva mutato l'orientamento

in materia, suscitando non poche reazioni. Tale sentenza aveva infatti ritenuto superato, nell'ambito dei mutamenti economico-sociali intervenuti, il riferimento al diritto a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, affermando che occorreva «superare la concezione patrimonialistica del matrimonio inteso come sistemazione definitiva» perché è «ormai generalmente condiviso nel costume sociale il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità»²⁷. Secondo la sentenza, il nuovo parametro per motivare l'assegno doveva essere il raggiungimento dell'indipendenza economica. È poi intervenuta la Cassazione a sezioni unite per dirimere le letture diverse che tale impostazione aveva avuto, con la sentenza n. 18287 dell'11 luglio 2018. Quest'ultima ha disatteso il criterio dell'indipendenza economica proposto dalla prima sezione, pur condividendo l'abbandono del criterio tradizionale del tenore di vita matrimoniale: le sezioni unite hanno, infatti, affermato che all'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi una funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa. Secondo le sezioni unite, «la funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi»²⁸. La sentenza del 2018 introduce «un concetto di adeguatezza dei mezzi da valutare in concreto quale possibilità di beneficiare di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare»²⁹.

Nel dibattito sull'assegno divorzile si è vista all'opera un'idea della parità tra coniugi che mette tra parentesi condizione concrete e differenze di genere. Come sottolineava l'appello «*Per una riaffermazione del principio di equità nella regolamentazione dei rapporti post-coniugali*»³⁰: «al fine di promuovere l'effettiva indipendenza e autonomia delle donne dentro e fuori alle relazioni familiari, non si può

26. T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998, in particolare pp. 101-146.

27. Cass., sez. I civ., 10 maggio 2017, n. 11504.

28. Cass., sez. unite, 11 luglio 2018, n. 18287.

29. M. Di Bari, *Cassazione, i principi fondamentali di disciplina dell'assegno di divorzio: libertà, autoresponsabilità e pari dignità*, in questa *Rivista online*, 4 dicembre 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/cassazione-i-principi-fondamentali-di-disciplina-d_04-12-2018.php.

30. Appello promosso da giuriste, studiose e intellettuali, associazionismo femminile e femminista, e non solo, in *La Stampa*, *Per una riaffermazione del principio di equità nella regolamentazione dei rapporti post-coniugali*, 7 aprile 2018, www.lastampa.it/2018/04/07/italia/per-una-riafferma-zione-del-principio-di-equit-nella-regolamentazione-dei-rapporti-postconiugali-oTDrWp1C331Bxch53rGboK/pagina.html.

trascurare che il concetto di autosufficienza economica non può essere “decontestualizzato”, ma caso per caso deve essere necessariamente ancorato alle perdite di opportunità e rinunce, nella sfera pubblica e lavorativa, che le donne accumulano nel corso del proprio vissuto familiare e relazionale, e ciò proprio in ragione di quei dati oggettivi afferenti il *gender gap* italico».

Aggiungiamo noi che, se anche non ci fosse il *gender gap*, la finalità redistributiva dell’assegno divorzile trova la sua motivazione nel riconoscimento del valore dell’apporto di ciascuno/a alla vita condivisa. Anche in assenza di squilibri di potere, qualità e durata della vita insieme hanno determinato un patrimonio condiviso di benessere, un patrimonio *relazionale* a cui, in modo diverso, ciascuno ha contribuito.

5. Vedere le differenze

Siamo immersi nell’onda lunga della trasformazione degli stili di vita, delle relazioni tra generi e generazioni, della genitorialità. Con il matrimonio o la convivenza inizia una storia di coppia che ogni giorno viene scelta, confermata, rinnovata o portata a termine. Le famiglie sono una comunità di affetti in cui sempre più è centrale il benessere dei componenti, la qualità delle loro relazioni, a sostegno del pieno sviluppo della persona umana. C’è più autodeterminazione, ma questo non significa che l’apporto dei singoli componenti alla vita familiare sia uguale. Diversità di ruoli, scelte individuali condivise, retaggi culturali o struttura sociale giocano a differenziare l’investimento dei singoli nella famiglia.

Le separazioni e i divorzi impoveriscono uomini e donne e va scongiurata la possibilità che il fallimento dell’unione ricada solo su una parte, donna o uomo. Ha preso, però, piede una rappresentazione sessista che riduce le ex mogli a donne avidi, le separate con figli a madri cattive che usano la prole come arma di ricatto. Gli uomini e i padri vengono raccontati come vittime di donne che usano i matrimoni e le separazioni per “sistemarsi” e procurarsi rendite parassitarie. Corollario di questa narrazione è quella che vede i giudici favorire le donne nelle separazioni, senza at-

tenzione per i cambiamenti nella società, che non giustificherebbero più tale particolare attenzione. «Tale rappresentazione delle dinamiche post-matrimoniali risulta forse corrispondente al più recente “senso comune”, così come plasmato programmaticamente da forti gruppi di interesse che sostengono un impoverimento degli uomini riconducibile esclusivamente allo *status* di separato/divorziato e agli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli e delle mogli/ex coniugi, ma non corrisponde di certo al quadro socio-statistico attuale, peraltro talmente notorio da potersi ritenere esso stesso massima di esperienza idonea a fungere da regola inferenziale più che affidabile. Basterebbe a svelare la mistificazione veicolata dalla sentenza in esame il fatto che l’assegno divorzile è riconosciuto soltanto nel 12% dei casi e ha un importo medio di circa 500 euro, che scende a 300 euro nei casi di redditi non superiori a 29.000 euro»³¹.

Una delle tante spie del prevalere, nel dibattito pubblico, di una narrazione che opera “dalla parte” dei padri si trova anche nella relazione al progetto di legge appena approvato dalla Camera dei deputati per riformare l’art. 5 della legge n. 898/1970 e riformulare l’assegno di mantenimento. In essa si fa riferimento al fatto che la «cronaca segnala spesso casi di difficili condizioni di vita in cui vengono a trovarsi gli ex-coniugi (generalmente i mariti) in quanto costretti a corrispondere un assegno che assorbe parte cospicua del loro guadagno»³². Nessuno mette in dubbio che ci siano padri impoveriti dalle separazioni, ma i dati raccontano una realtà più complessa, in cui le difficili condizioni di vita *post* separazione sono esperienza soprattutto femminile. I separati legalmente in Italia sono 1,4 milioni, quasi triplicati in vent’anni. I separati che vivono con figli minori sono 387.000, di cui 300.000 donne (il 77 per cento) e 87.000 uomini. Il tasso di occupazione femminile tra le separate raggiunge il 59,2 per cento e, tra i separati, l’82 per cento. Separati e separate presentano un livello di povertà assoluta superiore alla media. Nel 2017, il 10,9 per cento dei separati è in povertà assoluta, contro l’8,9 per cento della popolazione nel suo complesso. Tuttavia, il rischio di impoverimento di donne e uomini è diverso e le donne separate stanno molto peggio. Nel 2017, le donne in povertà assoluta sono il 12,7 per

31. I. Boiano, *Dare a ciascuno il suo. Per una regolamentazione dei rapporti post-matrimoniali libera da stereotipi di genere*, in *Giudice Donna*, n. 4/2017, pp. 6-7, www.giudicedonna.it/2017/quattro/articoli/Dare%20a%20ciascuno%20il%20suo.pdf.

32. Pdl n. 506, approvato con modifiche dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019, con 386 sì, 19 astensioni e nessun voto contrario. La proposta prevede che l’assegno abbia lo scopo di equilibrare, per quanto possibile, la disparità delle condizioni di vita dei coniugi determinata dallo scioglimento del matrimonio – anche se tale carattere compensativo è stato soppresso da un emendamento leghista. I criteri sono: patrimonio e reddito netto di entrambi, durata del matrimonio, età e condizioni di salute di chi richiede il mantenimento, contributo fornito da ciascuno dei due «alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune», eventuale riduzione della capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive, il contributo per figli minori disabili o non indipendenti a livello economico, la mancanza di un’adeguata formazione professionale quale conseguenza dell’adempimento di doveri coniugali. L’assegno decade in caso di nuovo matrimonio o convivenza.

cento del totale, contro l'8,7 per cento degli uomini, e il valore è ancora più alto se vivono da sole con i figli³³. Eppure la narrazione dominante, e l'agenda politica delle riforme, come nel caso del "contratto di governo", propongono lo sguardo e i bisogni degli uomini come priorità.

In media, le donne dedicano al lavoro non retribuito circa cinque ore al giorno, mentre gli uomini solo poco più di due ore³⁴. «Esaminando come cambia per genere la composizione del tempo di lavoro totale tra lavoro retribuito e lavoro non retribuito, ritroviamo chiaramente come il modello culturale del *male breadwinner – female caregiver* sia ancora ben radicato nella società italiana: mentre per gli uomini il 62,4 per cento del tempo di lavoro totale è assorbito dal lavoro retribuito e il 37,6 per cento da quello non retribuito, la situazione è più che capovolta per le donne, che concentrano il 75 per cento del loro monte ore di lavoro quotidiano sul lavoro non retribuito»³⁵.

A questo si aggiunga che il 51 per cento delle donne separate ha subito violenza nel corso della vita: una quota molto più elevata delle donne coniugate o nubili³⁶. La gran parte di loro non denuncia neanche

al momento della separazione, anche per paura di perdere i figli.

Il riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi si inverte, dunque, in un contesto profondamente cambiato, ma ancora fortemente segnato da rapporti di potere tra i sessi e divisione sessuale del lavoro. Libertà, consenso, autodeterminazione dei singoli si costruiscono giorno dopo giorno e incontrano continui ostacoli nell'organizzazione dei tempi, del lavoro, del *welfare*. Rimuovere gli ostacoli e sostenere la libertà e l'autodeterminazione delle persone impone, pertanto, di abbandonare astratti schemi paritari e di saper vedere le differenze. Tanto più nel caso della coppia eterosessuale, nella quale è essenziale cogliere come agisce la differenza sessuale³⁷.

Come spiega Luigi Ferrajoli, «l'uguaglianza è stipulata *perché siamo differenti*, inteso "differenza" nel senso di diversità delle identità personali»³⁸. Ed è altresì stipulata «*perché siamo disuguali*, inteso "disuguaglianza" nel senso di diversità nelle condizioni di vita materiali. Insomma l'uguaglianza è stipulata perché, di fatto, siamo differenti e disuguali, a tutela delle differenze e in opposizione alle disuguaglianze»³⁹.

33. Sono dati riferiti in Commissione giustizia del Senato della Repubblica nella sua audizione sul ddl n. 735, il 14 febbraio 2019, dalla statistica sociale Linda Laura Sabbadini. Sui dati, si veda Istat, *Condizioni di vita delle persone separate, divorziate e coniugate dopo un divorzio*, 7 dicembre 2011, www.istat.it/it/archivio/47539.

34. Istat, *I tempi della vita quotidiana*, op. cit.

35. E. Aloè, *Ma quanto lavoriamo?*, in *In genere*, 20 maggio 2019, www.ingenere.it/articoli/ma-quanto-lavoriamo.

36. Dati forniti da Linda Laura Sabbadini, *ivi*.

37. Su differenza sessuale e diritti si veda T. Pitch, *I diritti fondamentali*, op. cit.

38. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari, 2018, p.3.

39. *Ivi*, corsivo dell'Autore.

La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu

di *Laura Tomasi*

L'articolo esamina la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani formata sugli artt. 8, 12 e 14 Cedu e relativa ai diritti dei *partner* e dei minori all'interno della famiglia, e in caso di scioglimento del legame di coppia, nonché nel contesto della gestione dei flussi migratori da parte degli Stati, per verificare il grado di riconoscimento, nel sistema della Cedu, dell'odierno pluralismo dei modelli familiari.

1. La famiglia nella Cedu: norme, principi ispiratori e metodi di tutela / 2. Il diritto al riconoscimento giuridico del legame con il *partner* / 3. L'uguaglianza tra i *partner* / 4. I «diritti riproduttivi» dei *partner* / 5. I diritti del minore nella famiglia / 6. I diritti dei genitori e dei figli nella crisi della coppia / 7. Il diritto all'unità familiare / 8. Considerazioni conclusive

1. La famiglia nella Cedu: norme, principi ispiratori e metodi di tutela

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1955, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, dedica alla famiglia gli artt. 8¹ e 12², che rispettivamente sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare (oltre che del domicilio e della corrispondenza) e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

L'assenza, nelle due disposizioni, di richiami alla rilevanza sociale della compagine familiare e l'accostamento della «vita familiare» alla sfera dell'autonomia e autodeterminazione della persona, accanto al diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e della corrispondenza, segnalano immediatamente la peculiarità della visione convenzionale della famiglia, incentrata sulla protezione dei suoi componenti, più che della cellula familiare in quanto tale³.

In ciò la Cedu si differenzia dalle norme di tutela della famiglia contenute nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (artt. 12 e 16), nel Patto internazionale sui diritti civili e poli-

1. L'art. 8 Cedu, rubricato «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*», recita: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

2. L'art. 12 Cedu, rubricato «*Diritto al matrimonio*», dispone: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

3. Cfr. V. Coussirat-Coustère, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in P. Mahoney - F. Matscher - H. Petzold - L. Wildhaber (a cura di), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdall*, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, pp. 281-307.

tici del 1966, nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art. 11 e 17) e nella Carta araba dei diritti dell'uomo (art. 21 e 33), ove la prospettiva individualista, incentrata sul diritto del singolo alla protezione della propria vita privata e familiare da arbitrarie interferenze, coesiste e convive con quella comunitarista, che enfatizza il ruolo della famiglia quale formazione sociale⁴. La differenza è ancora più marcata rispetto alle più risalenti carte elaborate nel contesto culturale africano e arabo (Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 e Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam del 1990) – che non menzionano il diritto dell'individuo al rispetto della propria vita familiare e abbracciano una visione spiccatamente comunitarista della famiglia⁵ – e alla prospettiva assunta dall'art. 10 Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, tutta incentrata sulla rilevanza sociale e meritevolezza di protezione e promozione della famiglia.

Come noto, i diritti sanciti dagli artt. 8 e 12 Cedu non sono assoluti: gli Stati contraenti, da un lato, possono limitare l'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare, in base alla legge e per quanto «necessario in una società democratica» a perseguire le finalità d'interesse generale enumerate dall'art. 8, par. 2, Cedu; dall'altro lato, sono competenti a disciplinare il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 12 Cedu)⁶. La Corte europea dei diritti umani (Corte Edu) ha concentrato il proprio sindacato sulla conformità delle misure statali di «ingerenza» in tali diritti ai principi di legalità, necessità e proporzionalità, elaborando peraltro in parallelo (con particolare riferimento all'art. 8 Cedu) una serie di «obblighi positivi» a carico degli Stati, tenuti ad adottare misure di promozione della vita privata e familiare e a pro-

teggere tale sfera da aggressioni da parte di soggetti privati.

Per riempire di contenuto le clausole generali di cui agli artt. 8 e 12 Cedu, i giudici di Strasburgo hanno utilizzato strumenti esegetici propri del sistema della Convenzione, tra cui anzitutto la «dottrina del margine di apprezzamento», che accorda agli Stati una misura di discrezionalità nell'applicare gli *standard* convenzionali, per tenere conto delle peculiarità di ciascun contesto nazionale, e il principio di proporzionalità, correttivo di tale dottrina, che impone agli Stati di perseguire i propri obiettivi di interesse generale in maniera adeguata al fine e, il più possibile, rispettosa delle prerogative dei singoli⁷.

Nell'intento di creare uno *standard* europeo di tutela della famiglia, rispondente alla realtà socioculturale e giuridica, la Corte ha poi operato un'interpretazione autonoma ed evolutiva⁸ delle nozioni utilizzate nella Cedu, subordinando tuttavia l'inclusione in via giurisprudenziale di «nuovi diritti» nel testo convenzionale all'esistenza di un *consensus* europeo in materia, desunto dall'analisi comparata degli ordinamenti degli Stati contraenti.

Ove, infine, la Corte abbia ritenuto di non poter derivare un determinato diritto – ad esempio, il diritto di adottare – dalla lettera della Convenzione, nemmeno interpretandola evolutivamente, essa ha utilizzato, in maniera più o meno esplicita, la teoria dei «diritti addizionali» per obbligare gli Stati che autonomamente scelgano di riconoscere questo o quel diritto, a garantirne il godimento senza restrizioni irragionevoli o discriminatorie. A tal fine, la Corte ha spesso utilizzato il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione (art. 14 Cedu)⁹, estendendo l'ambito applicativo di questa disposizione ai diritti che, senza essere garantiti dal-

4. L'art. 12 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo protegge l'individuo da interferenze arbitrarie e lesioni della vita privata, della sfera familiare, della casa, della corrispondenza, dell'onore e della reputazione, collegando il rispetto della famiglia alla garanzia dei diritti della personalità, mentre l'art. 16, par. 3, qualifica la famiglia come «nucleo naturale e fondamentale della società», meritevole di protezione da parte dello Stato e della società.

5. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli è l'unico testo internazionale a definire la famiglia non solo «elemento naturale e (...) base della società», ma anche «custode della morale e dei valori tradizionali riconosciuti dalla comunità» meritevole di protezione e assistenza da parte dello Stato (art. 18). Solo la Carta africana, inoltre, menziona i doveri dell'individuo nei confronti della famiglia, segnatamente il dovere di «preservare lo sviluppo armonioso della famiglia e di operare in favore della coesione e del rispetto di questa famiglia» e di «rispettare in ogni momento i (...) genitori, di nutrirli e di assisterli in caso di necessità» (art. 29, n. 1).

6. Ivi compresa la facoltà di porre limitazioni all'esercizio di tale diritto, pur senza svuotare il contenuto essenziale dello stesso: Corte Edu, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, ric. n. 9532/81.

7. Cfr. Y. Arai-Takahashi, *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2002, *passim*.

8. Definita «uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni della vita attuale»: Corte Edu, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, § 31; in materia di famiglia, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, § 41.

9. L'art. 14 Cedu prevede che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (...) Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

le disposizioni convenzionali, nondimeno ricadano nell'ambito di influenza («*tombent sous l'empire*») delle stesse¹⁰.

Attraverso tali molteplici strumenti interpretativi, la Corte si costantemente cimentata in un esercizio di bilanciamento tra la tutela di diritti e aspirazioni dell'individuo, da un lato, e la salvaguardia, dall'altro lato, delle competenze statali in materia di diritto e politiche familiari, previdenza e assistenza sociale, gestione dei fenomeni migratori, nonché delle concorrenti prerogative degli altri soggetti privati a vario titolo coinvolti nelle relazioni familiari¹¹.

2. Il diritto al riconoscimento giuridico del legame con il partner

L'odierno pluralismo dei modelli familiari ha trovato un'eco e, al tempo stesso, uno strumento di promozione nella giurisprudenza della Corte Edu, che, tuttavia, non ha ancora portato a compimento il percorso di parificazione di *status* e diritti dei conviventi o *partner* di unioni civili rispetto al coniuge.

I giudici di Strasburgo hanno, sì, interpretato evolutivamente la nozione di «vita familiare» di cui all'art. 8 Cedu, includendovi, oltre al rapporto di coniugio¹², la relazione di fatto tra *partner* di sesso diverso¹³, la relazione tra due persone unite in matrimonio religioso¹⁴ e, in tempi più recenti, la relazione

tra *partner* dello stesso sesso, sia di fatto¹⁵ sia sotto forma di unione civile¹⁶. La Corte ha, tuttavia, costantemente riconosciuto agli Stati contraenti la facoltà di accordare una «tutela privilegiata» alle coppie unite in matrimonio, affermando che l'art. 8 Cedu non obbliga ad attribuire alle coppie di fatto uno statuto giuridico analogo a quello delle coppie coniugate e ritenendo ammissibili differenze di trattamento in materia di benefici previdenziali¹⁷, di diritto di abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia¹⁸, di diritto alla pensione per superstiti¹⁹. Correlativamente, la Corte ha affermato che l'art. 12 Cedu, pur garantendo la libertà negativa di non sposarsi, non assicura alle coppie che compiano tale scelta il diritto a fruire degli stessi benefici accordati alle coppie coniugate²⁰.

Rispetto alle coppie di persone dello stesso sesso – per le quali non sposarsi risulta sovente non il frutto di una libera scelta, ma la conseguenza dell'impossibilità di accedere all'istituto matrimoniale –, la giurisprudenza europea, pur non affermando la piena equiparazione rispetto alle coppie unite in matrimonio, ha registrato un'evoluzione. In un primo tempo, infatti, la Corte aveva ritenuto contrarie all'art. 8 Cedu le (sole) differenze di trattamento (ad esempio, in tema di successione nel contratto di locazione²¹ o di copertura assicurativa per i familiari di dipendenti pubblici²²) tra coppie di fatto rispettivamente etero e omosessuali, senza censurare eventuali disparità tra lo *status* delle coppie *same-sex* e quello delle coppie

10. Vds. Corte Edu, 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* [GC], ric. n. 43546/02, § 47, in materia di adozione di minori da parte di coppie dello stesso sesso.

11. Vds. in materia, *ex multis*, F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, pp. 5 ss. nonché, volendo, V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 275 ss.

12. Corte Edu, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Regno Unito*, ricc. nn. 9214/80 e altri; 26 marzo 1992, *Beldjoudi c. Francia*, ric. n. 12083/86.

13. Sentenza *Marckx c. Belgio*, cit.; Corte Edu, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ric. n. 16969/90.

14. Corte Edu, 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turchia* [GC], ric. n. 3976/05.

15. Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04; 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grecia* [GC], ricc. nn. 29381/09 e altri.

16. Corte Edu, 14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, ricc. nn. 26431/12 e altri.

17. Commissione europea dei diritti dell'uomo, 30 agosto 1993, *G.A.B. c. Spagna*, ric. n. 21173/93; 4 marzo 1998, *Quintana Zapata c. Spagna*, ric. n. 34615/97.

18. Corte Edu, 26 gennaio 1999, *Saucedo Gómez c. Spagna* (dec.), ric. n. 37784/97.

19. Sentenza *Şerife Yiğit c. Turchia*, cit.

20. Sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., § 67; Commissione europea dei diritti dell'uomo, 15 marzo 1984, *B, R e J c. Repubblica Federale Tedesca*, ric. n. 9639/82.

21. Corte Edu, 23 luglio 2003, *Karner c. Austria*, ric. n. 40016/98; 2 marzo 2010, *Kozak c. Polonia*, ric. n. 13102/02.

22. Corte Edu, 22 luglio 2010, *P.B. e J.S. c. Austria*, ric. n. 18984/02.

(eterosessuali) sposate e senza ravvisare alcuna contrarietà agli artt. 8 e 12 Cedu nell'impossibilità, per le persone omosessuali, di accedere al matrimonio²³ o all'unione civile.²⁴

Successivamente la Corte, pur ribadendo come né l'apertura del matrimonio alle coppie *same-sex*, né il riconoscimento del matrimonio omosessuale celebrato all'estero costituiscono obblighi convenzionali, ha ritenuto contraria all'art. 8 Cedu la totale assenza di riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale. L'Italia è stata, così, condannata, nel 2015 e nel 2017, per non avere predisposto – prima dell'entrata in vigore della legge di disciplina delle unioni civili 20 maggio 2016, n. 76 – alcun quadro di tutela giuridica in favore delle coppie di persone dello stesso sesso, inibendo, di conseguenza, anche il riconoscimento delle relazioni costituite all'estero (sentenze *Oliari e altri c. Italia* e *Olivieri e altri c. Italia*).²⁵

Secondo la più recente giurisprudenza relativa all'art. 8 Cedu, pertanto, i componenti della coppia *same-sex* godono di un diritto al riconoscimento giuridico – sia pur non necessariamente nella forma del matrimonio – della propria unione.

Il diritto a vedere riconosciuto il proprio legame di coppia è stato affermato anche in relazione alle persone transessuali, che debbono poter godere non solo dell'accesso a interventi chirurgici per il mutamento dei caratteri sessuali²⁶, ma anche del riconoscimento

giuridico della nuova identità, del matrimonio in conformità con il sesso acquisito²⁷ e dei benefici previdenziali previsti in favore delle persone del sesso acquisito²⁸. Anche in questo caso, tuttavia, il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione non è integrale, poiché la Corte ha ritenuto legittimo condizionare il riconoscimento del sesso acquisito alla previa dissoluzione del matrimonio precedentemente contratto con persona di sesso biologicamente opposto²⁹ o alla trasformazione del matrimonio in unione civile³⁰.

3. L'uguaglianza tra i partner

Il singolo, una volta instaurato il legame di coppia, gode del diritto all'uguaglianza con il *partner*, tutelato non tanto in base all'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione sulla parità tra i coniugi³¹ – norma di ristretto ambito applicativo e di limitata applicazione giurisprudenziale³² –, quanto sul fondamento degli artt. 8 e 14 Cedu.

Un aspetto significativo dell'eguaglianza tra *partner* è quello relativo al diritto alla scelta del cognome familiare, che si connette con il diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria identità. Sono state, così, ritenute contrarie agli artt. 8 e 14 Cedu normative nazionali che impedissero alla coppia di scegliere il cognome della moglie come cognome familiare,

23. Sentenza *Shalk e Kopf c. Austria*, cit., §§ 58-63; 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ric. n. 25951/07, § 66; 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia* [GC], ric. n. 37359/09, § 96; 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ric. nn. 18766/11 e altri, §§ 192-194; 9 giugno 2016, *Chapin et Charpentier c. Francia*, ric. n. 40183/07, §§ 36-40 e 48-52.

24. Nella citata sentenza *Shalk e Kopf*, infatti, la Corte, nel rilevare come nell'ordinamento austriaco fosse stato *medio tempore* introdotta la *partnership* registrata, ha escluso che al legislatore austriaco potesse essere rimproverato, quale violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, di avere previsto tale istituto solamente nel 2010.

25. Sentenze *Oliari e altri c. Italia* e *Orlandi e altri c. Italia*, entrambe citate.

26. Corte Edu, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turchia*, ric. n. 14793/08.

27. Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], ric. n. 28957/95; 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito* [GC], ric. n. 25680/94. Nella sentenza 11 novembre 2007, *L. c. Lituania*, ric. n. 27527/03, la Corte ha altresì ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu nella circostanza che la Lituania avesse per legge consentito l'intervento chirurgico di mutamento di sesso e la relativa rettifica delle risultanze di stato civile, ma avesse omissso di adottare idonee misure di attuazione della normativa promulgata, rendendo così il cambiamento di sesso solo parzialmente possibile; la Corte ha ritenuto prematura la doglianza relativa all'art. 12 Cedu, poiché le operazioni di cambiamento di sesso del ricorrente non erano ancora ultimate.

28. Corte Edu, 23 maggio 2006, *Grant c. Regno Unito*, ric. n. 32570/03, ove la Corte ha ritenuto contrario all'art. 8 Cedu il rifiuto dell'amministrazione britannica di concedere la pensione a un «male to female transexual» secondo l'età pensionabile prevista per le donne.

29. Corte Edu, 28 novembre 2006, *Parry c. Regno Unito* (dec.), ric. n. 42971/05.

30. Corte Edu, sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, cit.

31. L'art. 5 del Protocollo n. 7, rubricato «Parità tra i coniugi», così recita: «I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli». Il Protocollo n. 7 è stato firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984 ed è entrato internazionalmente in vigore il 1° gennaio 1988.

32. La norma riguarda unicamente i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e tra ciascun genitore e la prole, senza estendersi al diritto amministrativo, tributario, penale, ecclesiastico, né alla legislazione sociale o in materia lavoristica: *cfr.* la relazione esplicativa al Protocollo n. 7, punto 35.

precludendo al marito³³ o ai figli³⁴ l'acquisizione del cognome della madre, oppure che vietassero alla donna di mantenere il cognome di nubile dopo il matrimonio, pur in presenza della concorde volontà dei coniugi³⁵. La Corte ha evidenziato che l'obiettivo di tutela dell'unità familiare non deve necessariamente essere salvaguardato imponendo l'applicazione del cognome maritale come cognome familiare, ma può essere perseguito accordando ai coniugi la facoltà di scegliere il cognome³⁶.

Sotto diverso profilo, merita ricordare come la parità tra i *partner* della coppia sia stata salvaguardata anche attraverso la ferma condanna, da parte della Corte europea, della violenza di genere, qualificata – anche in base alla prassi del Comitato della Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne (Cedaw) del 1979 e alla giurisprudenza della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo – come discriminazione in base al sesso, vietata dalla Convenzione³⁷. Tale qualificazione implica l'insorgere di una responsabilità *par ricochet*, per violazione dell'art. 14 Cedu, in combinato disposto con gli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti) Cedu, degli Stati che omettano, intenzionalmente o per negligenza, di proteggere le donne dalla perpetrazione della violenza, e dunque della discriminazione, da parte di soggetti privati³⁸.

4. I «diritti riproduttivi» dei *partner*

La Corte tutela i diritti riproduttivi del singolo, anzitutto, come espressione della «vita privata» di cui all'art. 8 Cedu. Ricorrente è l'affermazione secondo cui la nozione di «vita privata» include il diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona, il diritto di intrecciare e coltivare relazioni con altri e il diritto al rispetto per la decisione di avere o non avere figli³⁹. I medesimi principi sono rilevanti anche ove venga in considerazione la «vita familiare» degli individui.

La Corte ne trae anzitutto un assoluto divieto di praticare sterilizzazioni forzate, in assenza di consenso della persona interessata⁴⁰. Più problematico risulta affermare la sussistenza, in ambito Cedu, di un pieno diritto a realizzare la genitorialità – in caso di infertilità medica o sociale – mediante adozione, o procreazione medicalmente assistita, o surrogazione di maternità.

Per quanto attiene all'adozione, costante è l'affermazione della giurisprudenza europea secondo cui il diritto di adottare non è in sé garantito dalla Cedu⁴¹. In applicazione di tale principio, in passato la Commissione europea dei diritti dell'uomo⁴² aveva affermato la propria incompetenza a esercitare un sindacato sulle condizioni per l'adozione previste dal diritto nazionale, quali, ad esempio, la concessione del

33. Corte Edu, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, ric. n. 16213/9.

34. Corte Edu, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, ric. n. 77/07.

35. Corte Edu, 16 novembre 2004, *Unal Tekeli c. Turchia*, ric. n. 29865/96; 28 marzo 2013, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turchia*, ric. n. 7971/07.

36. Peraltro, la Corte ha escluso che violasse l'art. 8 Cedu il rifiuto delle autorità nazionali di dare corso alle domande di registrazione dei figli con il cognome della madre invece che con quello del padre, ove quest'ultimo fosse stato previamente scelto dalla coppia come cognome familiare (Corte Edu, 27 aprile 2000, *Bijleveld c. Paesi Bassi* (dec.), ric. n. 42973/98; 27 settembre 2001, *G.M.B. e K.M. c. Svizzera* (dec.), ric. n. 36797/97) o di permettere la registrazione dei figli con un cognome composto, formato da elementi del cognome di entrambi i coniugi (Corte Edu, 6 maggio 2008, *Von Rehligen c. Germania* (dec.), ric. n. 33572/02).

37. Corte Edu, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, ric. n. 33401/02; 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, ric. n. 72964/10; 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14.

38. La Corte si è occupata della questione della violenza familiare anche nel contesto della tutela della relazione genitoriale. Essa ha sottolineato che l'allontanamento del minore dal nucleo familiare, la sospensione della potestà genitoriale e l'affidamento extrafamiliare – provvedimenti che possono essere adottati, in caso di urgenza (ad esempio, ove ricorra il sospetto di abusi sessuali), senza previa audizione dei genitori – costituiscono in linea di principio una misura temporanea, il cui fine ultimo è il ricongiungimento del minore con i genitori, salvo che la salvaguardia del benessere psicofisico del primo esiga l'interruzione del contatto con i secondi (13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], ric. nn. 39221/98 e 41963/98; 9 maggio 2003, *Covezzi e Morselli c. Italia*, ric. n. 52763/99; 21 novembre 2003, *Roda e Bonfatti c. Italia*, ric. n. 10427/02; 21 ottobre 2008, *Clemeno e altri c. Italia*, ric. n. 19537/03; 24 febbraio 2009, *Errico c. Italia*, ric. n. 29768/05).

39. Vds., *inter alia*, Corte Edu, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito* [GC], ric. n. 6339/05, § 71; *E.B. c. Francia*, cit., § 43, 22; 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovacchia*, ric. n. 18968/07.

40. Sentenza *V.C. c. Slovacchia*, cit.; *cfr.* altresì 13 novembre 2012, *I.G. e altri c. Slovacchia*, ric. n. 15966/04.

41. Commissione europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 1997, *Di Lazzaro c. Italia*, ric. n. 31924/96; da ultimo, si veda Corte Edu, 17 gennaio 2017, *A.H. e altri c. Russia*, ric. nn. 6033/13 e altri.

42. Organo previsto dalla Cedu prima della riforma attuata con il Protocollo n. 11.

diritto di adottare alle sole coppie, con conseguente esclusione dei celibi⁴³.

La giurisprudenza della Corte Edu sembra orientata in senso più estensivo. Pur ribadendo l'impossibilità di dedurre dalla Convenzione il diritto di adottare, la Corte ha ricondotto alla sfera della «vita privata» il «diritto al rispetto in relazione alla decisione di avere o non avere figli»⁴⁴ e utilizzato la cd. tecnica dei diritti addizionali, per affermare che, ove gli Stati contraenti liberamente si determinino a consentire l'adozione, la Corte è competente a verificare che il quadro normativo di attuazione di detto diritto non presenti profili di discriminatorietà, contrari all'art. 14 Cedu.

Così, ad esempio, la Corte ha affermato la sussistenza, negli Stati che consentano l'adozione, di un diritto all'esame equo e non discriminatorio della relativa domanda (sentenza *A.H. e altri c. Russia*)⁴⁵. Ancora, ove la legislazione nazionale consenta l'adozione da parte di persone *single*, è stato ritenuto contrario agli artt. 8 e 14 Cedu il diniego di autorizzazione all'adozione opposto a una donna – convivente con una *partner* dello stesso sesso – a motivo dell'assenza di una figura paterna nel nucleo familiare (sentenza *E.B. c. Francia*)⁴⁶. La Corte ha altresì affermato che gli Stati contraenti non sono obbligati né a consentire l'adozione coparentale alle coppie di fatto⁴⁷ né a garantire la parità di trattamento tra coppie eterosessuali sposate e coppie omosessuali di fatto in relazione alle condizioni di accesso all'adozione⁴⁸; ove, tuttavia gli Stati stessi abbiano autonomamente ritenuto di aprire l'adozione coparentale alle coppie non sposate, essi debbono rendere l'istituto accessibile

alle coppie di fatto sia eterosessuali, sia omosessuali, pena la commissione di una discriminazione in base all'orientamento sessuale, vietata dagli artt. 8 e 14 Cedu (sentenza *X e altri c. Austria*)⁴⁹.

Quanto all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la Corte ha affermato, con crescente enfasi, che la nozione di «rispetto per la vita privata e familiare» include il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori in senso genetico⁵⁰ e che «il diritto di una coppia di concepire un figlio e di fare uso della procreazione medicalmente assistita a tale scopo è protetto dall'art. 8 Cedu, poichè detta scelta è un'espressione della vita privata e familiare»⁵¹.

Pur muovendo da tale premessa – che sembra affermare la sussistenza di un autentico diritto a realizzare la genitorialità mediante procreazione medicalmente assistita –, la giurisprudenza della Corte ha registrato significative oscillazioni.

Con riferimento allo specifico tema dei diritti riproduttivi dei detenuti, l'affermazione del diritto alla genitorialità è stata piena, con conseguente declaratoria di contrarietà all'art. 8 Cedu del divieto, opposto a un detenuto condannato all'ergastolo e alla compagna, di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita per concepire un bambino in un sistema penitenziario che non prevedeva le visite coniugali. In quel caso, la Corte ha ritenuto l'interesse dei coniugi a diventare genitori prevalente rispetto all'interesse pubblico all'afflittività della pena nonché al rischio, paventato dal Governo convenuto, di un impatto negativo dello stato di detenzione del genitore sul benessere del minore (sentenza *Dickson c. Regno Unito*)⁵².

43. Decisione *Di Lazzaro c. Italia*, cit. La Commissione ha dichiarato inammissibile, per incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, il ricorso di una donna nubile italiana che lamentava la violazione degli artt. 8 e 12 Cedu per l'impossibilità, nell'ordinamento italiano, di procedere all'adozione legittimante in qualità di persona *single*.

44. Sentenza *A.H. e altri c. Russia*, cit., § 379.

45. *Ibidem*, §§ 412 ss.

46. Corte Edu, sentenza *E.B. c. Francia*, cit. Applicando lo stesso *iter* argomentativo, nella sentenza 10 giugno 2010, *Schwizgebel c. Svizzera*, ric. n. 25762/07, la Corte ha viceversa ritenuto che una cittadina svizzera nubile di quarantasette anni, la quale, dopo avere adottato un bambino in qualità di persona *single*, si era vista rifiutare l'autorizzazione ad adottare un altro minore in ragione dell'età frattanto raggiunta, non fosse stata discriminata rispetto a donne *single* più giovani e legittimate perciò ad adottare. Ad avviso della Corte, in assenza di *consensus* tra gli Stati contraenti in materia di limiti di età per l'adozione, la decisione delle autorità svizzere, motivata, assunta all'esito di una procedura in contraddittorio con l'interessata e basata sulla considerazione dell'interesse del minore adottando, era da ritenersi conforme al principio di proporzionalità e rispettosa degli artt. 8 e 14 Cedu.

47. Corte Edu, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria* [GC], ric. n. 19101/07, § 136; *Gas and Dubois c. Francia*, cit., §§ 66-69; 13 dicembre 2007, *Emonet e altri c. Svizzera*, ric. n. 39051/03, §§ 79-88.

48. Sentenza *Gas e Dubois c. Francia*, cit., § 68.

49. Corte Edu, sentenza *X e altri c. Austria*, cit.

50. Corte Edu, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito* [GC], ric. n. 44362/04.

51. Corte Edu, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* [GC], ric. n. 57813/00.

52. Sentenza *Dickson c. Regno Unito*, cit. La Corte ha adottato un atteggiamento di maggiore cautela ove gli interessi in contrasto fossero quelli dei componenti della coppia, ritenendo che l'aspirazione a diventare genitore possa essere legittimamente compressa al

La Corte ha altresì ravvisato, nella pronuncia *Costa e Pavan c. Italia*, una violazione dell'art. 8 Cedu nel divieto, risultante dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, di effettuare diagnosi pre-impianto sugli embrioni, al fine di verificare la sussistenza di gravi patologie (in specie, la fibrosi cistica), ritenendo detta proibizione incoerente rispetto alla possibilità offerta dalla legislazione italiana di interrompere la gravidanza, a fronte del riscontro delle medesime patologie nell'embrione in utero⁵³.

Diversamente, in tema di fecondazione eterologa, la Corte, pur ribadendo l'applicabilità dell'art. 8 Cedu, ha ritenuto – sul rilievo dell'assenza di *consensus* tra gli Stati contraenti e della conseguente ampiezza del margine di apprezzamento delle autorità nazionali – che realizzasse un'ingerenza non sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata e familiare la legislazione austriaca, la quale permetteva la fecondazione omologa *in vitro* e la fecondazione eterologa (con sperma di un donatore) *in vivo*, ma vietava sia la fecondazione eterologa *in vitro*, sia la donazione di ovuli (sentenza *S.H. e altri c. Austria*)⁵⁴. La Grande Camera ha così ribaltato una precedente decisione della prima sezione della Corte, che, invece, aveva ritenuto discriminatoria la scelta dell'ordinamento austriaco di vietare tali tecniche, consentendo invece la fecondazione omologa *in vitro* e la fecondazione eterologa *in vivo*⁵⁵.

Non sono note pronunce della Corte europea dei diritti umani in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie di persone dello stesso sesso ed è difficile prevedere l'esito di eventuali ricorsi. Da un lato, infatti, la Corte potrebbe seguire l'*iter* argomentativo già adottato nella sentenza di Grande Camera *S.H. e altri c. Austria*, e ritenere che la questione rientri nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti. A sfavore di questa soluzione militano, tuttavia, gli approdi giurisprudenziali in tema di adozione, ove, utilizzando la cd. tecnica dei diritti addizionali, la Corte ha ritenuto che, una volta che gli Stati contraenti si determinino a consentire l'adozione non solo alle coppie sposate, ma anche alle coppie di fatto, essi debbono garantire l'accesso all'istituto senza discriminazioni in base all'orientamento

sessuale e, dunque, sia alle coppie di fatto eterosessuali, sia a quelle omosessuali. Se la Corte seguisse tale orientamento, potrebbe ritenere che gli Stati che consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non solo ai coniugi, ma anche ai conviventi, siano tenuti, in base agli artt. 8 e 14 Cedu, a consentirlo sia ai conviventi di sesso opposto, sia a quelli dello stesso sesso.

La Corte ha poi rifiutato di riconoscere un diritto del singolo o della coppia a realizzare il progetto genitoriale tramite la surrogazione di maternità.

Nelle sentenze *Mennesson c. Francia*⁵⁶ e *Labassee c. Francia*⁵⁷, relative alla legittimità del rifiuto, opposto dalle autorità francesi, alla trascrizione nei registri di stato civile degli atti di nascita di minori nati negli Stati Uniti tramite gestazione per altri, la Corte ha escluso che il diniego implicasse un'ingerenza sproporzionata nella vita familiare dei *genitori intenzionali* (pur ravvisando una violazione del diritto al rispetto della vita privata dei minori: vds. *infra*, par. 5). La Corte ha, in proposito, evidenziato come l'assenza di *consensus* tra gli Stati contraenti quanto alla legalità della surrogazione di maternità giustificasse un ampio margine di apprezzamento degli Stati stessi sia quanto all'autorizzazione di detta pratica, sia quanto al riconoscimento dei rapporti di filiazione costituiti all'estero mediante la stessa.

Nella pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Grande Camera ha escluso che sussistesse una «vita familiare» tra i genitori intenzionali e un minore nato all'estero mediante surrogazione di maternità, e poi allontanato dalla coppia dalle autorità italiane. La Corte ha ritenuto che l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico giustificassero l'inquadramento della vicenda in termini di ingerenza nella vita privata – e non familiare – dei genitori intenzionali. I giudici hanno, peraltro, ritenuto che detta ingerenza fosse proporzionata, ritenendo sufficienti i motivi adottati dalle autorità interne per disporre l'allontanamento del bambino dalla coppia, incentrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei genitori intenzionali, che erano ricorsi a una pratica

fine di rispettare il volere contrario dell'altro componente della coppia. Così, la Corte ha ritenuto che non violasse l'art. 8 Cedu una legislazione che consentiva al donatore di sperma di ritirare il proprio consenso all'impianto dell'embrione, fecondato *in vitro*, nell'utero della donna (sentenza *Evans c. Regno Unito*, cit.).

53. Corte Edu 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10.

54. Sentenza *S.H. et altri c. Austria*, cit.

55. Corte Edu, 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00.

56. Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11.

57. Corte Edu, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11.

– la surrogazione di maternità – vietata e penalmente sanzionata nell'ordinamento italiano⁵⁸.

Nemmeno rispetto all'interruzione di gravidanza è riconosciuto un pieno e assoluto diritto all'auto-determinazione⁵⁹. Anche in questa materia, la Corte ha finora fatto ricorso, più o meno esplicitamente, alla cd. tecnica dei diritti addizionali. Senza dedurre dalla Convenzione un diritto ad abortire, la Corte ha affermato il principio per cui, ove gli Stati consentano tale pratica, la donna ha diritto al rispetto della propria scelta di sottoporvisi, in conformità alle condizioni previste dalla legislazione vigente, senza subire limitazioni irragionevoli, e beneficiando di adeguate garanzie giurisdizionali a tutela della propria volontà, in caso di conflitto con altri soggetti pubblici o privati.

Ad esempio, la Corte ha ritenuto che la scelta della donna di sottoporsi a un intervento abortivo debba prevalere sul diritto al rispetto della vita privata e familiare del futuro padre, giudicando legittima, sotto il profilo degli artt. 8 e 12 Cedu, la legislazione italiana che non condiziona la possibilità della donna di abortire al consenso del *partner*⁶⁰. La Corte ha inoltre censurato il comportamento delle autorità sanitarie, in specie polacche, che avevano rifiutato di praticare l'aborto terapeutico, ammesso dalla legislazione nazionale, nei confronti di una donna affetta da grave miopia, nonostante il rischio che questa perdesse la vista, e senza che l'interessata disponesse di garanzie procedurali adeguate per contestare la decisione del personale medico⁶¹. Ancora, nella sentenza *A, B e C c. Irlanda*⁶², la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu, in ragione dell'impossibilità, per una delle ricorrenti, di praticare in Irlanda l'interruzione di gravidanza per pericolo di vita, nonostante tale possibilità fosse astrattamente prevista dalla Costituzione, a causa dell'oscurità del quadro normativo e dell'assenza di adeguate procedure di consultazione terapeutica e di tutela giurisdizionale.

La Corte non è stata, tuttavia, disposta ad ampliare, oltre quanto previsto dalle legislazioni nazionali, l'ambito di liceità dell'interruzione di gravidanza. Sempre nella sentenza *A, B e C c. Irlanda*, infatti, la Corte ha giudicato conforme all'art. 8 Cedu la legislazione irlandese che vieta l'aborto per ragioni di tutela della salute psicofisica della donna – salvo che in caso di pericolo per la vita –, pur consentendo ai residenti di recarsi all'estero per interrompere la gravidanza. Ad avviso dei giudici, l'ingerenza nella vita privata della donna, derivante dall'impossibilità di interrompere la gravidanza, poteva dirsi giustificata, ex art. 8 par. 2 Cedu, dall'obiettivo di protezione della morale, «di cui la difesa del diritto alla vita del nascituro costituisce un aspetto in Irlanda», e proporzionata, alla luce del margine di apprezzamento degli Stati in materia di protezione del nascituro e di bilanciamento di quest'ultima con i diritti concorrenti della donna.

5. I diritti del minore nella famiglia

Se i diritti dei singoli adulti, all'interno della famiglia, sono stati affermati dalla Corte in maniera non sempre piena, specie con riferimento alle tematiche politicamente ed eticamente più sensibili (nuove forme di vita di coppia, nuove modalità di procreazione), i diritti dei minori godono di una considerazione centrale, in ossequio al principio della preminenza dell'interesse del minore, non espressamente menzionato dall'art. 8 Cedu, ma ricondotto dalla Corte europea nell'alveo della disposizione, attraverso il richiamo alla Convenzione Onu del 1989 sui diritti del fanciullo⁶³.

La Corte si è fatta, anzitutto, promotrice dell'egualianza tra i rapporti di filiazione costituiti nell'ambito o al di fuori del matrimonio⁶⁴, ascrivendo alla nozione di «vita familiare» tanto il rapporto tra genitori e figli concepiti nell'ambito di un'unione coniugale

58. Corte Edu, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], ric. n. 25358/12.

59. Si veda, in tema, L. Poli, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2017, pp. 189 ss.

60. Corte Edu, 5 settembre 2002, *Boso c. Italia* (dec.), ric. n. 50490/99.

61. Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiąc c. Polonia*, ric. n. 5410/03

62. Corte Edu, *A, B e C c. Irlanda* [GC], ric. n. 25579/05.

63. Vds. Corte Edu, 22 aprile 1992, *Rieme c. Svezia*, ric. n. 12366/86; 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia*, ric. n. 19823/92; 7 agosto 1996, *Johansen c. Norvegia*, ric. n. 17383/90.

64. La nozione di «vita familiare» include, peraltro, anche rapporti ulteriori rispetto a quelli costitutivi della famiglia nucleare, quali la parentela tra nonni e nipoti (Corte Edu, 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*, ric. n. 22430/93; 13 luglio 2004, *Pla et Puncernau c. Andorra*, ric. n. 69498/01) e tra fratelli (sentenza *Scozzari e Giunta*, cit.), sotto condizione di una prova più rigorosa dell'esistenza di legami personali effettivi (ad esempio, la coabitazione).

non fittizia⁶⁵, quanto la relazione tra il figlio e ciascun genitore naturale, anche in assenza di convivenza tra i genitori⁶⁶. Sono state così censurate, in quanto discriminatorie, la non automatica costituzione della filiazione naturale alla nascita⁶⁷ (in presenza della volontà materna di riconoscere detto legame)⁶⁸, gli ostacoli frapposti dalle legislazioni nazionali alla ricerca della paternità naturale⁶⁹, la mancata costituzione della parentela tra il figlio naturale riconosciuto e i membri della famiglia diversi dai genitori⁷⁰, la limitazione dei diritti successori e della capacità di ricevere liberalità dei figli naturali rispetto ai figli legittimi⁷¹, la mancata equiparazione del figlio adottivo al figlio naturale a fini successori⁷².

La considerazione del preminente interesse del minore è, poi, alla base dell'orientamento giurisprudenziale favorevole al riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero⁷³, anche con modalità non conformi al diritto dello Stato di cittadinanza dei genitori (adozione da parte del genitore *single*, surrogazione di maternità).

Così, in presenza di un'adozione pronunciata in uno Stato terzo, cui era seguita la convivenza tra adottante e adottato in uno Stato contraente, la Corte ha

giudicato contrario all'art. 8 Cedu il rifiuto delle autorità di quest'ultimo Stato di accordare l'*exequatur* (e quindi pieni effetti giuridici) alla decisione di adozione pronunciata in base al diritto dello Stato terzo – in specie, lo Stato di origine del minore – per il solo motivo che il giudice straniero aveva applicato una legge diversa da quella richiamata dalle norme di conflitto dello Stato contraente. In specie, la Corte ha ritenuto un'ingerenza sproporzionata nel diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'adottato (oltre che dell'adottante) il rifiuto di riconoscere ed eseguire la decisione di adozione pronunciata dalle autorità peruviane a beneficio di una cittadina lussemburghese non sposata, per non avere il giudice peruviano applicato il diritto lussemburghese, che vieta l'adozione legittimante ai *single*⁷⁴.

Analogamente, i giudici di Strasburgo, pur non accordando tutela al diritto dei genitori ad accedere alla surrogazione di maternità (vds. *supra*, par. 4), hanno dedotto dall'art. 8 Cedu – sotto il profilo della vita privata – il diritto del figlio nato all'estero mediante tale tecnica procreativa a vedere riconosciuto il legame di filiazione con entrambi i genitori intenzionali nello Stato di cittadinanza di questi ultimi, pur se esso vie-

65. A prescindere dalla circostanza che, al momento della nascita o successivamente, i coniugi abbiano cessato di convivere: Corte Edu, 21 giugno 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*, ric. n. 10730/84.

66. Sentenza *Keegan c. Irlanda*, cit.

67. Sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., ove la Corte ha ritenuto contraria agli artt. 8 e 14 Cedu la legislazione belga, che non consentiva la costituzione della filiazione naturale tramite dichiarazione della madre nell'atto di nascita del figlio, costringendo la madre a formare una dichiarazione di riconoscimento posteriore o a esperire un'azione giudiziaria.

68. In questo ultimo caso, gli Stati contraenti sono tenuti a bilanciare il diritto della madre a serbare l'anonimato con quello del figlio a conoscere le proprie origini, garantendo a quest'ultimo l'accesso a informazioni non identificanti (ad esempio, sull'identità genetica) della madre biologica (Corte Edu, 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia* [GC], ric. n. 42326/98; 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/09).

69. Corte Edu, sentenza *Kroon*, cit.; 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99, §§ 48-73; 20 dicembre 2007, *Phinikaridou c. Cipro*, ric. n. 23890/02, §§ 47-67; 2 giugno 2015, *Canonne c. Francia* (dec.), ric. n. 22037/13; 8 dicembre 2016, *L.D. e P.K. c. Bulgaria*, ric. nn. 7949/11 e al., §§ 53-76.

70. Corte Edu, sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., relativa alla legislazione belga che, all'epoca dei fatti di causa, obbligava la madre ad adottare i figli naturali per garantire loro gli stessi diritti successori dei figli legittimi, dal momento che, nell'ordinamento belga, il figlio naturale non era erede e poteva ricevere l'intero asse ereditario solo se la madre non avesse altri successibili.

71. Corte Edu, 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*, ric. n. 34406/97, relativa alle disposizioni del codice civile francese che attribuivano ai figli «adulterini» il diritto alla metà della quota ereditaria spettante ai figli legittimi, ove la Corte ha constatato una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Cedu (diritto al rispetto dei beni), in combinato disposto con l'art. 14 Cedu; 22 dicembre 2004, *Merger e Cros c. Francia*, ric. n. 68864/01, (violazione degli artt. 8 e 14 Cedu), relativa alle disposizioni in materia di incapacità del figlio adulterino di ricevere liberalità dal padre che fosse sposato con altra persona al momento del concepimento e alle disposizioni che sancivano la nullità delle liberalità fatte dal padre alla madre naturale, in quanto donazioni per interposta persona.

72. Sentenza *Pla e Puncernau c. Andorra*, cit.

73. Sul tema vds. R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 309 ss.; G. Rossolillo, *Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, *ivi*, pp. 335 ss.; A. Di Blase, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4/2018, pp. 839 ss.

74. Corte Edu, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ric. n. 76240/01; cfr. altresì 3 maggio 2011, *Negreptontis-Giannisis c. Grecia*, ric. n. 56759/08.

ti detta procedura (sentenze *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*)⁷⁵. In altra occasione, la Corte ha ricostruito come ingerenza nella vita privata (non familiare) del minore la dichiarazione di adottabilità e l'allontanamento di un bambino che per sei mesi aveva vissuto con una coppia italiana la quale, senza che vi fosse alcun legame genetico, aveva ottenuto il neonato dalla gravidanza di una donna in Russia; la violazione della legge sulle adozioni internazionali e l'interdizione in Italia di pratiche di procreazione come quella adottata all'estero nel caso di specie, hanno indotto la Corte a ritenere adeguata e proporzionata la soluzione adottata dai giudici interni⁷⁶.

Nel recente parere consultivo del 10 aprile 2019⁷⁷, reso ai sensi del Protocollo n. 16 alla Cedu (non ratificato dall'Italia), la Corte europea è stata chiamata a esprimersi in via preventiva sulla compatibilità con la Convenzione del recente orientamento della *Cour de cassation* francese (assunto a seguito della sentenza *Mennesson c. Francia*), secondo cui, all'esito della surrogazione di maternità praticata all'estero, è possibile la trascrizione del certificato di nascita straniero nella parte in cui designa come padre il padre intenzionale, a condizione che quest'ultimo sia anche il padre biologico del minore, mentre non è possibile la trascrizione del legame di filiazione con la madre intenzionale, che però può adottare il minore con adozione coparentale. La Corte ha affermato che il diritto al rispetto della vita privata del minore impone il riconoscimento del legame di filiazione, legalmente costituito all'estero, con la madre intenzionale, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia anche madre in senso biologico, per avere utilizzato i propri gameti nella procreazione. La Corte ha, però, puntualizzato che tale riconoscimento non deve necessariamente

avvenire mediante la trascrizione del certificato estero nei registri di stato civile, ben potendo essere assicurato mediante l'adozione del bambino da parte della madre intenzionale. Ciò a condizione che la procedura di adozione risulti tempestiva ed efficace, sempre a tutela dell'interesse del minore alla stabilità del proprio *status filiationis*.

6. I diritti dei genitori e dei figli nella crisi della coppia

Anche rispetto alla crisi della coppia, la Corte di Strasburgo risulta propensa a tutelare i diritti dei singoli (genitori e figli) sempre dall'angolo visuale dell'interesse superiore del minore.

Per quanto riguarda i *partner*, infatti, risalente è l'affermazione secondo cui la Convenzione non garantisce il diritto di divorziare⁷⁸, benché la legislazione nazionale debba consentire la separazione coniugale, quantomeno in situazioni di violenza familiare⁷⁹ e benché, in presenza di legislazioni che ammettono il divorzio, possa trarsi dall'12 Cedu un diritto di risposarsi senza subire restrizioni irragionevoli, derivanti, ad esempio, dall'eccessiva durata del procedimento divorzile⁸⁰ o dalla previsione di un divieto temporaneo di contrarre nuove nozze⁸¹.

La tutela dei diritti dei *partner* si realizza altresì sotto il profilo delle garanzie dell'equo processo, per quanto riguarda in particolare la ragionevole durata delle procedure in materia di separazione e divorzio⁸² e la verifica del rispetto del contraddittorio nei procedimenti di annullamento del matrimonio innanzi alla giurisdizione ecclesiastica, quale condizione per la concessione dell'*exequatur* alla decisione⁸³.

75. Sentenza *Mennesson c. Francia*, cit., §§ 96-101; 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ric. nn. 9063/14 e altri, §§ 55-58.

76. Sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., §§ 179-216 (in cui il minore non era ricorrente).

77. Corte Edu, 10 aprile 2019, parere n. P16-2018-001, su cui vds. A. Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, in *Articolo 29*, 14 aprile 2019, reperibile online (www.articolo29.it/2019/gpa-la-tutela-del-minore-limite-invalicabile/).

78. Nella sentenza *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, ric. n. 9697/82, relativa all'impossibilità di divorziare in Irlanda, la Corte ha sostenuto che costituisce limitazione, ma non svuotamento del diritto di sposarsi la mancata previsione del divorzio in una società che aderisca al principio della monogamia. La Corte si è basata, tra l'altro, sui lavori preparatori della Convenzione che escludono il diritto al divorzio dall'ambito applicativo dell'art. 12 Cedu. Il riferimento allo scioglimento del matrimonio contenuto all'art. 5 del Protocollo n. 7 non obbliga gli Stati contraenti a prevedere la possibilità del divorzio (relazione esplicativa cit., punto 39).

79. Corte Edu, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73 (violazione dell'art. 8 Cedu).

80. Corte Edu, 19 luglio 2007, *Aresti Charalambous c. Cipro*, ric. n. 43151/04.

81. Corte Edu, 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera*, ric. n. 11329/85, ove la Corte europea ha ritenuto contrario all'art. 12 Cedu, perché sproporzionato, il divieto di contrarre nuove nozze per un periodo di tre anni, previsto dal codice civile svizzero e applicato a un divorziato nella sentenza relativa al terzo divorzio.

82. Corte Edu, 18 febbraio 1999, *Laino c. Italia* [GC], ric. n. 33158/96.

83. Corte Edu, 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*, ric. n. 30882/96, ove la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 Cedu, per avere le autorità italiane garantito l'*exequatur* di una decisione di annullamento del matrimonio presa dalla Rota romana all'esito di un procedimento in cui la ricorrente non era stata avvertita del motivo della convocazione innanzi al tribunale ecclesiastico, non era stata

Copiosa è, invece, la giurisprudenza in materia di affidamento dei minori a seguito del fallimento del progetto di coppia. L'art. 8 Cedu tutela sia il diritto del genitore affidatario al rispetto delle prerogative genitoriali attribuitegli ai sensi del diritto nazionale, sia il diritto del genitore non affidatario a mantenere adeguati contatti con il minore, esercitando il diritto di visita – diritti da contemperarsi, tuttavia, con il superiore interesse del minore. La Corte ha sottolineato la necessità di operare un congruo bilanciamento tra il diritto del genitore non affidatario a mantenere un rapporto personale con il figlio e il benessere psicofisico di quest'ultimo. Ne deriva l'obbligo, per le autorità nazionali, di supportare con misure adeguate il contatto del genitore non affidatario con la prole⁸⁴, pur nella consapevolezza che il diritto di visita non dovrebbe essere attuato contro la volontà dei minori interessati⁸⁵.

La Corte ritiene che le autorità nazionali siano, in linea di principio, le meglio attrezzate per gestire situazioni di conflitto familiare e accorda loro un ampio margine di apprezzamento nel perseguire l'interesse superiore del minore⁸⁶, limitando il proprio controllo alla compatibilità delle decisioni prese con la Convenzione. In genere, la Corte non entra nel merito delle decisioni relative all'affidamento, ma si sofferma sugli aspetti procedurali, esigendo che le decisioni siano prese all'esito di procedure celeri, ove entrambi i genitori abbiano interloquuto su un piede di parità⁸⁷.

Unico limite individuato dalla Corte è il rispetto del principio di uguaglianza tra i coniugi nell'affida-

mento del minore, che non consente di accordare preferenza a un genitore sull'altro unicamente a motivo delle convinzioni religiose o dell'orientamento sessuale di quest'ultimo⁸⁸. Peraltro, gli organi di Strasburgo non hanno dedotto dal principio di uguaglianza tra i coniugi il diritto all'affidamento congiunto della prole in caso di dissoluzione dell'unione coniugale, limitandosi ad affermare che compete alle autorità nazionali adottare le misure più consone all'interesse del minore, spettando all'istanza sovranazionale la sola valutazione della ragionevolezza e non arbitrarietà delle decisioni prese⁸⁹.

La Corte ha dedotto dall'esigenza di tutela del rapporto tra minore e genitore affidatario l'obbligo, per gli Stati contraenti, di adottare misure di contrasto del fenomeno della sottrazione internazionale di minori e ha interpretato l'art. 8 Cedu alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori.

Nell'esaminare i ricorsi presentati da genitori affidatari, il cui figlio era stato sottratto dall'altro genitore, la Corte ha ritenuto che l'art. 8 Cedu, letto alla luce della predetta Convenzione, imponga agli Stati l'obbligo positivo di adottare ed eseguire, con la massima celerità,⁹⁰ decisioni che tendano ad assicurare il ritorno del minore sottratto presso l'affidatario⁹¹ (art. 12 Convenzione dell'Aja), salvo che vi si opponga l'interesse superiore del minore (art. 13 Convenzione cit.)⁹². Pur ribadendo che spetta alle autorità giudiziarie nazionali interpretare e applicare la Convenzione

assistita da un avvocato e non aveva potuto conoscere e discutere gli elementi probatori addotti dal marito e dai testimoni.

84. Corte Edu, 19 settembre 2000, *Glaser c. Regno Unito*, ric. n. 32346/96; per una serie di recenti casi relativi all'ordinamento italiano, vds. Corte Edu, 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*, ric. n. 35532/12; 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia*, ric. n. 68884/13; 23 giugno 2016, *Strumia c. Italia*, ric. n. 53377/13; 15 settembre 2016, *Giorgioni c. Italia*, ric. n. 43299/12.

85. Corte Edu, 8 luglio 2003, *Sahin c. Germania* [GC], ric. n. 30943/96; 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC], ric. n. 31871/96.

86. *Sahin c. Germania*, cit., § 64.

87. Vds. Corte Edu, *Sahin e Sommerfeld*, cit.; 9 maggio 2006, *C. c. Finlandia*, ric. n. 18249/02, § 52; 29 aprile 2014, *Z.J. c. Lituania*, ric. n. 60092/12, § 96; 23 ottobre 2018, *Petrov e X c. Russia*, ric. n. 23608/16.

88. Corte Edu, 23 giugno 1993, *Hoffmann c. Austria*, ric. n. 12875/87: viola gli artt. 8 e 14 Cedu il rifiuto delle autorità nazionali di affidare dei minori alla madre unicamente a motivo dell'appartenenza di quest'ultima alla comunità religiosa dei testimoni di Geova; 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ric. n. 33290/96: viola le medesime disposizioni il diniego dell'affidamento di un minore al padre biologico, esclusivamente motivato dall'orientamento sessuale di quest'ultimo, che convive con un (nuovo) partner dello stesso sesso; tale rifiuto determina, in specie, una discriminazione in base all'orientamento sessuale nel godimento del diritto al rispetto alla «vita familiare» sussistente tra genitore e figlio.

89. Commissione europea dei diritti umani, 9 settembre 1998, *Purtonen c. Finlandia* (dec.), resa in relazione all'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Cedu.

90. Corte Edu, 17 luglio 2008, *Leschiutta e Fraccaro c. Belgio*, ric. nn. 58081/00 e al.

91. La Corte ha precisato che occorre che il genitore sia affidatario del minore ai sensi del diritto interno: 2 settembre 2003, *Guichard c. Francia* (dec.), ric. n. 56838/00.

92. Corte Edu, 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, ric. n. 31679/96; 29 marzo 2003, *Iglesias Gil e A.U.I. c. Spagna*, ric. n. 56673/00; 23 aprile 2003, *Sylvestre c. Austria*, ric. nn. 6812/97 e altri; 26 giugno 2003, *Maire c. Portogallo*, ric. n. 48206/99; 5 aprile 2005, *Monory c. Romania e Ungheria*, ric. n. 71099/01; 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*, ric. n. 7548/04; 6 novembre 2008, *Carlson c. Svizzera*, ric. n. 49492/06.

dell'Aja e avocando a sé il solo controllo circa la non arbitrarietà e l'adeguata motivazione delle decisioni prese a livello nazionale, la Corte è viepiù propensa a estendere il proprio sindacato sull'interpretazione data alla Convenzione dell'Aja dalle autorità nazionali, nel dichiarato intento di assicurare la piena attuazione dello scopo dello strumento internazionale, ossia il ritorno immediato del minore sottratto⁹³.

Nello stesso spirito di aderenza all'obiettivo della Convenzione dell'Aja, il giudice di Strasburgo ha prevalentemente adottato un orientamento restrittivo rispetto ai ricorsi presentati da genitori non affidatari che avessero sottratto il figlio e contestassero la decisione, presa dalle autorità dello Stato di trasferimento del minore, di ordinare il ritorno dello stesso nel Paese di residenza abituale, ai sensi della Convenzione dell'Aja⁹⁴. La Corte ha qualificato le decisioni di ritorno dei minori presso i genitori affidatari come ingerenze nella «vita familiare» esistente tra minori e genitori non affidatari, ma ha solitamente ritenuto tali misure conformi al principio di legalità, poiché basate sulla Convenzione dell'Aja, e giustificate dallo scopo della Convenzione, ossia il ripristino dello *status quo ante*, finalizzato a evitare il consolidamento di situazioni illecite. La Corte ha, dunque, limitato il proprio sindacato alla verifica circa l'adeguata presa in considerazione, da parte delle autorità giudiziarie nazionali, del superiore interesse del minore e dell'eventualità che il ritorno lo esponga a situazioni pregiudizievoli (art. 13, lett. b, Convenzione dell'Aja). Nella sentenza *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, del 6 luglio 2010, la Grande Camera ha, invece, accolto il ricorso di un genitore autore di una sottrazione internazionale⁹⁵, alla luce della progressiva integrazione del minore nello Stato nel quale era stato condotto, delle informazioni fornite circa il disinteresse del genitore affidatario per il minore e del rischio che la madre (autrice della sottrazione), ritornando con il figlio nello Stato di precedente residenza, fosse sottoposta a sanzioni penali, ivi inclusa l'incarcerazione, con conseguente impossibilità di occuparsi del minore. Analogamente, nella pronuncia *X c. Let-*

*tonia*⁹⁶, la Grande Camera ha concluso nel senso della violazione dell'art. 8 Cedu nei confronti di una madre autrice di sottrazione internazionale, conferendo preminente rilievo alla circostanza che le autorità dello Stato di trasferimento del minore ne avessero ordinato il ritorno, senza disporre approfondimenti istruttori circa il rischio⁹⁷, allegato dalla madre e sostanziato con la produzione di perizie di parte, che il bambino incorresse in un grave trauma da separazione, anche avuto riguardo a precedenti condotte maltrattanti del padre che ne chiedeva il ritorno.

7. Il diritto all'unità familiare

Il diritto del singolo al rispetto della propria vita privata e familiare, *sub specie* di tutela dell'unità familiare, costituisce un limite alle prerogative statali di gestione dei flussi migratori.

La Corte ha affermato che – conformemente al diritto internazionale generale – rientra in tali prerogative la regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento degli stranieri⁹⁸. Essa ha, però, giudicato che, da un lato, le misure di espulsione possono costituire un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, la cui legittimità deve essere vagliata alla luce del comma 2 della disposizione (legalità, necessità in una società democratica, proporzionalità); dall'altro lato, che il rispetto degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8 Cedu può, in determinate circostanze, imporre agli Stati contraenti di autorizzare il ricongiungimento familiare di cittadini stranieri.

Per quanto riguarda l'espulsione di cittadini stranieri, la Corte ha precisato che le misure adottate dalle autorità nazionali debbono essere conformi al principio di legalità, ossia essere previste da una legge, accompagnate da adeguate garanzie contro l'arbitrarietà e sottoponibili a un pieno controllo giurisdizionale⁹⁹. Inoltre, nella misura in cui incidano sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, le misure di espulsione devono essere «necessarie in

93. Cfr. sentenze *Monory*, cit., § 81, e *Carlson*, cit., § 73.

94. Corte Edu, 6 dicembre 2005, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia* (dec.), ric. n. 14600/05; 27 aprile 2000, *Tiemann c. Francia e Germania* (dec.), ric. nn. 47457/99 e altri; 15 maggio 2003, *Paradis c. Germania*, (dec.), ric. n. 4783/03; 11 dicembre 2006, *Mattenkloft c. Germania* (dec.), ric. n. 41092/06; 6 dicembre 2007, *Maumousseau e Washington c. Francia*, ric. n. 39388/05.

95. Corte Edu, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* [GC], ric. n. 41615/07.

96. Corte Edu, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia* [GC], ric. n. 27853/09.

97. La Corte ha, peraltro, puntualizzato che la nozione di «serio rischio», ai sensi dell'art. 13 lett. B) della Convenzione dell'Aja del 1980, riguarda le sole situazioni che eccedano quanto un minore possa ragionevolmente tollerare (*X c. Lettonia*, cit.).

98. Sentenza *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, cit., § 67; 21 ottobre 1997, *Boujlifa c. Francia*, ric. n. 25404/94, § 42.

99. La Corte ha specificato che i tribunali devono avere accesso alle informazioni in possesso della polizia, al fine di valutare la legittimità della misura: Corte Edu, 6 dicembre 2007, *Liu c. Russia*, ric. n. 42086/05.

una società democratica», cioè giustificate da un bisogno sociale imperioso e proporzionate al legittimo interesse perseguito. In presenza di una decisione di espulsione motivata dalla commissione di reati, la Corte ha ritenuto che il bilanciamento tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico nello Stato ospitante e interesse del cittadino straniero a non vedere i propri legami familiari recisi dall'espulsione debba essere operato alla luce dei seguenti criteri: «la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno dello straniero nel Paese da cui dovrebbe essere espulso, il tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta dello straniero nel suddetto periodo, la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare (...), per esempio la durata del matrimonio, e altri fattori che rivelino l'attualità e la genuinità del legame familiare, compresa la consapevolezza da parte dei familiari circa il reato commesso, la presenza di figli e la loro età (...), il grado di difficoltà che la famiglia verosimilmente dovrebbe affrontare per ritornare nel Paese di origine»¹⁰⁰ e il superiore interesse del minore, segnatamente la «gravità delle difficoltà che i figli (...) sono suscettibili di incontrare nel Paese verso il quale l'interessato deve essere espulso; e la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospite e con il Paese di destinazione»¹⁰¹. Un altro elemento rilevante è la consapevolezza delle persone interessate della precarietà della loro condizione rispetto alle leggi sull'immigrazione nel momento di costituzione dei legami familiari¹⁰². Generalmente, solo la commissione di gravi reati (terrorismo, traf-

fico di stupefacenti, violenza sessuale e sulle persone) può legittimare, ai sensi della Cedu, l'adozione di una misura di espulsione nei confronti di un cittadino straniero regolarmente residente con la propria famiglia nel territorio di uno Stato contraente¹⁰³.

Per quanto riguarda il ricongiungimento familiare, esso non costituisce in sé una prerogativa garantita dall'art. 8 Cedu poiché, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il diritto al rispetto per la vita familiare non comporta per gli Stati contraenti l'obbligo positivo di permettere il ricongiungimento familiare sul proprio territorio¹⁰⁴.

Benché inizialmente fosse propensa a valutare più restrittivamente i casi di ammissione di stranieri, rispetto a quelli di espulsione, applicando quale criterio principale di bilanciamento quello della possibilità, per il migrante e per il suo nucleo familiare, di stabilirsi altrove¹⁰⁵, a partire dalla sentenza *Sen c. Paesi Bassi*¹⁰⁶ la Corte ha applicato ai casi di ricongiungimento familiare sostanzialmente gli stessi *standard* utilizzati per dirimere il conflitto tra tutela della vita familiare e gestione dei flussi migratori nei casi di espulsione. Ad esempio, prendendo in considerazione «l'età dei minori interessati, la situazione nel Paese di origine e il grado di dipendenza nei confronti dei genitori», essa ha censurato, per violazione dell'art. 8 Cedu, il rifiuto delle autorità olandesi di ammettere sul territorio una minore di nazionalità turca, al fine di permetterle il ricongiungimento con i genitori, già stabilmente residenti con gli altri figli nel territorio dello Stato ospitante¹⁰⁷. Essa ha parimenti

100. Corte Edu, 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, ric. n. 54273/00.

101. Corte Edu, 5 luglio 2005, *Üner c. Paesi Bassi*, ric. n. 46410/99; vds. altresì, recentemente, Corte Edu, 18 dicembre 2018, *Saber e Boughassal c. Spagna*, ric. nn. 76550/13 e altri.

102. Corte Edu, 26 gennaio 1999, *Sarumi c. Regno Unito* (dec.), ric. n. 43279/98; 9 novembre 2000, *Shebashov c. Lettonia* (dec.), ric. n. 50065/99.

103. Cfr. le sentenze 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, ric. n. 21794/93; 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ric. n. 22070/93; 22 giugno 2004, *Ndangoya c. Svezia*, ric. n. 17868/03; 13 dicembre 2005, *Pello-Sode c. Svezia*, ric. n. 34391/05. Neppure la commissione di gravi infrazioni è sempre sufficiente a legittimare, sotto il profilo della Convenzione, una rottura dell'unità familiare del cittadino straniero: 10 aprile 2004, *Mehemi c. Francia*, ric. n. 53470/99; 11 luglio 2002, *Amrollahi c. Danimarca*, ric. n. 56811/00; 13 luglio 1995, *Nasri c. Francia*, ric. n. 19465/92.

104. Corte Edu, 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi* [GC], ric. n. 12738/10, § 107; *Biao c. Danimarca*, cit., § 117.

105. Sentenza *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, cit.; Corte Edu, 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, ric. n. 21702/93; 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, ric. n. 23218/94.

106. Corte Edu, 21 dicembre 2001, ric. n. 31465/96.

107. Cfr. sentenza *Sen*, cit., ove i giudici hanno ritenuto che violasse l'art. 8 Cedu il rifiuto delle autorità olandesi di consentire il ricongiungimento a una coppia di coniugi turchi, residenti nei Paesi Bassi con due figli, del terzo figlio che si trovava in Turchia con la famiglia di origine. Nella decisione della Corte, ha rivestito un peso preponderante la difficoltà per la famiglia *Sen* di ristabilirsi in Turchia, dovuta al fatto che due dei tre figli erano cresciuti nei Paesi Bassi e si erano ivi integrati. Cfr. altresì Corte Edu, 1° dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 60665/00, ove è stato giudicato contrario all'art. 8 Cedu il diniego del ricongiungimento familiare nei confronti della figlia quindicenne «di primo letto» di una cittadina eritrea residente nei Paesi Bassi e ivi sposata con un cittadino eritreo, dal quale aveva avuto altri due figli. La Corte ha ritenuto che la situazione peculiare della ricorrente, sfollata nel corso della guerra civile eritrea, giustificasse l'accoglimento della richiesta di ricongiungimento, pur presentata diversi anni dopo l'abbandono del Paese d'origine e relativa a una minore integrata nel tessuto sociale di tale Stato.

ritenuto contrario all'art. 8 Cedu il rifiuto delle autorità nazionali di accordare un permesso di soggiorno alla madre non affidataria di una minore in tenera età, conferendo rilievo preponderante alla circostanza che l'eventuale ritorno della ricorrente nel Paese di origine avrebbe implicato l'interruzione dei rapporti familiari con la figlia, affidata al padre e destinata a risiedere nello Stato ospitante¹⁰⁸.

In definitiva, i fattori tenuti in considerazione nel bilanciamento tra diritto al ricongiungimento familiare e prerogative statali nella gestione dei flussi migratori sono la portata del pregiudizio alla vita familiare, l'intensità dei legami del richiedente con lo Stato ospitante, la possibilità di stabilire la residenza familiare nello Stato di origine, la sussistenza di motivi di ordine pubblico (precipuamente la commissione di reati) per negare il ricongiungimento¹⁰⁹. Non è, invece, ritenuto contrario all'art. 8 Cedu subordinare il ricongiungimento familiare all'autosufficienza economica del nucleo familiare¹¹⁰. I procedimenti di ricongiungimento familiare debbono, infine, garantire un adeguato grado di trasparenza e celerità¹¹¹.

8. Considerazioni conclusive

Le norme di cui agli artt. 8, 12 e 14 Cedu hanno originato una giurisprudenza ricca di riflessi sul diritto di famiglia degli Stati europei. La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur muovendosi nel paradigma casistico insito nel concetto di «diritti umani», ha tracciato i principi di un «diritto europeo della famiglia», imperniato sul bilanciamento tra il principio di autodeterminazione della persona, radice individualista della nozione di «diritti fondamentali», e la tutela di esigenze a rilevanza collettiva e pubblicistica, da modularsi, in una materia legata al tessuto socioculturale di ciascun Paese come il diritto di famiglia, secondo le peculiarità dei differenti contesti nazionali.

A fronte dell'ineludibile dato del pluralismo dei modelli familiari, la Corte europea ha mostrato un atteggiamento di inclusività, riconoscendo l'esistenza di nuovi modelli di relazioni di coppia e parentali. Il pieno riconoscimento di pari diritti è stato, però, affermato in maniera proporzionale al grado di *consensus* esistente tra Stati contraenti rispetto alle nuove problematiche poste dall'evoluzione del concetto di «famiglia» nel contesto europeo. Così, i principi del-

la tutela della relazione genitoriale, della preminenza dell'interesse del minore e dell'uguaglianza tra figli, sostanzialmente comuni al diritto di famiglia degli Stati europei, sono stati pienamente recepiti e applicati dalla Corte europea. Il riconoscimento di modelli di coppia differenti da quello fondato sul matrimonio eterosessuale e di nuove modalità di costituzione della filiazione, quali l'adozione da parte di coppie *same-sex*, la procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri, temi controversi nello spazio europeo, è invece avvenuto in maniera parziale, e tanto più facilmente quanto venisse in considerazione la necessità di tutelare i «*best interests*» del minore.

Se l'interpretazione evolutiva della Convenzione rimane, dunque, subordinata al *consensus* esistente tra Stati contraenti rispetto a questo o quell'aspetto del diritto di famiglia, la Corte, in materie ove un *consensus* fosse difficilmente individuabile, ha utilizzato altre tecniche di tutela per adeguare la Cedu, redatta oltre un cinquantennio addietro, all'odierna realtà dei rapporti familiari.

In particolare, quando ha ritenuto di non poter dedurre determinati diritti, pur pertinenti alla sfera familiare – il diritto ad accedere all'adozione, al divorzio, all'aborto, alla procreazione medicalmente assistita – dagli artt. 8 e 12 Cedu, la Corte, servendosi del concetto di «diritti addizionali», ha affermato, con determinazione crescente, la propria competenza a controllare che tali diritti, una volta autonomamente riconosciuti dagli Stati contraenti, possano essere esercitati senza restrizioni irragionevoli o discriminatorie. In altre parole, benché la Convenzione non imponga agli Stati contraenti di garantire il diritto ad adottare, a divorziare, a interrompere una gravidanza o a diventare genitori tramite procreazione assistita, ove uno Stato si determini autonomamente a riconoscere tali diritti, ed essi «ricadano nella sfera d'influenza» di una disposizione della Convenzione, esso è tenuto, ai sensi della Cedu, a garantire l'accesso a tali diritti in maniera effettiva e non discriminatoria. Formalmente, la Corte non fa che garantire che scelte *già compiute dagli Stati* siano coerenti con i principi di non discriminazione ed esercizio effettivo dei diritti garantiti; sostanzialmente, essa tutela diritti non originariamente inclusi nella sfera di protezione della Cedu, così realizzando un meccanismo pretorio di adeguamento del testo convenzionale alla mutata realtà sociale e giuridica.

108. Corte Edu, 31 gennaio 2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, ric. n. 50435/99.

109. Sentenza *Rodrigues da Silva e Hoogkamer*, cit., § 38; 22 giugno 1999, *Ajayi e altri c. Regno Unito* (dec.), ric. n. 27663/95; 5 settembre 2000, *Solomon c. Paesi Bassi* (dec.), ric. n. 44328/98.

110. Corte Edu, 26 aprile 2007, *Konstadinov c. Paesi Bassi*, ric. n. 16351/03, § 50.

111. Corte Edu, 10 luglio 2014, *Tanda-Muzinga c. Francia*, ric. n. 2260/10, § 82.

Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo

di Gianpaolo Maria Ruotolo

Il lavoro analizza, inserendole nel contesto europeo e alla luce di alcuni parametri di origine internazionalistica, le modifiche apportate al sistema italiano di diritto internazionale privato dalle recenti norme sull'unicità dello *status* di figlio e le unioni civili.

1. Premessa / 2. Le “nuove” famiglie e gli obblighi internazionali / 3. La modifica della disciplina italiana di conflitto dopo lo *status* unico di figlio e la “legge Cirinnà” / 4. La scarsa armonizzazione del diritto di famiglia in Europa: l'art. 81 Tfu, la norma “passerella”, le difficoltà della Conferenza dell'Aja / 5. Questioni in materia di filiazione: il diritto applicabile / 6. Alcune questioni relative alla maternità surrogata, tra diritto applicabile e circolazione internazionale degli *status* familiari (la sentenza della Cassazione, sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193) / 7. Gli accordi di convivenza e le unioni civili tra *upgrade* e *downgrade* dei rapporti tra persone dello stesso sesso / 8. Conclusioni

1. Premessa

La realtà sociale contemporanea e lo sviluppo della scienza e della medicina hanno comportato l'emersione di formazioni familiari in precedenza relegate nell'ambito privato o addirittura del tutto impensabili, imponendo così la regolamentazione dei rapporti tra i membri di tali formazioni, sotto numerosi profili, di pertinenza di differenti ambiti del diritto.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, si sono così verificati dapprima *revirement* giurisprudenziali a normativa invariata, il più delle volte assunti in ottemperanza a obblighi internazionali e, quindi, si sono finalmente perfezionate alcune rilevanti modifiche dell'ordinamento positivo, consistenti nell'introduzione, da parte del legislatore, di numerose nuove previsioni sia di contenuto materiale sia di portata strumentale.

Tra queste ultime, non molto investigate da parte della dottrina e ancor meno applicate da parte della giurisprudenza, rientrano le norme relative ai numerosi aspetti internazionalprivatistici della vita delle “nuove” famiglie, su alcuni dei quali, in particolare quelli relativi al diritto applicabile¹, il presente scritto intende soffermarsi.

Eppure elementi di transnazionalità caratterizzano sempre più di sovente i rapporti tra privati in generale e il diritto di famiglia in particolare, per l'elevata frequenza contemporanea dei movimenti internazionali di persone e per la rilevanza del fenomeno migratorio, sia *intra* sia *extra* Ue.

Sotto un profilo più strettamente metodologico, chiariamo che la nostra analisi, oltre a cercare di ricostruire il quadro normativo esistente, mira a verificarne la compatibilità con una serie di principi di riferimento, desumibili dal diritto internazionale e, seppur in misura minore, dal diritto dell'Unione europea.

1. Chiariamo da subito, infatti, che non saranno oggetto di analisi, se non incidentale, le previsioni relative agli aspetti di diritto processuale civile internazionale delle fattispecie che esamineremo.

È infatti il caso di ricordare come le norme di diritto internazionale privato, pur se nella maggioranza dei casi prive di contenuto materiale², implicino comunque precise opzioni valoriali effettuate dal legislatore e, pertanto, non possano esser considerate “neutrali”³.

Il loro contenuto può e deve, di conseguenza, essere valutato alla luce di parametri di riferimento, come le norme della Costituzione o, per il tramite di questa, di obblighi internazionali come, tra gli altri, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), nonché del diritto dell'Unione europea.

L'analisi che stiamo per condurre, pertanto, implicherà anche una valutazione delle scelte effettuate dal legislatore in materia di disciplina internazional-privatistica delle “nuove” famiglie alla luce dei valori giuridici, di origine interna o internazionale, che informano l'ordinamento italiano⁴.

Per quanto concerne la struttura della nostra indagine, ci occuperemo, trasversalmente rispetto alle innovazioni normative via via intervenute, dapprima di alcuni profili relativi alla filiazione e, quindi, di certi aspetti delle unioni tra persone dello stesso sesso, utilizzando la questione della cd. “maternità surrogata” come *trait d'union* tra i due temi, per giungere quindi a tracciare delle brevi conclusioni.

2. Le “nuove” famiglie e gli obblighi internazionali

Iniziamo col ricordare che, sotto il profilo materiale, prima della introduzione dello *status* unico di figlio – di cui diremo più avanti – l'ordinamento

italiano, come noto, dava rilevanza, ai fini della disciplina della filiazione, all'esistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori, e distingueva così tra filiazione legittima (relativa ai figli nati *all'interno* del matrimonio) e filiazione naturale (relativa ai figli nati *al di fuori* del matrimonio); a queste si aggiungevano la filiazione legittimata e quella adottiva, in cui il rapporto, evidentemente, non era conseguenza della procreazione.

In questo contesto, la legge n. 218 del 31 maggio 1995 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»), nella sua formulazione originaria, pur portatrice, come vedremo, di soluzioni avanguardistiche, concepiva comunque il rapporto di filiazione, sotto il profilo internazionalprivatistico⁵, come condizionato dai rapporti esistenti tra i genitori e quindi, seppur utilizzando in linea di principio il criterio di collegamento della cittadinanza, lo agganciava a momenti (e soggetti) diversi a seconda del tipo di filiazione da regolare (naturale, legittimata, legittima)⁶.

Per altro verso, prima delle modifiche apportate in occasione della introduzione in Italia delle unioni civili – di cui pure diremo più avanti –, il nostro ordinamento non conteneva alcuna norma di diritto internazionale privato volta a individuare il diritto applicabile ai rapporti familiari tra persone del medesimo sesso. Sotto il profilo del diritto processuale civile internazionale, la giurisprudenza interna, peraltro, riteneva (e ritiene ancora, anche se in un mutato contesto) finanche non trascrivibili i relativi atti di matrimonio e non riconoscibili le relative sentenze, essenzialmente per incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, come allora percepito vigente⁷.

2. Sull'opposta tendenza, più recente, che vede il legislatore, in particolare dell'Unione europea, inserire norme materiali in strumenti di diritto internazionale privato, vds., da ultimo, P. Franzina, *L'inserimento di norme materiali in misure legislative dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 559 ss.

3. Sul punto vds. Corte cost., 26 febbraio 1987, n. 71; 10 dicembre 1987, n. 477; 4 luglio 2006, n. 254.

4. Al riguardo, per tutti, vds. F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I – Parte generale e obbligazioni*, Utet, Torino, 2017 (8^a ed.), pp. 186 ss.

5. V.G. Carella, *Articoli 33-37*, in S. Bariatti (a cura di), *L. 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1996, pp. 1184 ss.

6. Prima dell'approvazione della legge di riforma, la norma di conflitto applicabile alla filiazione era l'art. 17, relativo in generale allo stato e alla capacità delle persone e ai rapporti di famiglia, che prevedeva che tali situazioni fossero regolate dalla legge dello Stato del soggetto interessato (con il conseguente, complesso cumulo di disciplina nel caso di famiglie composte da soggetti di cittadinanza differente).

7. Ricordiamo che la Corte costituzionale, con sentenza del 14 aprile 2010, n. 138, poi confermata con ordinanza n. 276/2010, ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'appello di Trento per presunta violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117, comma 1, Cost. da parte di alcuni articoli del cc «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». È anche vero che la Corte, nel caso di specie, ha riconosciuto però alle unioni tra persone dello stesso sesso la natura di formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., ai cui membri spetta quindi «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, si veda E. Vincenti, *Il matrimonio tra persone di orientamento omosessuale*, in Aa. Vv., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2012.

Questo rendeva l'approccio del legislatore italiano in materia di diritto internazionale privato della famiglia non pienamente compatibile tanto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quanto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento Ue per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia e, poi, formalizzati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), essenzialmente per l'esistenza della discriminazione tra le varie "categorie" di figli e di *partner*.

Ora, per quanto riguarda la Cedu, ricordiamo brevemente come in diverse occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato la violazione dell'art. 14 (che, come noto, contempla il divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (il quale prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione⁸, in numerosi casi di diritto di famiglia connessi all'orientamento sessuale dei *partner*⁹.

Per quanto riguarda il diritto Ue, poi, ricordiamo che l'art. 21 Cdfue, come noto, vieta le discriminazioni basate sulla nascita¹⁰, e che tale articolo, con riguardo al tema di cui ci stiamo occupando, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 9, che prevede il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

La Corte di giustizia (seppur nell'ambito delle scarse competenze Ue in materia di diritto di famiglia, di cui diremo *infra*, nel par. 4) ha poi chiarito che, nell'ambito del diritto derivato relativo all'eser-

cizio della libertà di circolazione, la nozione di "coniuge", che designa una persona unita a un'altra da vincolo matrimoniale, è neutra dal punto di vista del genere e può comprendere, quindi, il coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione¹¹.

È comunque il caso di sottolineare come la prassi cui abbiamo appena fatto riferimento non abbia alcuna pretesa di completezza e abbia il solo fine di suggerire, a questo punto ancora iniziale della nostra trattazione, il contesto giuridico-valoriale in cui l'ordinamento italiano è inserito, e in cui si inserisce la nostra analisi¹².

3. La modifica della disciplina italiana di conflitto dopo lo *status unico di figlio* e la "legge Cirinnà"

La disciplina italiana di conflitto della filiazione – la quale va coordinata con le pertinenti norme convenzionali e di diritto Ue e, segnatamente, con la Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori¹³ e, per i profili di diritto processuale civile internazionale (i quali però esulano dalla nostra trattazione, se non per alcuni aspetti a essa strumentali), con il regolamento "Bruxelles II bis"¹⁴ – è oggi contenuta negli articoli da 33 a

8. In letteratura, si vedano F. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 1/2016, pp. 49 ss.; F. Pesce, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, *ivi*, pp. 5 ss.; D. Rinoldi, *Il diritto vivente alla prova del rispetto della vita privata, in particolare familiare, in Europa*, in A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 65 ss.

9. Non è questa la sede per un'analisi approfondita della giurisprudenza Cedu relativa ai profili cui accenniamo nel testo, per la quale si veda la guida «*Sexual orientation issues*», predisposta nel marzo 2019 dal Servizio giuridico della stessa Corte e reperibile online: www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf. In letteratura, vds. P. Johnson, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights*, in *The Modern Law Review*, 2012, pp. 1136 ss. Quanto a noi, ci limiteremo a citare, quando strettamente necessari allo sviluppo del nostro discorso, alcuni casi decisi dalla Corte Edu.

10. «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

11. Cgue, 5 giugno 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman*. Al riguardo, va detto, però, che la Carta lascia agli Stati membri un importante margine di discrezionalità: «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Sul principio di libera circolazione intracomunitaria degli *status* familiari, vds. anche Cgue, 2 dicembre 1997, C-336/94, *Dafeki*.

12. Vedremo, *infra*, come valori siffatti possano impattare sul sistema di diritto internazionale privato, ad esempio per il tramite del limite dell'ordine pubblico.

13. Il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica ed eseguito la Convenzione con la legge 18 giugno 2015, n. 101. Va detto, per chiarezza, che l'art. 4 della Convenzione esclude dall'ambito di applicazione della stessa l'esistenza di un rapporto di filiazione o le questioni relative agli alimenti.

14. Regolamento (CE) n. 2201/2003: competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale. Il regolamento, per espressa previsione (art. 1, par. 3, lett. a), non si applica alla determinazione o all'impugnazione della filiazione.

36-*bis* della legge n. 218/1995, come modificati dal d. lgs n. 154/2013¹⁵.

Le modifiche così apportate hanno eliminato dalla disciplina di conflitto italiana tutte le norme che discriminavano tra i figli “legittimi” e “naturali”, in base al principio, oggi contenuto nell’art. 315 cc, secondo il quale «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico»¹⁶.

È così stato modificato l’art. 33, con l’eliminazione di ogni distinzione, originariamente prevista, tra le dette categorie di figli e la dichiarazione che tutte le norme italiane che sanciscono l’unicità dello stato di figlio sono di applicazione necessaria (cioè, evidentemente, ha eliminato in radice ogni dubbio che sarebbe potuto insorgere con riguardo alla natura di ordine pubblico dell’unicità dello *status* di figlio), abrogato l’art. 34, che disciplinava gli aspetti internazionalprivatistici della legittimazione (ormai, evidentemente, superflua), introdotta nell’art. 35 una disciplina del riconoscimento del figlio (non più relativa, come il testo precedente, al figlio «naturale»), contemplata, all’art. 36, la «responsabilità genitoriale» in luogo della «potestà dei genitori»¹⁷ e inserito, infine, un nuovo art. 36-*bis* che qualifica nuovamente come norme di applicazione necessaria tutte quelle che attribuiscono a entrambi i genitori la responsabilità genitoriale e il dovere di provvedere al mantenimento del figlio, nonché quelle che

attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio¹⁸.

Il regime internazionalprivatistico delle “nuove” famiglie, poi, al di là dei rapporti di filiazione, è completato dalle modifiche apportate alla medesima legge n. 281/1995 dalla legge n. 76/2016.

Quest’ultima, nota anche come “legge Cirinnà”, contiene la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», e ha inserito nella l. n. 218/1995 l’art. 30-*bis*, relativo ai contratti di convivenza¹⁹.

La medesima legge Cirinnà, all’art. 1, comma 28, lett. *b*, contemplava poi una delega al Governo perché provvedesse a modificare e riordinare «le norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l’applicazione della disciplina dell’unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all’estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo».

In attuazione di tale delega, è stato quindi adottato il d.lgs n. 7/2017²⁰, il quale ha inserito nella l. n. 218/1995 gli artt. 32-*bis* («Matrimonio contratto all’estero da cittadini italiani dello stesso sesso») ²¹, 32-*ter* («Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso») ²², 32-*quater* («Scioglimento dell’unio-

15. Il decreto in parola è stato adottato in ottemperanza alla delega contenuta nella l. n. 219/2012. La legge, intitolata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», ha innovato la normativa sulla filiazione introducendo il principio di unicità dello stato di figlio, eliminando così ogni discriminazione fra i figli nati nel matrimonio e quelli nati al di fuori dello stesso. La delega al Governo contemplava il «riordino dei criteri di cui agli articoli 33, 34, 35 e 39 della legge 31 maggio 1995, n. 218, concernenti l’individuazione, nell’ambito del sistema di diritto internazionale privato, della legge applicabile, anche con la determinazione di eventuali norme di applicazione necessaria in attuazione del principio dell’unificazione dello stato di figlio».

16. Sul tema vds., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. Honorati, *La nuova legge sulla filiazione e il suo impatto sul diritto internazionale privato*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 2727 ss.; O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/2014, pp. 394 ss.; F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II. Statuto personale e diritti reali*, Utet, Torino, 2016 (4^a ed.), pp. 182 ss.

17. Così facendo, la legge si allinea finalmente alla terminologia utilizzata nel regolamento “Bruxelles II bis”, anche se non è detto che le due espressioni debbano necessariamente coincidere nei significati; cfr. O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione*, op. cit., p. 396.

18. Va detto che la qualificazione della previsione in parola come norma di applicazione necessaria è conseguenza del fatto che, a nostro giudizio, essa fa riferimento alle misure previste dal diritto italiano a tutela dei minori, senza che la stessa possa però essere concepita come un titolo di giurisdizione autonomo o prescindere da un titolo di giurisdizione.

19. «1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima».

20. «Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell’articolo 1, comma 28, lettera *b*), della legge 20 maggio 2016, n. 76».

21. «Il matrimonio contratto all’estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell’unione civile regolata dalla legge italiana».

22. «1. La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell’unione civile. Se la legge applicabile non ammette l’unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana. Le disposizioni di cui all’articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76, sono di applicazione necessaria. 2. Ai fini del nulla osta di cui all’articolo 116, primo comma, del codice civile, non rilevano gli impedimenti relativi al sesso delle

ne civile»)²³, 32-*quinquies* («Unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso»)²⁴ e modificato l'art. 45 («Obbligazioni alimentari nella famiglia»)²⁵ l. n. 218/1995.

Tutte queste norme – singolarmente prese e, soprattutto, analizzate *in blocco* – suggeriscono alcune riflessioni, sia con riguardo alle loro modalità applicative, sia rispetto all'impatto da esse prodotto sui meccanismi “di parte generale”, di funzionamento del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Facciamo riferimento, ad esempio, al potenziale rischio di reciproca preliminarità di alcune questioni (si pensi al caso del rapporto tra cittadinanza e filiazione), ai problemi di qualificazione di alcune categorie non armonizzate nei vari ordinamenti nazionali (“figlio”, “filiazione”, “padre”, “madre”), all'uso estensivo di norme di applicazione necessaria, alla delimitazione dell'ordine pubblico internazionale, nonché, infine e più in generale, alla pluralità dei metodi di coordinamento utilizzati dalle nuove disposizioni (in particolare, del metodo delle considerazioni materiali e del rinvio all'ordinamento competente)²⁶, i quali impattano a loro volta in maniera differente sul modo di operare degli istituti di “parte generale” (si pensi, a mero titolo di esempio, al cd. “rinvio *in favorem*” di cui all'art. 13, comma 3, il quale prevede che nei casi di cui agli artt. 33 e 35 si possa tener conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione).

4. La scarsa armonizzazione del diritto di famiglia in Europa: l'art. 81 Tfeue, la norma “passerella”, le difficoltà della Conferenza dell'Aja

Occorre ribadire la complessità del concetto giuridico di filiazione: essa è, difatti, l'insieme di molteplici rapporti che intercorrono tra una persona e il suo genitore.

L'espressione comprende quindi una pluralità di aspetti distinti: si pensi, solo per citarne alcuni, al momento costitutivo, ai rapporti tra *ogni* genitore e il figlio, alle reciproche obbligazioni alimentari.

Per quanto concerne i profili transnazionali, poi, va evidenziato come tale complessità sia aggravata – e la “circolazione” degli *status* familiari sia, quindi, viepiù complicata, anche solo all'interno dell'Unione europea – dalle notevoli differenze normative esistenti tra i vari ordinamenti interni, ad esempio, nella definizione di “figlio/filiazione” o di “famiglia”²⁷.

Ora, ricordiamo che l'art. 81, parr. 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfeue) prevede che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, la quale è fondata, come noto, sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, l'Unione possa adottare, con la procedura legislativa ordinaria, misure di armonizzazione, intese cioè a ravvicinare la disciplina materiale degli Stati membri.

parti. Qualora la produzione del nulla osta sia preclusa in ragione del mancato riconoscimento, secondo la legge dello Stato di cui lo straniero è cittadino, dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o di analogo istituto, il nulla osta è sostituito da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Resta salva la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia. 3. L'unione civile è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge del luogo di costituzione o dalla legge nazionale di almeno una delle parti o dalla legge dello Stato di comune residenza al momento della costituzione. 4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede. 5. Alle obbligazioni alimentari si applica l'articolo 45».

23. «1. In materia di scioglimento dell'unione civile la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando una delle parti è cittadina italiana o l'unione è stata costituita in Italia. I medesimi titoli di giurisdizione si applicano anche in materia di nullità o di annullamento dell'unione civile. 2. Lo scioglimento dell'unione civile è regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale».

24. «1. L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana».

25. «1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, e successive modificazioni».

26. Vds., per tutti, P. Picone, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, pp. 289 ss. e *Id.*, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Aa. Vv.*, *Recueil des cours*, vol. 276, Accademia di diritto internazionale dell'Aia, L'Aia/Boston/Londra, 2000.

27. Ma sul concetto di “famiglia”, come interpretato dalla Corte Edu, vds. *infra*, nota 55.

Ai sensi del successivo par. 3, però, qualora tali misure siano relative proprio al diritto di famiglia con implicazioni transnazionali, è previsto che le stesse possano essere adottate solo mediante una procedura legislativa speciale, in cui, a differenza di quella ordinaria, il Consiglio delibera all'*unanimità* e con la mera consultazione del Parlamento europeo.

Per quanto riguarda la delimitazione dell'ambito di applicazione di questa procedura, poi, va detto che il Trattato di Lisbona ha introdotto, all'art. 81, par. 3, Tfu, capoversi secondo e terzo, una norma definita "passerella", la quale consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere, sempre all'*unanimità*, quali sono gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali che possono essere regolati mediante atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria.

Questa possibilità, però, è condizionata al rispetto di alcuni requisiti procedurali alquanto rigidi: i parlamenti nazionali, infatti, devono essere informati dell'attivazione della "passerella" e se, entro sei mesi dalla data di tale informazione, anche solo uno di essi dovesse comunicare la sua opposizione, la decisione non potrà essere adottata e, di conseguenza, quegli aspetti resteranno regolabili solo con la procedura speciale.

In mancanza di una siffatta opposizione, invece, il Consiglio potrà adottare – comunque all'*unanimità* – la decisione e quindi sottoporre alla procedura legislativa ordinaria i desiderati aspetti del diritto di famiglia con implicazioni transnazionali.

Il meccanismo appena descritto attesta chiaramente le reticenze degli Stati membri non solo a uniformare, ma finanche – e meno incisivamente – ad armonizzare il diritto di famiglia con implicazioni transnazionali, se non a condizione di condividere all'*unanimità* siffatte misure (o la volontà di farle transitare nell'ambito di applicazione del procedimento legislativo ordinario).

Il meccanismo in parola, così, ha reso difficile l'adozione di misure normative dell'Ue in materia di rapporti di famiglia con implicazioni transnazionali, tant'è che, in molti casi, gli Stati membri hanno pensato di by-passarlo facendo ricorso alla *cooperazione rafforzata*.

Ciò è avvenuto, ad esempio, per il regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una co-

operazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale o per la decisione (UE) 2016/954, del 9 giugno 2016, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

La delicatezza dei temi trattati e le differenti prospettive esistenti tra gli Stati, poi, hanno reso difficoltosa anche l'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato mediante strumenti esterni all'Ue, come quelli più tradizionalmente convenzionali.

A tale riguardo, ricordiamo solo come la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato abbia, qualche anno addietro, istituito un gruppo di esperti il quale, da ultimo, in un *report* del marzo 2019, pur riconoscendo l'opportunità e l'importanza di garantire prevedibilità, certezza e continuità alla genitorialità (in particolare, quella derivante da maternità surrogata nelle situazioni internazionali), e auspicando lo sviluppo di uno strumento multilaterale vincolante che contenga sia norme materiali uniformi, sia regole processuali per il riconoscimento transfrontaliero delle relative decisioni giudiziarie, ammetta di non essere ancora riuscito a giungere a un testo condiviso da offrire agli Stati per la firma²⁸.

5. Questioni in materia di filiazione: il diritto applicabile

La filiazione è, quindi, un coacervo di molteplici e differenti aspetti i quali sono disciplinati, sotto il profilo internazionalprivatistico, e in particolare per quanto concerne l'individuazione del diritto applicabile, da autonome norme di conflitto, con il conseguente elevato rischio di frazionamento eccessivo della fattispecie.

Ora, è il caso di ricordare come la disciplina di conflitto italiana, contenuta, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, negli artt. 33-36 *bis* della legge n. 218/1995, si ispiri al principio del *favor filiationis*, che rappresenta in qualche misura la manifestazione internazionalprivatistica di quell'«interesse superiore del minore»²⁹ sancito da numerosi strumenti inter-

28. Il rapporto è reperibile *online* all'indirizzo www.hcch.net.

29. N. Di Lorenzo, *Il superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in A. Ruggieri - D. Rinoldi - V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie'*, op. cit., pp. 299 ss.; O. Lopes Pegna, *L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2/2013, pp. 357 ss.

nazionali vincolanti³⁰ e non, e che ha guidato anche la giurisprudenza Cedu³¹.

Il *favor* in questione si esprimeva, già nella formulazione originaria della l. n. 218/1995 – tra l'altro – nel frequente uso del concorso alternativo tra criteri di collegamento e nel meccanismo del rinvio *in favorem* al quale abbiamo già accennato (entrambi espressione del metodo di coordinamento delle considerazioni materiali)³².

Si tratta di un elemento che non è scomparso neppure nella formulazione attuale dell'art. 33 che, ricorrendo ancora al concorso alternativo tra criteri di collegamento, prevede che lo *status* (ormai unico) di figlio sia determinato dalla legge nazionale del figlio o, *se più favorevole*, dalla legge nazionale di uno dei genitori.

Come si vede, la categoria giuridica utilizzata in primo luogo nel concorso di cui all'art. 33 è quella della nazionalità del figlio, che costituisce quindi il criterio per l'individuazione del diritto applicabile alla filiazione.

L'individuazione della nazionalità del figlio pare costituire, quindi, una questione preliminare rispetto alla filiazione.

Ora, è forse il caso di ricordare come l'ordinamento italiano non regoli esplicitamente la problematica del diritto applicabile alle questioni preliminari³³. Deve, parimenti, essere ricordato come, in molti ordinamenti, come quelli che utilizzano il principio dello *jus sanguinis*, la nazionalità del figlio dipenda proprio dal rapporto di filiazione che si intende accertare, nel senso che la cittadinanza del figlio viene individuata in base a quella dei genitori (o di uno di essi)³⁴.

La situazione appena descritta, insomma, pare implicare il rischio di reciproca preliminarità di cittadinanza e filiazione, con la creazione di un circolo vizioso.

Deve essere evidenziato, però, come è stato autorevolmente osservato, che le questioni in parola non hanno *entrambe* natura e rilevanza internazionale-privatistica, dal momento che l'accertamento della filiazione con riguardo al solo fine dell'attribuzione della cittadinanza, stante la peculiarità del rapporto, può essere determinato alla luce del diritto materiale dello Stato di cui si vuole attribuire la cittadinanza³⁵.

Va pure detto, comunque, che il legislatore avrebbe potuto contemplare un (ulteriore) concorso di criteri di collegamento, magari più adatti a individuare

30. Si vedano, tra gli altri, gli artt. 3, 9, 18, 21 (in materia di adozione) e 40 della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, eseguita dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176; gli artt. 1 e 6, Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996 ed eseguita dall'Italia con legge del 20 marzo 2003, n. 77; l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

31. Cfr. Corte Edu, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia* (ric. n. 65941/2011) e *Menesson c. Francia* (ric. n. 65942/2011); 27 gennaio 2016, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/2012). In dottrina, vds. S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2015, pp. 202 ss.; J. Long, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in questa *Rivista trimestrale*, Speciale n. 1/2019, pp. 413 ss., http://questionegiustizia.it/speciale/pdf/QG-Speciale_2019-1_60.pdf. Critica l'istituto, invece, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

32. Sul punto vds. P. Picone, *Norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, pp. 276 ss. È il caso di sottolineare come il concorso alternativo di più criteri di collegamento per la determinazione dello *status* di figlio abbia un effetto rilevante anche sull'art. 65 della l. n. 218/1995, dal momento che amplia notevolmente il numero di Stati i cui provvedimenti possono beneficiare del procedimento di riconoscimento "semplificato" ivi previsto, espressione del metodo di coordinamento del rinvio all'ordinamento competente, su cui vds. P. Picone, *La méthode de la référence à l'ordre juridique étranger compétent*, in *Aa. Vv.*, *Recueil des cours*, vol. 197, Accademia di diritto internazionale dell'Aia, L'Aia/Boston/Londra, 1986.

33. Al riguardo, come noto, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato quattro distinte soluzioni: quella disgiunta (preferibile, secondo la quale la questione preliminare deve essere regolata dal diritto individuato applicabile dalla norma di conflitto del foro che disciplina quella specifica fattispecie), quella dell'assorbimento, quella congiunta, e quella legefiorista. Sulle questioni preliminari nel diritto internazionale privato vds., per tutti, P. Picone, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Jovene, Napoli, 1971; U. Villani, *La questione preliminare*, in U. Villani - M. Di Fabio - F. Sbordone, *Nozioni di diritto internazionale privato - Parte generale e obbligazioni*, Esi, Napoli, 2013, pp. 40 ss.

34. Per l'Italia, la legge 5 febbraio 1992, n. 91, «Nuove norme sulla cittadinanza», prevede, all'art. 1, che «1. è cittadino per nascita: a) il figlio di padre o di madre cittadini; b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. 2. È considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza». Ricordiamo anche che, nel corso della XVII legislatura, era emerso un importante dibattito in merito all'estensione del cd. *ius soli*, che aveva condotto all'approvazione, il 13 ottobre 2015, da parte della sola Camera, di un testo risultante dall'unificazione di un disegno di legge d'iniziativa popolare con una serie di altri disegni di legge di iniziativa parlamentare; l'approvazione da parte del Senato è stata, però, impedita dallo scioglimento delle Camere; sul punto, cfr. U. Villani, *Considerazioni introduttive in tema di cittadinanza*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionale-privatistici ed europei e sviluppi nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 15 ss.

35. Così F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II, op. cit.*, p. 189.

l'ordinamento viciniore a regolare la filiazione, nel caso di fattispecie particolari. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di coppie dello stesso sesso residenti in uno Stato diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, qualora lo Stato di residenza riconosca loro – a differenza di quello nazionale – la possibilità di instaurare il rapporto di filiazione in conseguenza di maternità surrogata³⁶ a favore di *entrambi* i *partner* commitenti, di cui uno solo sia il genitore biologico del figlio.

In casi come questo, infatti, il legislatore avrebbe potuto ricomprendere, tra gli ordinamenti tra loro in concorso e da valutare materialmente, anche quello di residenza abituale della coppia³⁷ o, come avviene per i coniugi ai sensi dell'art. 29 l. n. 218/1995, quello della prevalente localizzazione della vita di coppia.

6. Alcune questioni relative alla maternità surrogata, tra diritto applicabile e circolazione internazionale degli *status familiari* (la sentenza della Cassazione, sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193)

Come noto, la cd. “surroga di maternità” (alla quale, spesso, si fa riferimento con la brutta espressione “utero in affitto”) costituisce un meccanismo di procreazione assistita in cui una donna provvede alla gestazione per conto di una o più persone, che saranno genitori del nascituro.

In genere, al fine di regolamentare i rapporti tra tutte le parti coinvolte nel rapporto, viene instaurato un rapporto contrattuale. La fecondazione può essere così effettuata con gameti sia della coppia (o di uno dei soggetti della coppia) sterile, sia della gestante, sia, ancora, di donatrici e donatori terzi, attraverso concepimento *in vitro*³⁸.

La fattispecie in parola è regolata in maniere molto differenti nei vari ordinamenti statali, i quali possono contemplarne la piena legittimità – cui consegue, in alcuni casi, l'attribuzione immediata, da parte della *lex loci*, del rapporto di filiazione del nato esclusivamente con i genitori committenti; è il caso, ad esempio, dell'Ucraina, che condiziona tale attribuzione al fatto che il nato sia geneticamente figlio di almeno uno dei committenti³⁹ – o addirittura vietarla del tutto, prevedendo finanche sanzioni penali per chi dovesse far ricorso a tale tecnica riproduttiva.

In quest'ultimo caso rientra l'ordinamento italiano, che con l'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, sanziona penalmente la surroga di maternità.

Ora, tralasciando tanto gli aspetti penalistici quanto i profili contrattuali della questione⁴⁰, va ribadito che la complessità e la variabilità delle situazioni – e, in particolare, il fatto che la filiazione non può più definirsi *sic et simpliciter* in base a criteri puramente biologici, con la conseguente messa in crisi addirittura del tradizionale principio *mater semper certa* – possono far emergere difficoltà di qualificazione, in particolare delle categorie di “padre” e “madre”⁴¹.

Ora, come noto – e in linea di principio –, la qualificazione deve essere operata in base alla *lex fori*, cioè, nella nostra prospettiva, alla stregua dell'ordinamento italiano.

Ebbene, tale ordinamento formalizza in qualche misura proprio il principio *mater semper certa* nell'art. 269, comma 3 cc («la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre»), e ritiene così che il rapporto di filiazione, in particolare con la madre, sia quello che si stabilisce con *la donna che ha partorito*.

Ciò, evidentemente, può creare problemi proprio nei casi di cui ci stiamo occupando, in cui si potrebbe-

36. Sul punto vds., *infra*, il successivo paragrafo.

37. Su tale nozione vds. M. Mellone, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 685 ss.

38. M.C. Baruffi, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, *ivi*, pp. 161 ss.; C. Honorati, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, op. cit.*, pp. 137 ss.; S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 81 ss.

39. È il caso di ricordare che la Cassazione italiana, con la sentenza 11 novembre 2014, n. 24001, ha negato la trascrivibilità di un atto di nascita di un nato in Ucraina con procedimento di surroga di maternità, con utilizzo di materiale biologico del tutto estraneo alla coppia di committenti, e confermatone lo stato di adottabilità. Di altro avviso era stata la giurisprudenza di merito che, sulle prime, riteneva che un atto siffatto fosse trascrivibile in quanto non contrario a ordine pubblico (*cf.* Trib. Napoli, 1° luglio 2011; Corte appello Bari, 13 febbraio 2009).

40. Sulla disciplina delle obbligazioni contrattuali nel diritto internazionale privato europeo, anche se con riguardo alla Convenzione di Roma, sono ancora attuali le considerazioni di U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000.

41. Sul problema delle qualificazioni nel diritto internazionale privato vds., per tutti, G. Cansacchi, *Qualificazione di fatti o qualificazione di norme?*, in *Rivista di diritto civile*, vol. II, 1958, pp. 58 ss.

ro individuare fino a tre “madri” (la madre committente, la donatrice dell’ovulo, colei che ha condotto la gravidanza, se non coincidente con la seconda) e due “padri” (il padre committente e il donatore di seme, se non coincidenti).

È il caso, poi, di far almeno cenno al fatto che, sotto il differente profilo del diritto processuale civile internazionale, la giurisprudenza italiana si è occupata, in diverse occasioni, di cui ci è impossibile dar compiutamente conto in questa sede, della possibilità di riconoscere effetti in Italia a provvedimenti stranieri che riconoscano – mediante vari strumenti e istituti giuridici: dalla trascrizione dell’atto di nascita al riconoscimento di sentenze straniere, all’istituto dell’adozione, la cd. “*stepchild adoption*” – il rapporto di genitorialità di un membro di coppia omosessuale rispetto al figlio biologico dell’altro membro.

Anche in questo caso, si è assistito all’impatto delle situazioni relative alle “nuove” famiglie sui meccanismi di funzionamento del nostro sistema di diritto internazionale privato e, in particolare, sulla clausola di ordine pubblico, operante, nel caso di specie, come limite alla trascrizione degli atti di stato civile perfezionatisi all’estero (dPR n. 396/2000, «Casi di intrascrivibilità», art. 18: «Gli atti formati all’estero non possono essere trascritti se sono contrari all’ordine pubblico») e, ovviamente, al riconoscimento delle sentenze.

Limitandoci, per ragioni di spazio, alla giurisprudenza recentissima, segnaliamo che le sezioni unite civili della Corte di cassazione, con la sentenza n. 12193 dell’8 maggio 2019⁴², per un verso hanno confermato la non trascrivibilità in Italia di un provvedimento straniero il quale accerti il rapporto di filiazione tra i due membri di una coppia omosessuale e due minori nati con la tecnica della surroga di maternità, ma per l’altro, e al contempo, hanno sancito la possibilità, per costoro, di far ricorso all’adozione “in casi particolari”.

Numerosi i punti di interesse della sentenza, sotto il profilo dell’impatto dell’avvento delle “nuove” famiglie sul sistema internazionalprivatistico italiano.

In primo luogo la Corte, infatti, conferma quanto dicevamo in apertura, e cioè che l’ordinamento italiano contempla ormai «un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comu-

nità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali, al quale fa inevitabilmente riscontro un affievolimento dell’attenzione verso quei profili della disciplina interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai predetti canoni», con il conseguente mutamento del contenuto dell’ordine pubblico internazionale e, quindi, del connesso limite all’ingresso di regolamentazioni esterne.

In secondo luogo – e questo sebbene la Corte abbia negato la trascrivibilità dell’atto di nascita ritenendo che il divieto di maternità surrogata vigente in Italia, sanzionato peraltro penalmente, sia ancora parte degli interessi di ordine pubblico e che, come pure sancito dalla Corte Edu nelle sentenze che abbiamo già citato *supra*⁴³, sarebbe compito del legislatore (e non già del potere giudiziario) compiere una scelta di valore tanto innovativa –, la sentenza contiene però un importante riconoscimento della omogenitorialità, da rinvenirsi nella possibilità di utilizzare, anche nel caso di coppie del medesimo sesso, l’art. 44, lett. d, legge n. 184 del 1983, il quale prevede la possibilità di adozione di minori anche in assenza dei presupposti di cui all’art. 7 della stessa legge (e, in particolare, lo stato di abbandono dichiarato ai sensi di tale norma), quando via sia la constatata impossibilità di un affidamento preadottivo.

7. Gli accordi di convivenza e le unioni civili tra upgrade e downgrade dei rapporti tra persone dello stesso sesso

Per comprendere ancor meglio l’impatto della disciplina delle “nuove” famiglie sul nostro sistema di diritto internazionale privato, bisogna anche valutare complessivamente le novelle apportate alla l. n. 218/1995 dalla l. n. 76/2016⁴⁴ e dal d.lgs n. 7/2017, i quali, come abbiamo già accennato, hanno introdotto una disciplina di conflitto per gli accordi di convivenza (art. 30-*bis*), le unioni civili tra persone maggiorenni dello stesso sesso (art. 32-*ter*) – con una previsione particolare qualora tali unioni siano state costituite all’estero tra cittadini italiani dello stes-

42. La sentenza è reperibile in questa *Rivista online* (questionegiustizia.it/doc/sez_unite_12193_05_2019.pdf), con un commento in prima lettura di M. Acierno e S. Celentano, *La genitorialità e la gestazione per altri. L’intervento delle Sezioni unite*, 14 maggio 2019, www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=1939.

43. Cfr. la sentenza della Corte Edu *Paradiso e Campanelli*, cit. alla nota 31.

44. Per alcuni commenti a prima lettura si vedano L. Scaffidi Runchella, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica*, in *SidiBlog*, 16 maggio 2016, www.sidiblog.org/2016/05/16/osservazioni-a-prima-lettura-sulla-legge-sulle-unioni-civili-tra-persone-dello-stesso-sesso-nella-prospettiva-internazionalprivatistica/.

so sesso (32-*quinquies*) – e il loro scioglimento (art. 32-*quater*)⁴⁵.

La l. n. 218/1995 contiene così, oggi, anche una previsione relativa al matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso (art. 32-*bis*) e ha visto anche la modifica della norma di conflitto sulle obbligazioni alimentari (art. 45)⁴⁶.

Ora, per quanto concerne i contratti di convivenza, l'art. 30-*bis* della stessa legge prevede che ai medesimi si applichi la legge nazionale comune dei contraenti e, in caso di contratti "misti" – i quali, cioè, coinvolgano soggetti di nazionalità differente –, la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata.

Va ricordato come, già precedentemente all'approvazione della legge Cirinnà, vi fosse chi riteneva possibile la conclusione, in Italia, di contratti di convivenza mediante l'applicazione delle norme di diritto straniero che lo consentissero⁴⁷ (si pensi, ad esempio, al *pacte civil de solidarité*⁴⁸ dell'ordinamento francese o alla *lebenspartnerschaft* tedesca)⁴⁹.

Ora, va detto pure che la nuova norma di conflitto appare opportunamente modellata sull'art. 29 l. n. 218/1995, notoriamente relativo ai rapporti personali tra coniugi, e per questo non sembra essere discriminatoria. La stessa, tuttavia, specie nel caso dei rapporti misti, pare quasi presupporre una pregressa convivenza, come se essa fosse applicabile solo in sede "patologica" e non già "costitutiva" di un rapporto, lasciando così qualche dubbio sull'individuazione del diritto applicabile ai contratti di convivenza misti

che non abbiano avuto una pregressa situazione di fatto.

La stessa norma, poi, pare dare in qualche misura come "per scontata" l'esistenza di una disciplina materiale dei contratti di convivenza anche nell'ordinamento straniero ritenuto eventualmente competente, senza dire se, in assenza di essa, si debba procedere a una riqualificazione della fattispecie nell'ordinamento di richiamo (con conseguenti dubbi relativi, ad esempio, alla decisione se applicare il diritto dei contratti o il diritto di famiglia) o all'applicazione della legge italiana.

È probabile che quest'ultima soluzione sia da preferire per ragioni di sistema, dal momento che coinciderebbe con quella adottata con riguardo alle unioni civili dall'art. 32-*ter*.

Proprio con riguardo alla disciplina di conflitto delle unioni civili⁵⁰, ricordiamo poi che l'art. 1, comma 28, lett. *b*, della legge Cirinnà delegava al Governo il riordino delle norme di diritto internazionale privato al fine di prevedere l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso *regolata dalle leggi italiane* alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo.

In attuazione di tale delega, quindi, come pure abbiamo già accennato, l'art. 32-*bis* della l. n. 218/1995 prevede oggi che, qualora un cittadino italiano contragga all'estero matrimonio con persona dello stesso sesso, tale matrimonio produrrà, in Italia, gli *effetti* dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

45. Per una ampia analisi del tema pre-legge Cirinnà, S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007.

46. V.O. Lopes Pegna, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/2017, pp. 527 ss.

47. Per un riferimento a tale soluzione vds. E. Bergamini, *Contratti di convivenza e unioni civili: la nuova sfida per il diritto internazionale privato italiano e dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 28 giugno 2016 (<http://rivista.eurojus.it/contratti-di-convivenza-e-unioni-civili-la-nuova-sfida-per-il-diritto-internazionale-privato-italiano-e-dellunione-europea/>), la quale cita a sua volta la *Guida operativa in tema di convivenza* elaborata nel 2013 sotto gli auspici del Consiglio nazionale del notariato, con la supervisione di Luigi Balestra (disponibile online: www.notaicomolecco.it/wwwnotaielcocomoit/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf).

48. Il patto di solidarietà civile (Pacs) è una *partnership* contrattuale stabilita tra due adulti, a prescindere dal loro sesso, il cui scopo è organizzare la loro vita insieme stabilendo tra loro diritti e doveri. La legge che istituisce il Pacs fu approvata nel 1999 (sotto il Governo Jospin) al fine di offrire tutela alle coppie omosessuali che aspiravano a un riconoscimento del loro *status*. Il 23 aprile 2013 il Parlamento francese ha approvato la proposta di legge del Governo Hollande di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Limitandoci all'Europa, ricordiamo che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è oggi possibile in Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania (su cui vds. la nota successiva), Grecia, Irlanda, Islanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito (a esclusione dell'Irlanda del Nord), Spagna e Svezia. Non esiste una possibilità siffatta, oltre che in Italia, in Bulgaria, Croazia, Estonia, Romania.

49. La legge sul partenariato civile registrato, in vigore nella Repubblica federale di Germania dal 2001 al 2017, permetteva di istituire unioni civili indipendentemente dall'orientamento sessuale delle parti. Il 1° ottobre 2017 è stata introdotta la legge sul diritto al matrimonio per le persone dello stesso sesso; a partire da tale data, quindi, non è più possibile la creazione di nuove *partnership* e quelle già esistenti possono essere convertite, su richiesta, in matrimonio. In questo caso, insomma, siamo in presenza di un fenomeno di *upgrade* volontaria dell'unione civile in matrimonio, opposto al *downgrade* del matrimonio in unione civile, previsto invece nell'ordinamento italiano, di cui diremo *infra*.

50. Su cui vds., per tutti, B. Barel, *Cittadinanza e disciplina di conflitto delle unioni civili*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, op. cit.* pp. 171 ss.

Misura analoga è prevista, dall'art. 32-*quinquies*, con riguardo alle unioni civili concluse all'estero tra persone dello stesso sesso di cui almeno una sia cittadino italiano.

Entrambe queste norme potrebbero esser viste come norme che impongono una "riqualificazione" della fattispecie con elementi di estraneità (matrimonio o unione tra persone dello stesso sesso contratta all'estero) alla stregua dei criteri ermeneutici dell'ordinamento italiano, il quale, non prevedendo il matrimonio omosessuale, non può quindi che regolare entrambe le fattispecie con le uniche norme materiali applicabili, oppure come disposizioni che, seppur non esplicitamente, contemplano l'applicazione necessaria (ai sensi dell'art. 17, l. n. 218/1995) del diritto materiale italiano relativo alle unioni civili (come, peraltro, avviene nell'art. 33 con riguardo all'unicità dello *status* di figlio), con la sua conseguente applicazione anche a situazioni con elementi di estraneità.

In entrambi i casi, il meccanismo illustrato andrà comunque a impattare tanto sui matrimoni omosessuali quanto sulle unioni civili concluse all'estero, anche se in maniera differente.

Con riguardo ai primi, infatti, l'applicazione "forzata" del diritto materiale italiano avrà l'effetto di produrre un *downgrade* del matrimonio omosessuale contratto all'estero in una unione civile⁵¹; nel caso delle seconde, invece, ciò potrà comportare, in termini di diritti dei *partner*, effetti favorevoli (con un *upgrade*) o pregiudizievoli (con un *downgrade* analogo a quello che abbiamo visto verificarsi per il matrimonio) a seconda del contenuto del regime straniero "originario" e di quello italiano che si impone⁵².

Anche in questo caso, quindi, sarebbe stato forse opportuno applicare un criterio ispirato al metodo delle considerazioni materiali, e prevedere l'applicazione del diritto italiano solo se *più favorevole* ai *partner* rispetto a quello straniero.

Il regime adottato dal legislatore, così, rischia di risultare incompatibile con le norme della Cedu e della Cdfue di cui abbiamo già detto: ricordiamo, infatti, che la Corte Edu ha affermato che la conversione forzata di un matrimonio in una *partnership* registrata (nel caso di specie, ciò era avvenuto a causa del mutamento di genere di uno dei due coniugi) non implica una violazione della Cedu *solo qualora* i due regimi abbiano un contenuto sostanzialmente equiparabile⁵³.

8. Conclusioni

Pare che l'analisi sin qui condotta abbia fatto emergere alcune linee di tendenza che caratterizzano il sistema italiano di diritto internazionale privato, con particolare riguardo alle "nuove" famiglie, che è il caso di evidenziare.

In primo luogo, grazie all'influenza esercitata dal diritto internazionale, in particolare dalla Cedu, e dal diritto Ue – e, questo, malgrado le scarse competenze dell'Unione in materia di diritto di famiglia –, si è verificata una progressiva modificazione dell'ordine pubblico internazionale, il quale non include più alcuni concetti in precedenza ritenuti rientranti invece nel nocciolo duro dei valori dell'ordinamento italiano e, in quanto tali, inderogabili mediante il richiamo del diritto straniero: si pensi, ad esempio, a come il matrimonio contratto all'estero tra persone del medesimo sesso, pur improduttivo di effetti giuridici in Italia, non sembri essere più incompatibile con l'ordine pubblico, dal momento che, per un verso, la Corte costituzionale ha fatto rientrare le coppie omosessuali tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.⁵⁴ e, per altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la nozione di "vita familiare" (e non solo quella di "vita privata") ricomprende anche quella di una coppia formata da persone dello stesso sesso⁵⁵.

51. La Corte di cassazione, sez. I civ., 30 novembre 2017 – 14 maggio 2018, n. 11696, ha chiarito che «la specialità del nuovo regime giuridico come illustrato evidenzia, da un lato, che non può essere valutato il limite dell'ordine pubblico internazionale in astratto, disancorato dalle norme di diritto internazionale privato concretamente in vigore, e, dall'altro, che la scelta legislativa è del tutto compatibile con tale parametro» e sancito così la legittimità, a suo giudizio, del *downgrade*. In dottrina, prima di questa sentenza, vds. A. Fuchs, *Registered partnership, same-sex marriage and children: crossing borders*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2/2016, pp. 445 ss.; O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, pp. 89 ss.; *Id.* *Riqualificazione del matrimonio same-sex estero in unione civile "italiana": una soluzione irragionevole* in G. Conte e S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 95 ss.

52. Così anche L. Scaffidi Runchella, *Osservazioni*, *op. cit.*

53. Corte Edu, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia* (ric. n. 37359/2009).

54. Si vedano, in tal senso, la sentenza cit. *supra* alla nota 7 e la successiva sentenza n. 170/2014, che vi si rifà. Si vedano anche Cass, sez. I civ., 15 marzo 2012, n. 4184 e l'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale.

55. Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*; Corte Edu, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*; Corte Edu, 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*.

D'altro canto, tuttavia, il legislatore italiano pare aver voluto limitare, nella materia di cui ci siamo occupati, un ingresso eccessivo nel nostro ordinamento di norme straniere mediante un uso (più) estensivo delle norme di applicazione necessaria, le quali, come noto, a differenza dell'ordine pubblico, che entra in funzione *successivamente* all'operare del sistema di conflitto, rappresentano rispetto a quest'ultimo un limite *preventivo*.

Comunque, non si può che accogliere con favore il fatto che molte delle norme di conflitto recentemente introdotte siano compatibili con i principi e i valori internazionali che abbiamo via via citato e, in particolare, col principio di non discriminazione, specie per il fatto di utilizzare spesso, con riferimento alla disciplina internazionalprivatistica delle "nuove" famiglie, i medesimi criteri di collegamento previsti per situazioni "tradizionali".

Oltre ai casi già indicati, segnaliamo infatti come l'art. 32-*quater* l. n. 218/1995 preveda che lo scioglimento dell'unione civile debba essere regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo a una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, e come l'art. 45 della stessa legge contempra una sola e unica disciplina di conflitto per le obbligazioni alimentari nella fami-

glia (indipendentemente dall'orientamento dei suoi membri), le quali sono regolate dalla legge designata dal regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008.

Incidentalmente, e in punto di individuazione di linee di tendenza, ci sia poi consentito di evidenziare come il numero di Paesi europei che consente il matrimonio omosessuale sia oggi di gran lunga superiore a quello di coloro che lo vietano, il quale peraltro, e in maniera piuttosto significativa, coincide quasi totalmente, Italia a parte, con il cd. "gruppo di Visegrád"⁵⁶.

In conclusione, probabilmente oggi non è più opportuno fare ricorso alla classica (e spesso abusata) affermazione di Arturo Carlo Jemolo, secondo la quale la famiglia sarebbe un'isola che deve essere solo lambita dal mare del diritto: Jemolo aveva, infatti, concepito l'espressione con l'intento di difendere la famiglia dalla legislazione di stampo fascista, mentre oggi, specie grazie all'influenza del diritto internazionale di cui abbiamo detto, appare quanto mai opportuno che il diritto tuteli esplicitamente la famiglia in tutte le sue forme, cercando di inseguire i mutamenti sociali e scientifici, con particolare riguardo ai rapporti con elementi di transnazionalità, in cui l'adozione di strumenti specifici – meglio ancora se comuni – è quanto mai opportuna per garantire certezza e stabilità.

56. Si veda, *supra*, la nota 48.

Essere genitori oggi: il punto di vista giuridico

di Giuseppe Salmè

La “rivoluzione copernicana” operata con la legge n. 431 del 1967, sull’adozione speciale, ha dato attuazione all’impostazione personalistica della Costituzione nel campo dei rapporti tra genitori e figli. Da una normativa “adultocentrica” si è passati a una disciplina “puerocentrica”, che vede cioè la persona del figlio al centro della relazione con i genitori. Vengono quindi prese in esame alcune problematiche che la giurisprudenza ha dovuto di recente affrontare e nelle quali la nuova impostazione legislativa ha trovato applicazione.

1. Qualche considerazione preliminare; 2. La “rivoluzione copernicana”; 3. Il diritto ad avere un genitore e il diritto a essere genitore. L’adozione; 4. Il cognome del figlio; 5. Il diritto a conoscere le proprie origini

1. Qualche considerazione preliminare

Il tema dei rapporti tra diritto e famiglia è una di quelle terre di confine sulle quali è, al tempo stesso, estremamente interessante e pericoloso avventurarsi perché è richiesta, se non una conoscenza approfondita, quanto meno la consapevolezza dei principali risultati ai quali sono pervenute le altre scienze umane (la filosofia, la sociologia, la scienza della politica, la pedagogia, la psicologia etc.)¹. Si può capire, quindi, la fortuna dell’osservazione di Carlo Arturo Jemolo², secondo il quale la famiglia è l’isola che il mare del diritto deve solo lambire, affermazione, peraltro, che non è, come a prima vista può apparire, tanto un invito a tenere in generale un atteggiamento di grande prudenza nell’elaborazione di nuove norme, ma deve essere letta nel particolare contesto in cui venne formulata, per rivendicare l’autonomia della famiglia,

da posizioni cattolico-liberali, nei confronti delle ingerenze dello Stato fascista.

Pertanto, mi sembra per un verso contraddittoria, e anche, per altro verso, infondata l’accusa che da parte di alcuni viene rivolta al legislatore, di essere sostanzialmente inerte in materia di diritto di famiglia.

Anche a volersi limitare a una rapidissima elencazione, per il solo periodo successivo al 1975, si possono ricordare: la legge n. 194 del 1978 sull’interruzione volontaria della gravidanza; la legge n. 184 del 1983 di riforma dell’adozione (che seguiva la “rivoluzione copernicana” operata con la l. n. 431/1967); la legge n. 74 del 1987, di miniriforma della legge sul divorzio; la legge n. 149 del 2001, contenente ulteriori modifiche alla disciplina dell’adozione; la legge n. 154 del 2001 sulle violenze nelle relazioni familiari; la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita; la legge n. 54 del

1. Il titolo di questo intervento riprende quello di un noto e apprezzato studio del medico e psichiatra, esperto delle problematiche adolescenziali, A. Braconier, *Essere genitori oggi*, Franco Angeli, Milano, 2012. Sullo stesso tema, ancora più di recente, ha scritto, dal punto di vista sociologico, C. Saraceno, *Mamme e papà. Gli esami non finiscono mai*, Il Mulino, Bologna, 2016.

2. *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania*, vol. III, 1948, p. 38.

2006 sull'affidamento condiviso; la legge n. 219 del 2012 e il d.lgs n. 154 del 2013, sull'eguaglianza degli *status* dei figli nati fuori e dentro il matrimonio; la legge n. 162 del 2014 sulla degiurisdizionalizzazione e semplificazione dei riti, che disciplina separazioni e divorzi in negoziazione assistita e davanti al sindaco; la legge n. 55 del 2015 sul divorzio breve; la legge n. 173 del 2015 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare; la legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e le convivenze registrate.

È innegabile, peraltro, che, come avviene negli altri campi dell'ordinamento giuridico, da decenni la legge interviene solo dopo la giurisprudenza, che essendo chiamata alla soluzione di casi concreti è – e deve essere – più sensibile a cogliere le evoluzioni del costume e della cultura, perché, come in maniera icastica ha affermato la Corte costituzionale (sentenza n. 138 del 2010), i rapporti tra il diritto e i rapporti di natura familiare non sono cristallizzabili nel momento in cui le norme giuridiche entrano in vigore. In un determinato momento storico, anzi, coesiste una pluralità di modelli familiari: «*i concetti di famiglia e di matrimonio (...) vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi*».

È noto, peraltro, che le linee generali di tale evoluzione si muovono obbedendo alla regola, coniata da Henry Sumner Maine³, del passaggio dallo “*status*” al “*contratto*” con la graduale dissoluzione della dipendenza dalla famiglia, alla quale si sostituisce progressivamente una serie di obblighi individuali. «*L'individuo prende il posto della famiglia, come unità sociale di cui si occupa il diritto civile*». Ma si è anche sottolineato che, all'interno di un diritto di famiglia sempre più contrattualizzato, rimane il nucleo duro del diritto della filiazione, nel quale si staglia il diritto fondamentale del minore ad avere uno *status* e una famiglia nell'ambito della quale possa formarsi in modo completo ed equilibrato. Diritto fondamentale suscettibile, certo, di bilanciamenti, ma solo con diritti degli adulti altrettanto fondamentali sui quali, in caso di inconciliabilità, è destinato a prevalere.

2. La “rivoluzione copernicana”

Tornando allo specifico tema che mi è stato proposto, non è certo questa né la sede né l'occasione per tracciare, neppure in estrema sintesi, la millena-

ria evoluzione della disciplina giuridica del rapporto tra genitori e figli.

Colgo l'occasione solo per cercare di confutare due luoghi comuni nei quali, spesso, ci si imbatte. Quello secondo cui, nel diritto romano, il padre aveva sovranità assoluta sulla vita dei membri della famiglia, in particolare sui figli (il mitico *jus vitae ac necis*), che ignora la progressiva erosione della assolutezza del potere paterno. Già risalenti consuetudini giuridiche subordinavano l'esercizio dei poteri repressivi più gravi alla consultazione di un consiglio di parenti o amici. Secondo Dionigi di Alicarnasso, sin dalla prima età monarchia, sarebbe stata inoltre vietata l'uccisione dei figli maschi inferiori ai tre anni e della figlia primogenita. Ulteriori limitazioni sono introdotte in età imperiale, fino alla totale abrogazione con editto di Valentiniano e Valente, nel 365 d.C.

Infondata appare, inoltre, la tesi secondo la quale il potere paterno sarebbe rimasto intatto anche dopo la contaminazione del diritto romano con le norme delle popolazioni germaniche. Anzi, la posizione del padre (“*mundio*”) nel diritto germanico doveva essere ispirata non solo alla tutela delle esigenze paterne, ma anche e principalmente alla tutela dei figli. Perciò, il padre doveva difenderli, rappresentarli in giudizio e sostenere per loro la prova del giuramento o del duello. Doveva educarli, certo anche esercitando poteri punitivi, secondo la loro condizione sociale, alla virtù e all'amor della patria.

È importante invece sottolineare che, come è opinione ormai pacifica, con la legge n. 431 del 1967 (cd. “*legge Dal Canton*”, sull'adozione speciale), approvata all'esito di un vivace dibattito, all'interno e fuori dalla aule parlamentari, tra i sostenitori della prevalenza del diritto del sangue e i sostenitori dell'opposto principio della prevalenza del diritto degli affetti, e seguita da una periodo non breve di contrasti dottrinali e giurisprudenziali sui criteri applicativi, si è attuata una vera e propria “*rivoluzione copernicana*”: il centro di gravità della disciplina dei rapporti tra genitori e figli si è spostato dalla figura dell'adulto (il padre) a quella del figlio.

Per avere soltanto un'idea di quanto netta (e coraggiosa) sia stata l'innovazione legislativa, è sufficiente ricordare che il modello delle relazioni genitori/figli recepito dal codice civile del 1865, se pure temperava gli eccessi del “*Codice Napoleone*” – che prevedeva il potere del padre di collocare direttamente in carcere il figlio disobbediente –, restava di netta ispirazione maschilista, autoritaria e “*adultocentrica*”⁴. Il padre è il titolare esclusivo della patria potestà e quando tale

3. *Id.*, *Ancient Law: Its Connection With The Early History Of Society And Its Relation To Modern Ideas*, Murray, Londra, 1861.

4. Conserva ancora grande interesse l'ampia ricerca storica svolta da Ph. Ariès, *Padri e figli nell'Europa medievale e contemporanea*, Laterza, Bari, 1968 (ultima edizione: 2006).

potestà passa alla madre, in caso di morte e allontanamento del padre, la stessa deve essere affiancata da un consiglio di famiglia, composto dagli ascendenti, dai fratelli e dagli zii di sesso maschile dell'orfano, con funzioni consultive e autorizzatorie. Per quanto riguarda i figli naturali, oltre a una condizione peggiore rispetto ai figli legittimi, la legge prevede il divieto di riconoscerli se uno dei genitori era legato da vincolo matrimoniale all'epoca del concepimento. La famiglia-istituzione è così forte da non tollerare interferenze esterne; lo Stato si limita a offrire il braccio secolare, per mettere in prigione la moglie adultera o in casa di correzione il figlio disobbediente.

I caratteri autoritari, maschilisti e adultocentrici rimangono fermi nel codice del 1942, ma con un significativo cambiamento, perché lo Stato autoritario non accetta più di fermarsi alle soglie della famiglia, ma interviene al suo interno. In questa ottica, vedono la luce due interventi normativi molto significativi, ispirati all'esigenza di proteggere i soggetti più deboli: la creazione del tribunale per i minorenni (rd n. 1404/1934, convertito in l. n. 835/1935) e l'introduzione nel codice civile di una nuova figura di giudice: il giudice tutelare.

È la Costituzione, in maniera diretta con gli artt. 29, 30 e 31, ma anche indirettamente, con la forza espansiva dei principi dettati dagli artt. 2 e 3, che scardina il tradizionale rapporto tra famiglia e diritto e, quindi, quello tra genitori e figli, e prepara il terreno culturale e giuridico per la "rivoluzione copernicana". La famiglia non è più vista come istituzione, ma come formazione sociale ove si forma e si svolge la personalità, autonoma dallo Stato che si impegna ad agevolarne la nascita e l'adempimento dei compiti. Autonomia, peraltro, come «*garanzia costituzionale del concreto interesse dei singoli ad ordinare in modo originale e libero i loro rapporti*»⁵. «*La tendenza antiautoritaria della famiglia e il suo declino quale modello imposto dalla regola giuridica o da una rigida realtà socio-economica favoriscono (...) il suo realizzarsi in forma di convivenza solidale nella quale si svolge liberamente la personalità umana. La famiglia, in definitiva, tende a porsi in funzione della persona*»⁶.

Sulla scia dei nuovi principi costituzionali si pongono, ulteriormente, la riforma del diritto di famiglia

del 1975, che, novellando l'art. 147 cc, conferisce rilevanza giuridica all'interno del rapporto con i genitori alla capacità, all'inclinazione naturale e all'aspirazione del figlio, previsione confermata dalla riforma della filiazione operata con la legge n. 219 del 2012, che ha completato il percorso "rivoluzionario" iniziato nel 1967 con la sostituzione della potestà con la responsabilità.

3. Il diritto ad avere un genitore e il diritto a essere genitore. L'adozione

La contrapposizione tra diritto ad avere un genitore e diritto ad essere genitore rappresenta una schematizzazione teorica poco persuasiva perché, nella realtà, i due diritti rappresentano le facce della stessa medaglia.

D'altra parte, basta scorrere la Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989. Accanto all'enunciazione del principio fondamentale del «*best interests of the child*» (art. 3, primo cpv.: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente») – al quale fanno seguito, solo esemplificativamente, le affermazioni del diritto alla vita (art. 6), all'integrità psico-fisica (art. 19) e, più in generale, alla salute (art. 24), a uno status (art. 7), all'identità (art. 8), all'ascolto (art. 12), alla libertà di espressione (art. 13), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 14), alla libertà di associazione (art. 15), alla tutela della vita privata (art. 16), a emigrare dal Paese d'origine (art. 10) e ottenere lo status di rifugiato (art. 22), alla sicurezza sociale (art. 27) e all'istruzione (art. 28)⁷ –, sono previsti il diritto dei genitori e della famiglia d'origine a educare il minore (art. 5), il diritto a non essere separati dal minore, se non previo provvedimento dell'autorità giudiziaria (art. 9), il diritto alla bigenitorialità (art. 18).

Un terreno significativo e importante per verificare gli effetti della "rivoluzione copernicana" è quello

5. M. Bessone, *Rapporti etico sociali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 18.

6. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1981, p. 6.

7. Sul superamento dell'automatismo tra raggiungimento della maggiore età e momento di acquisto della titolarità e della capacità di esercitare alcuni diritti, a cominciare dai diritti fondamentali, con anticipazione di tale momento al conseguimento progressivo delle capacità di discernimento ed espressiva, dopo il fondamentale studio di A. Belvedere e M. De Cristofaro, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, sono stati pubblicati numerosi saggi e monografie. Più recentemente, si può vedere M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Giuffrè, Milano, 2007.

dell'adozione, rispetto al quale la Convenzione universale sui diritti dell'infanzia conferma l'impostazione della "legge Dal Canton", affermando (art. 21) che «Gli Stati parti che ammettono e/o autorizzano l'adozione si accertano che l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia».

È indubbio che, accanto all'interesse del minore a essere adottato, vengono in considerazione anche una serie di situazioni giuridiche degli adulti (dei genitori biologici e/o legali a essere riconosciuti come tali, degli aspiranti genitori adottivi, degli affidatari). E infatti, nell'ambito della stessa giurisprudenza minorile, si è da tempo posto il tema dell'adozione mite⁸, che si riferisce alla prassi iniziata nel 2003 dal tribunale per i minorenni di Bari, nei casi di minori che si trovino da lungo tempo fuori dalla famiglia d'origine, in comunità o in affidamento senza termine, e che prevede l'articolazione di un procedimento in due momenti: nel primo viene verificata la sussistenza delle condizioni per il rientro del minore nella famiglia di origine; nel secondo, constatata l'impossibilità del rientro, si dà luogo all'adozione legittimante in caso di abbandono e all'applicazione dell'art. 44 l. n. 184/1983 (adozione non legittimante o mite) nei casi di semi-abbandono permanente, senza previa dichiarazione della situazione di abbandono.

I principi, per così dire, della "mitezza giuridica" (garanzia della continuità degli affetti; mediazione dei servizi territoriali e dei giudici con le persone, adulti e minori, per ottenere consenso e collaborazione alle decisioni che si assumono nei loro confronti; ruolo dei servizi territoriali nell'ambito dell'adozione, diretto più a realizzare assistenza e accompagnamento rispetto a quello valutativo) sono in linea con la giurisprudenza della Corte Edu, a cominciare dalla fondamentale sentenza del 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*⁹, con la quale il giudice di Strasburgo ha affermato il principio in base al quale, posto che l'adozione di un minore, recidendo ogni legame con la famiglia d'origine, costituisce misura eccezionale, gli Stati membri della Convenzione (Cedu) hanno l'obbligo di assicu-

rare che le proprie autorità giudiziarie e amministrative adottino preventivamente tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli, e a tutelare il superiore interesse di questi ultimi, evitando per quanto possibile l'adozione e prevedendo la possibilità di disporre, sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori. Conseguentemente, si è ritenuto che costituisce violazione dell'art. 8 Cedu l'adozione di un minore, disposta dall'autorità giudiziaria italiana, la cui madre biologica, in stato di indigenza e in difficili condizioni di salute, non era in grado di prendersene cura, senza però che la sua condotta fosse stata di per sé pregiudizievole per il figlio, perché non era stata adeguatamente ricercata la possibilità, a mezzo di idonei interventi, di superare le pur gravi e obiettive difficoltà della donna.

Nello stesso senso è anche la giurisprudenza nazionale (vds., da ultimo, Cass., 14 aprile 2016, n. 7391), la quale, con orientamento ormai costante, ha ribadito che l'adozione del minore, recidendo ogni legame con la famiglia di origine, costituisce una misura eccezionale (*extrema ratio*) cui è possibile ricorrere non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici, ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del superiore interesse del figlio.

Connesso con i problemi generali relativi all'applicazione della disciplina dell'adozione è quello, che si inquadra nella problematica del riconoscimento di nuove genitorialità all'interno di nuovi modelli familiari, dell'adozione da parte di coppie omosessuali, in particolare dell'adozione del figlio del *partner*. Tema che ha dato luogo a diversità di opinioni in dottrina¹⁰ e in giurisprudenza.

8. Espressione che richiama le impostazioni teoriche di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992. In argomento, vds. F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Franco Angeli, Milano, 2009 e, da ultimo, V. Montaruli, *L'affidamento del minore e la continuità affettiva: rivisitazione dell'adozione mite e nuove prospettive in tema di adozione*, in questa *Rivista online*, 6 ottobre 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/1-affidamento-del-minore-e-la-continuita-affettiva_06-10-2017.php.

9. In *Foro it.*, 2014, IV, 173, con nota di G. Casaburi.

10. Vds. G. Zaccaro, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in questa *Rivista online*, 4 settembre 2014, www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali_stepchild-adoption-e-interesse-del-minore_04-09-2014.php; C. Lendaro, *Omogenitorialità e minori*, *ivi*, 12 dicembre 2014, http://questionegiustizia.it/articolo/omogenitorialita-e-minori_12-12-2014.php; V. Montaruli, *La creazione della 'stepchild adoption' tra evoluzione normativa e interpretazioni giurisprudenziali*, *ivi*, 11 luglio 2016, www.questionegiustizia.it/articolo/la-creazione-della-stepchild-adoption-tra-evoluzione-normativa-e-interpretazioni-giurisprudenziali_11-07-2016.php; S. Celentano, *Stepchild adoption. Prove di resistenza*, *ivi*, 9 ottobre 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/stepchild-adoption_prove-di-resistenza_09-10-2017.php.

La Corte europea diritti dell'uomo, con la sentenza del 19 febbraio 2013, *X c. Austria*¹¹, decidendo su un caso di richiesta di adozione da parte di coppia omosessuale, ha affermato il principio secondo cui, se uno Stato contraente contempra l'istituto dell'adozione del figlio del *partner* a favore delle coppie conviventi di sesso opposto, il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso. La Corte ha anche ricordato che una raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (31 marzo 2010) invita gli Stati membri che riconoscono la possibilità di adozione da parte di *single*, nel superiore interesse del minore, a evitare che nell'adozione dei minori sia possibile una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere e che, da uno studio del Commissario per i diritti umani dello stesso Consiglio, del giugno 2011, sulla «Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere», risulta che dieci Stati del Consiglio d'Europa autorizzano l'adozione da parte del *partner* di genitore omosessuale. Inoltre, salvo che per la Germania e la Finlandia, gli stessi Stati autorizzano l'adozione da parte di coppie omosessuali.

Il contrasto in materia tra i giudici di merito nazionali dovrebbe comunque essere superato con l'intervento di Cass., 22 giugno 2016, n. 12962¹² (confermata da Cass., n. 9373/2018¹³), che ha accolto la tesi interpretativa dell'art. 44, lett. *d*, l. n. 184/1983, secondo la quale l'impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo, che consente di pronunciare l'adozione prevista da tale norma, deve intendersi sia come impossibilità di fatto che come impossibilità di diritto.

È utile ricordare che uno degli argomenti fondamentali sui quali si basa la tesi favorevole all'adozione del figlio del *partner* di coppia omosessuale è quello della tutela del diritto del minore alla continuità dei rapporti affettivi, che ormai costituisce un principio pacifico della giurisprudenza Edu ed è stato recepito nel diritto nazionale interno con la legge 19 ottobre 2015, n. 184, sul diritto, appunto, alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. La nuova

legge dispone che: 1) gli affidatari che abbiano avuto un minore in affidamento prolungato devono essere convocati nei procedimenti relativi all'adottabilità e alla responsabilità genitoriale e possono presentare memorie nell'interesse del minore; 2) avendo i requisiti per l'adozione, se il minore è dichiarato adottabile, gli affidatari hanno diritto a essere valutati ai fini dell'adozione tenendo conto del loro rapporto; 3) comunque, essi hanno diritto a mantenere rapporti in caso di ritorno nella famiglia d'origine, di altro affidamento o di adozione ad altra coppia; 4) hanno diritto a chiedere l'adozione *ex art. 44, lett. a*, del minore orfano avuto in prolungato affidamento.

Il principio della tutela del diritto alla continuità del rapporto affettivo è anche alla base dell'orientamento della Corte Edu in tema di maternità surrogata¹⁴.

In materia, si era verificato un contrasto tra giurisprudenza nazionale (Cass., 26 settembre 2014, n. 24001)¹⁵ e Corte Edu (27 gennaio 2015, *P. c. Italia*)¹⁶. La Corte di cassazione, ritenuto che il divieto di maternità surrogata fosse di ordine pubblico, aveva rigettato il ricorso proposto avverso la dichiarazione di adottabilità proposta da coniugi cittadini che erano stati dichiarati genitori in un certificato di nascita formato in Ucraina, ma che, avendo la moglie subito un intervento di isterectomia ed essendo il marito affetto da oligospermia, avevano prontamente dichiarato che il bambino era nato a seguito del perfezionamento di un contratto di maternità surrogata, in applicazione della legge ucraina.

A opposte conclusioni era pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, affermando che le misure – adottate dai giudici italiani – di allontanamento di un minore dalla coppia coniugale con la quale vive, con esclusione di ogni contatto, e di affidamento dello stesso ai servizi sociali in previsione della successiva adozione di terzi, violano il diritto di tale coppia al rispetto della vita familiare, di fatto costituitasi tra i due e il minore medesimo, in contrasto con l'art. 8 Cedu, pur se si tratta di misure adottate in quanto il bambino era nato da pratiche di maternità surrogata in Russia, senza alcun legame genetico con l'uno e l'altro componente della coppia, sicché l'atto

11. La sentenza è annotata da C. Fatta e M.M. Winkler, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, p. 519 e da L. Poli, in *Giur. it.*, 2013, p. 1764.

12. In *Foro it.* 2016, I, pp. 2360-2362, con nota di G. Casaburi.

13. In *Foro it.* 2018, I, 1536.

14. S. Albano, *La surrogazione di maternità tra responsabilità genitoriale ed interesse del minore*, in questa *Rivista online*, 12 maggio 2016, www.questionegiustizia.it/articolo/la-surrogazione-di-maternita-tra-responsabilita-genitoriale-ed-interesse-del-minore-12-05-2016.php.

15. In *Foro it.*, 2014, I, p. 3408, con nota di G. Casaburi.

16. In *Foro it.*, 2015, IV, p. 117, con nota di G. Casaburi.

di nascita straniero, che indicava gli stessi quali genitori, non era stato trascritto in Italia. Secondo la Corte Edu, il riferimento all'ordine pubblico fatto dai giudici nazionali, non può giustificare indiscriminatamente ogni misura, in quanto l'obbligo di considerare il superiore interesse del minore incombe sullo Stato indipendentemente dal legame genitoriale, genetico o di altro tipo.

Il contrasto sembra essere stato superato, dapprima con la pronuncia della sentenza della Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525 – intervenuta nella fattispecie oggetto di Cass. civ., n. 24001/2014 –, la quale ha affermato che non integra il reato di alterazione di stato la circostanza che all'estero (nella specie, in Ucraina) una coppia italiana abbia reso all'autorità consolare dichiarazione di nascita di un bambino ivi nato, e di cui risultano essere i genitori alla stregua dell'atto di nascita, redatto conformemente alla legge locale, e quindi trascritto in Italia, pur se solo l'uomo era il padre anche biologico, in quanto la nascita era avvenuta a mezzo di maternità surrogata, con l'utilizzo di gameti femminili estranei alla coppia (la Corte ha anche escluso, pure confermando la sentenza di merito, il reato di cui all'art. 495 cp, presupponente una falsa dichiarazione, nella specie non intervenuta).

Con la sentenza 30 settembre 2016, n. 19599¹⁷, inoltre, la Cassazione ha ritenuto trascrivibile in Italia l'atto di nascita, formato in Spagna, di bambino partorito da cittadina spagnola, ma concepito con utilizzazione di ovulo di cittadina italiana, coniugata (e poi divorziata) con la prima, fecondato con seme di terzo, perché il principio secondo cui la madre è colei che ha partorito il figlio non è di ordine pubblico (internazionale) e la mancata trascrizione è contraria all'interesse del minore, affidato a entrambe le comadri, ma convivente in Italia con la comadre italiana.

In tema di maternità surrogata, la Corte Edu ha espresso di recente (9 aprile 2019) un articolato pa-

rere preventivo su richiesta della Corte di cassazione francese, nel quale, tra l'altro, è ribadita la centralità della garanzia del superiore interesse del minore, in particolare di quella alla continuità dei rapporti affettivi¹⁸.

Una fattispecie di un certo interesse anche se, si spera, del tutto eccezionale, è quella relativa allo scambio di embrioni, sulla quale è intervenuto il Tribunale di Roma, con le pronunce 8 agosto 2014¹⁹, 22 aprile 2015²⁰, 2 ottobre 2015²¹, 10 maggio 2016²².

Il principio sul quale, sostanzialmente, tutti i provvedimenti si fondano è che l'ordinamento dà prevalenza al legame biologico creato dalla gestazione e, soprattutto, all'inserimento di fatto dei minori in un dato contesto familiare. Pertanto, madre del nato è esclusivamente la donna che lo ha partorito, mentre il marito ne è il padre, operando la presunzione di paternità di cui all'art. 231 cc.

Si è osservato che l'evoluzione scientifica e tecnologica consente ormai di distinguere tra una genitorialità genetica – riferibile a chi fornisce i gameti per la formazione dell'embrione – e una biologica, questa in capo alla donna che partorisce. Più in generale, si richiama il principio, affermato sia a livello legislativo che giurisprudenziale, della tutela di una genitorialità sociale, che prescinde dai legami genetici e biologici, e si fonda piuttosto sui legami di vita, assistenza, consuetudine di vita tra un bambino e chi se ne prende stabilmente cura.

4. Il cognome del figlio

Il problema dell'ammissibilità dell'attribuzione, su concorde volontà dei genitori, al figlio del cognome materno è stato posto con encomiabile perseveranza da una coppia di avvocati milanesi.

La Cassazione, con sentenza n. 16093 del 2006, ha confermato la soluzione negativa data dai giudici

17. In *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 372, con nota di A. Palmieri; in *Corriere giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. Ferrando; in *Dir. famiglia*, 2017, p. 297 con nota di F. Di Marzio. In senso conforme, anche Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, sul quale vds. L. Giacomelli, *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, in questa *Rivista online*, 11 luglio 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-nel-silenzio-della-legge-riconosciuta-l_11-07-2018.php.

18. R.G. Conti, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in questa *Rivista online*, 28 maggio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php.

19. In questa *Rivista online*, 9 agosto 2014, www.questionegiustizia.it/articolo/scambio-di-embrioni-l-ordinanza-del-tribunale-di-roma_09-08-2014.php.

20. Vds. M. Velletti, *Scambio di embrioni, nuova decisione del Tribunale di Roma*, in questa *Rivista online*, 19 maggio 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/scambio-di-embrioni-tribunale-di-roma-atto-secondo-19-05-2015.php.

21. In *Foro it.*, 2016, I, 2926.

22. In *Foro it.*, 2016, I, 2925.

di merito sulla base del rilievo che, nell'attuale quadro normativo, sussisterebbe una norma di sistema attributiva del cognome paterno al figlio legittimo, aggiungendo che tale norma era pur certamente retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure adeguate a eliminare le discriminazioni di trattamento nei confronti della donna, ma che spetta comunque al legislatore ridisegnare in senso costituzionalmente adeguato la disciplina.

Con ordinanza n. 23934 del 2008, la prima sezione civile, su ricorso delle stesse parti, rimise al primo presidente della Corte di cassazione, ai fini della valutazione dell'opportunità dell'assegnazione alle sezioni unite, gli atti del ricorso vertente sulla questione se possa disporsi la rettificazione dell'atto di nascita nella parte in cui abbia attribuito al figlio minore legittimo il cognome del padre, invece che quello materno, come invece congiuntamente richiesto dai coniugi, adottando, se del caso, al riguardo una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme internazionali di riferimento ovvero rimettendo la questione medesima alla Corte costituzionale. La questione, tuttavia, non venne esaminata, in conseguenza della rinuncia dei ricorrenti al ricorso.

La Corte europea diritti dell'uomo, rompendo gli indugi, in controversia sollevata dalle stesse parti, con sentenza 7 gennaio 2014²³, ha quindi affermato nettamente che l'automatica attribuzione al figlio legittimo del solo cognome del padre, senza che rilevi una diversa volontà al riguardo concordemente espressa dai coniugi, prevista dall'ordinamento italiano, costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, determinando altresì una discriminazione ingiustificata tra il marito e la moglie, in contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu.

A distanza di poco tempo, la nostra Corte costituzionale si è allineata all'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo (sentenza 21 dicembre 2016, n. 286)²⁴, dichiarando, ai sensi dell'art. 27 l. n. 87/1953, l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 237, 262 e 299 cc, dell'art. 72,

comma 1, rd 9 luglio 1939, n. 1238 e degli artt. 33 e 34 DPR 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

Continua, invece, l'inerzia del legislatore, denunciata anche dalla sentenza della Corte costituzionale ora indicata²⁵.

Il testo unificato, approvato dalla Camera a seguito della presentazione del ddl n. 1628, che prevedeva la possibilità di attribuire ai figli il cognome materno, si è arenato al Senato. In particolare, il provvedimento prevedeva che al figlio nato nel matrimonio, su accordo dei genitori, potesse essere attribuito il cognome del padre ovvero quello della madre, o anche il cognome di entrambi, nell'ordine concordato. In mancanza di accordo, era prevista l'attribuzione, in ordine alfabetico, di entrambi i cognomi dei genitori.

La stessa regola avrebbe dovuto valere per il figlio nato fuori dal matrimonio che venga riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori. Se il figlio è riconosciuto da un solo genitore, ne assume il cognome e, laddove l'altro genitore effettui il riconoscimento in un secondo momento (tanto volontariamente quanto a seguito di accertamento giudiziale), il cognome di questi si aggiungerà al primo solo con il consenso del genitore che ha riconosciuto il figlio per primo nonché, se ha già compiuto 14 anni, del figlio stesso. Il testo unificato, inoltre, stabiliva che i figli degli stessi genitori registrati all'anagrafe dopo il primo figlio portano lo stesso cognome di quest'ultimo; disciplinava l'attribuzione del cognome all'adottato maggiorenne; prevedeva che chiunque abbia due cognomi possa trasmetterne al figlio solo uno, scegliendo liberamente quale dei due; garantiva al figlio maggiorenne, cui sia stato attribuito in base alla legge vigente al momento della nascita il solo cognome paterno o materno, la possibilità di aggiungere al proprio il cognome della madre o del padre.

23. In *Foro it.*, 2014, IV, p. 57, con nota di G. Casaburi.

24. In *Foro it.*, 2017, I, p. 1, con nota di G. Casaburi; in *Corriere giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. Carbone; in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 818., con nota di C. Favilli.

25. «*Neppure il d.leg. 28 dicembre 2013 n. 154 (revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 l. 10 dicembre 2012 n. 219), con cui il legislatore ha posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello status di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l'unicità dello status di figlio, ha scalfito la norma oggi censurata.*

Pur essendo stata modificata la disciplina del cambiamento di cognome — con l'abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 d.p.r. n. 396 del 2000 e l'introduzione del nuovo testo dell'art. 89, ad opera del d.p.r. 13 marzo 2012 n. 54 (regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, 12° comma, l. 15 maggio 1997 n. 127) —, le modifiche non hanno attinto la disciplina dell'attribuzione "originaria" del cognome, effettuata al momento della nascita.

Va, d'altro canto, rilevata un'intensa attività preparatoria di interventi legislativi volti a disciplinare secondo nuovi criteri la materia dell'attribuzione del cognome ai figli. Allo stato, tuttavia, essi risultano ancora in itinere».

5. Il diritto a conoscere le proprie origini

Con sentenza del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*²⁶, è stato deciso dalla Corte di Strasburgo il caso di una cittadina italiana, nata nel 1943 da una donna che aveva dichiarato di non voler essere nominata, e che, data in affiliazione (istituto soppresso solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975), fin da piccola aveva cercato di conoscere la verità sui suoi genitori biologici. Ormai ultrasessantenne, aveva adito le vie giudiziarie, ma invano, essendole stato opposto il “muro” dell’art. 28, comma 7, l. n. 184/1983, nel testo modificato dall’art. 177, comma 2, d.lgs 30 giugno 2003, n. 196. La Corte Edu ha dichiarato che, non essendo stato effettuato il dovuto bilanciamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e l’interesse della madre biologica a conservare l’anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate, viola l’art. 8 Cedu lo Stato membro che, nel caso di donna che abbia scelto di partorire nell’anonimato, non dà alcuna possibilità al figlio adulto adottato da terzi di chiedere né l’accesso a informazioni non identificative sulle sue origini familiari né la verifica della persistenza della volontà della madre di non rivelare la propria identità.

La Corte costituzionale, rivedendo, anche alla luce della giurisprudenza Edu, il suo precedente orientamento, con sentenza 22 novembre 2013, n. 278²⁷ ha quindi dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 28, comma 7, l. n. 184/1983, nel testo modificato dall’art. 177, comma 2, d.lgs n. 196/2003, nella parte in cui non prevede (attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza) la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell’art. 30, comma 1, DPR 3 novembre 2000, n. 396, su richiesta del figlio, ai fini di un’eventuale revoca di tale dichiarazione. Con la disposizione in esame, osserva la Corte, si prefigura una sorta di «cristallizzazione» o di «immobilizzazione» della scelta per l’anonimato, trasformando quel diritto in una sorta di

vincolo obbligatorio, che finisce per avere un’efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l’impedimento all’eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, *ab origine*, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato.

Il giudice del merito della controversia nella quale era sorto il dubbio di legittimità costituzionale (Corte appello Catania, 5 dicembre 2014)²⁸, dando immediata applicazione alla sentenza della Corte costituzionale, ha affermato che il giudice minorile, su istanza del figlio maggiorenne, può procedere all’interpello della madre biologica – con l’opportuna riservatezza – per verificare se intenda tenere ferma o meno l’originaria dichiarazione, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina di dettaglio, che sarebbe stata imposta dalla Corte costituzionale.

La soluzione, certamente innovativa dal punto di vista sostanziale e processuale, ha trovato conferma nella sentenza delle sezioni unite n. 1946 del 2017²⁹, la quale ha affermato che, per effetto di Corte cost. n. 278/2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, il giudice, su richiesta del figlio che intenda conoscere le proprie origini e accedere alla propria storia parentale, può interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, con modalità procedurali desunte dal quadro normativo – in particolare dall’art. 28, l. n. 184/1983 e dall’art. 93 d.lgs n. 196/2003 – e tali da assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché l’iniziale dichiarazione per l’anonimato non sia rimossa in seguito all’interpello, persistendo il rifiuto della madre di svelare la propria identità.

Cass., 21 luglio 2016, n. 15024³⁰ ha, per parte sua, limitato la portata del divieto di accesso alle proprie origini nel caso di morte della madre che aveva dichiarato di non voler essere nominata.

Nella precedente legislatura, la Camera aveva approvato il ddl S. n. 1978³¹, all’esame della Com-

26. In *Nuova giur. civ.*, 2013, I, p. 103 con nota di J. Long; in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 537, con nota di G. Currò; in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1597, con nota di C. Ingenito.

27. In *Foro it.*, 2014, I, p. 4, con nota di G. Casaburi; in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 279, con note di J. Long e F.G.F. Marcennò; in *Corriere giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. Auletta; in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. Carbone.

28. In *Foro it.*, 2015, I, 697.

29. In *Foro it.*, 2017, I, p. 477, con note di G. Amoroso, G. Casaburi e N. Lipari; in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 740, con nota di P. Di Marzio. Si veda, ancora, la nota di A. Giurlanda, *Accesso alle origini, intervengono le sezioni unite*, in questa *Rivista online*, 17 febbraio 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/accesso-alle-origini_intervengono-le-sezioni-unite_17-02-2017.php.

30. In *Foro it.*, 2016, I, 3114; in questa *Rivista online*, 28 luglio 2016, con nota di A. Giurlanda, www.questionegiustizia.it/articolo/diritto-all-accesso-alle-proprie-origini_28-07-2016.php.

31. A. Giurlanda, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in questa *Rivista online*, 15 maggio 2015, www.questionegiustizia.it/arti

missione giustizia del Senato al momento dello scioglimento del Parlamento. Il progetto di legge estendeva anche al figlio non riconosciuto alla nascita da donna che abbia manifestato la volontà di rimanere anonima la possibilità, raggiunta la maggiore età, di chiedere al tribunale per i minorenni l'accesso alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. L'accesso alle proprie informazioni biologiche nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata era previsto in caso revoca della volontà di anonimato o di morte della madre. Il procedimento di interpello della madre poteva essere iniziato, su istanza dei legittimati ad accedere alle informazio-

ni biologiche, dall'adottato che avesse raggiunto la maggiore età, dai genitori adottivi, per gravi e comprovati motivi, dai responsabili di una struttura sanitaria, in caso di necessità e urgenza e qualora vi sia grave pericolo per la salute del minore. L'istanza di interpello poteva essere presentata una sola volta, al tribunale per i minorenni del luogo di residenza del figlio. Ove la madre avesse confermato di volere mantenere l'anonimato, il tribunale per i minorenni poteva autorizzare l'accesso alle sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di patologie ereditarie trasmissibili.

Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino *

di Marco Gattuso

In seguito al profondo mutamento giuridico indotto dalla fecondazione *in vitro*, con la conseguente scissione delle varie figure materne, il trattamento giuridico della genitorialità appare oggi strettamente connesso alla volontà delle donne coinvolte. Per i casi di *surrogacy*, l'articolo suggerisce come, già *de jure condito*, potrebbe affermarsi il pieno riconoscimento dell'identità del nato, oltre che delle relazioni di natura familiare, dei diritti e della dignità di tutti i soggetti coinvolti in questo percorso.

1. Introduzione / 2. La rivoluzione degli anni settanta: la fecondazione *in vitro* e la scissione delle figure materne / 3. La creazione giurisprudenziale del modello forte di GPA / 4. Il modello forte alla prova dei fatti / 5. GPA e dignità / 6. Discussione del modello californiano (con alcuni spunti *de iure condendo*) / 7. La natura giuridica della fattispecie / 8. Quale regola per lo *status filiationis*: art. 269 cc o legge n. 40/2004? / 9. Un'altra madre? / 10. Il diritto al ripensamento / 11. La tutela giuridica della relazione di gravidanza

1. Introduzione

La gravidanza per altre o per altri¹ (da ora, GPA) merita attenzione come peculiare vicenda umana, del tutto marginale da un punto di vista statistico, ma a suo modo straordinaria. Si tratta di un fenomeno sociale e di una fattispecie giuridica unica sotto vari profili, che consente di mettere al mondo bambini che altrimenti non potrebbero nascere e che vive, al contempo, di scelte individuali che possono comportare rischi e, a volte, minacce per l'integrità fisica e morale delle donne coinvolte, le quali

richiedono la massima considerazione e richiedono, innanzitutto, ascolto.

Nell'esaminare questa realtà non possiamo ignorare, ad esempio, le condizioni di sfruttamento che hanno caratterizzato, anche se non sempre, i primi mercati per la gestazione per altre, quali l'India, la Thailandia e il Nepal, sino alle recenti leggi che hanno chiuso questi Paesi alla *surrogacy* per i cittadini stranieri (l'uso del termine "mercato" è intenzionale, posto che l'apertura agli stranieri era frutto di una scelta deliberata nell'ambito di politiche di promozione del cd. "turismo sanitario e procreativo")², mentre poco

* Il presente contributo è la relazione introduttiva al convegno "Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere" organizzato dalla Rivista GenIUS, Semestrale di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere e dal CIRSE, Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, pubblicato fra gli atti del convegno.

1. La definizione di «gravidanza per altri» è stata proposta da Barbara Pezzini, riservandola a una pratica condizionata al pieno rispetto della relazione di gravidanza, nei termini di cui si dirà *infra*; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo*, 27 luglio 2017, www.costituzionalismo.it/articoli/619.

2. Tutti e tre i Paesi hanno chiuso la GPA agli stranieri nel corso del 2015-2016: la Thailandia era considerata, sino al 2015, la prima

sappiamo ancora di cosa realmente accade in Ucraina e in Russia, da un punto di vista giuridico e, soprattutto, delle condizioni materiali e umane, nonostante gli stessi Paesi rappresentino a tutt'oggi le prime destinazioni delle coppie eterosessuali italiane.

In questa relazione introduttiva, tuttavia, senza pretesa di fornire un quadro completo dei vari sistemi, vorrei prendere le mosse dall'analisi di quel che chiamerei il *modello forte di GPA*, con ciò indicando quello stabilitosi da oltre venticinque anni negli Stati Uniti, in particolare in California, così come ricostruito dalla Corte suprema californiana a partire dal caso *Johnson c. Calvert (1993)*³ sino a essere recepito dallo stesso legislatore. L'ho definito *modello forte*, in quanto mi pare obiettivamente quello più *radicale*, poiché, a differenza di altri modelli giuridici di GPA, non ammette deroghe al principio generale della *incedibilità dello status di figlio*. È, peraltro, un *modello forte* anche per avere retto nel tempo, non dando luogo a conflittualità, posto che sorprendentemente si ha notizia ad oggi di una sola, recente, controversia arrivata nelle aule giudiziarie (nonostante ogni anno centinaia di bambini nascano in California grazie alla GPA).

L'analisi di tale modello sarà spunto per una valutazione in parallelo, diretta a evidenziarne pure alcuni *profili critici* (nel par. 6), al fine di trarne alcuni spunti utili per il nostro ordinamento, che è lo scopo ultimo di questa relazione introduttiva (a cui sono dedicati i parr. da 7 a 11). Nonostante le opposte scelte californiana e italiana (con la legittimità della GPA affermata dalla sua Corte suprema, in un caso, e l'illiceità penale affermata dal legislatore, nell'altro), i due sistemi presentano infatti alcune analogie (*incedibilità dello status filiationis*; imputazione dello *status*, in caso di PMA, sulla base del principio del consenso) che consentono di muovere dal primo per ipotizzare qualche soluzione anche per il nostro sistema.

Ulteriore ragione di interesse risiede nella circostanza che la California, insieme al Canada, rappresenta l'ordinamento al quale si rivolge, fatti salvi casi eccezionali, *la totalità delle coppie italiane dello stesso sesso*. Dunque, è di questi modelli giuridici che

si parla quando nei nostri tribunali si pone il tema della trascrizione di atti di nascita con due padri e ci si interroga sulla loro compatibilità col (nostro) ordine pubblico internazionale. Se tale giudizio involge una valutazione in concreto della compatibilità degli effetti della legge straniera con la nostra concezione dei diritti fondamentali, un'approfondita conoscenza di tale legge e dei suoi presupposti mi pare dunque imprescindibile.

Prima di affrontare l'esame di questo modello, paiono tuttavia opportune alcune brevi premesse di ordine generale e sistematico sulla questione, che in questa materia è così rilevante, della *scissione fra le diverse figure di "madre"*.

2. La rivoluzione degli anni settanta: la fecondazione *in vitro* e la scissione delle figure materne

La fecondazione *in vitro* è una tecnica riproduttiva inventata nel Regno Unito esattamente quarant'anni fa (con la prima bambina, Louise Brown, venuta al mondo il 25 luglio 1978) che ha permesso da allora la nascita di circa otto milioni di bambini⁴ e ha consentito, per la prima volta nella storia dell'umanità, la scissione delle figure della gestante e della madre genetica. La fattispecie, da un punto di vista medico e tecnico, è ben nota: la fecondazione *in vitro* consente la formazione di un embrione con gamete femminile proveniente da una donna e il suo trasferimento nel grembo di un'altra donna, che lo farà nascere. Ma alla stessa realtà fattuale, allo stesso procedimento tecnico, corrispondono trattamenti giuridici completamente diversi, *a seconda della volontà espressa dalle due donne*.

Tre sono, infatti, le fattispecie giuridiche conseguenti a una fecondazione *in vitro*.

Se la donna gestante *vuole essere madre* del bambino e la madre genetica *non vuole essere madre*, abbiamo una PMA eterologa *ex latere matris*, che come noto è legittima anche nel nostro ordinamento, da quando la Corte costituzionale, con sentenza n. 162

meta al mondo per la GPA; l'India, con circa 2000 nati l'anno, era il secondo Paese; in Nepal, secondo le stime, venivano praticate circa 300 GPA l'anno (*Thailand bans commercial surrogacy for foreigners*, in *BBC News*, 20 febbraio 2015; *As demand for surrogacy soars, more countries are trying to ban it*, in *The Economist*, 13 maggio 2017).

3. Non esiste un modello americano di GPA, posto che non vi è competenza federale e che le legislazioni dei singoli Stati variano dalla dettagliata regolamentazione all'assenza di qualsiasi regola, alla previsione di divieti, *cfr.* R.F. Storrow, *Surrogacy: American style*, in K. O'Byrne e P. Gerber (a cura di), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, Londra-New York, p. 237.

4. Sono i dati forniti (sulla base dei registri nazionali, dal 1991 al 2014) dalla «*European Society of Human Reproduction and Embryology*» (Eshre) al congresso tenuto nel luglio 2018 a Barcellona (fonte: *Adnkronos*).

del 2014⁵, ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa⁶.

Nell'ipotesi opposta, in cui la donna gestante *non vuole essere madre* del bambino, mentre la madre genetica *vuole essere madre*, abbiamo la GPA cd. "gestazionale", che a differenza della GPA tradizionale consiste, appunto, nel trasferimento nella gestante di un embrione già formato con gameti provenienti dalla coppia di genitori⁷. Come noto, il boom della GPA negli Stati Uniti consegue alla possibilità di GPA gestazionale. Come sappiamo, questa pratica è consentita, con varia regolamentazione, in buona parte dei Paesi di *common law*, mentre è interdetta⁸ in gran parte dei Paesi di *civil law* (ad esclusione di Grecia, Portogallo, Israele e pochi altri, che la consentono seppure entro certi limiti), mentre in molti altri è del tutto ignorata dalla legge. In Italia, come noto, la maternità surrogata è punita dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, con l'avvertenza che la giurisprudenza di merito ha escluso, tuttavia, che la sanzione colpisca le due donne (gestante e madre), assumendo che nella fattispecie le stesse non siano soggetti attivi del reato⁹, e la giurisprudenza di legittimità ha comunque escluso la punibilità delle condotte poste in essere all'estero¹⁰.

La fecondazione *in vitro* consente, infine, anche una terza ipotesi di scissione fra dato gestazionale e

dato genetico, che possiamo definire *intermedia* e di cui si è occupata la nostra Corte di cassazione nel 2016¹¹: la cd. "ROPA"¹², dove entrambe le donne *vogliono essere madri*. In questo caso, la Cassazione ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita con le due mamme, ma la tecnica non potrebbe essere realizzata nel nostro Paese, in quanto incorre nella sanzione amministrativa (che colpisce solo gli operatori sanitari, ma non la coppia) prevista dall'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004. Divieto invero previsto non per questo caso specifico, ma per ogni ipotesi di PMA fatta da una coppia di donne (o da una donna *single*) e sul quale pende attualmente una eccezione di illegittimità costituzionale¹³.

Come detto, dunque, si ha sempre la stessa vicenda da un punto di vista fattuale, ma a seconda di come si atteggi *la volontà delle due donne*, nel primo caso la fattispecie è perfettamente legittima per l'ordinamento, nel secondo caso è penalmente sanzionata, nel terzo caso è sanzionata in via amministrativa.

Per il nostro ordinamento, dunque, il giudizio sulla scissione delle figure materne muta radicalmente a seconda della loro intenzione, a sottolineare l'importanza cruciale che in questa materia assume *la volontà delle donne coinvolte*.

5. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, su cui vds. A. Baldini, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, 2014, pp. 617 ss.; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, pp. 393 ss.; M. Basile, *I donatori di gameti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 223 ss.; A. Ruggeri, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte Edu*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 659 ss.; G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, *ibid.*, pp. 663 ss.

6. La Consulta non lo ha detto espressamente, ma la dottrina unanime non dubita che il divieto sia stato rimosso, sia in caso di donazione di seme maschile che di gamete femminile.

7. In genere, tanto il gamete maschile che quello femminile provengono dai genitori, ma non è escluso che alla GPA si associ la donazione di gameti (quando alla impossibilità di gravidanza per la madre si associ anche la impossibilità di ovulazione o in caso di coppia omogenitoriale) e che, in rari casi, vi sia donazione di entrambi i gameti (GPA con "doppia eterologa").

8. Non necessariamente con previsione penale: vds. la Germania o l'Austria.

9. Corte appello Messina, 18 luglio 2016, in *Articolo 29*, www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/07/c-app-me.pdf.

10. Cass., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525 (pres. A. Nappi, est. G. De Marzo), in *Foro italiano*, 2016, 5, 2, c. 286 ss., con nota di G. Casaburi; si veda, inoltre, la nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2016, p. 1085. La Corte ha escluso l'elemento soggettivo sotto il profilo della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364) con riguardo all'art. 9 cp (in ragione dell'incertezza interpretativa e dei contrastanti indirizzi sulla necessaria "doppia punibilità" della condotta, in Italia e all'estero), ma non ha affrontato né l'eventuale errore sulla stessa punibilità della condotta ai sensi dell'art. 12 l. n. 40/2004, né la questione della stessa sussistenza dell'elemento oggettivo.

11. Cass., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599 (pres. S. De Palma, est. A. P. Lamorgese), in *Articolo 29*, con nota di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, 3 ottobre 2016 (www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso); G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 362; G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Il corriere giuridico*, n. 2/2017, p. 190.

12. «Reception of Oocytes from Partner»: gestazione da parte di una donna di un embrione formato col patrimonio genetico della moglie o compagna.

13. Trib. Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018 (est. M.P. Costa), in *Articolo 29*, con nota di A. Schillaci, *Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta* (www.articolo29.it/2018/coppie-donne-p-m-la-legge-n-40-2004-torna-alla-consulta).

3. La creazione giurisprudenziale del modello forte di GPA

Tornando ora alla situazione oltreoceano, ad appena dieci anni dall'invenzione della fecondazione *in vitro*, avvenuta come detto nel 1978, la letteratura americana riferiva già di migliaia di bambine e bambini nati negli Stati Uniti grazie alla *surrogacy* gestazionale¹⁴. Per contro, la *surrogacy* cd. tradizionale (che aveva avuto sin dall'inizio una diffusione assai contenuta e aveva generato in alcuni Stati una certa conflittualità) passava in secondo piano e tendeva quasi a scomparire.

Sul finire degli anni ottanta, inoltre, venivano diffusi i primi dati delle ricerche sul benessere psico-fisico delle gestanti e dei bambini nati con tale pratica¹⁵, che come è noto sarebbero stati confermati nei decenni a venire, sino alle ricerche dei nostri giorni¹⁶.

In questo clima, giunge dunque davanti a un giudice californiano il primo caso di *surrogacy* gestazionale¹⁷: *Johnson c. Calvert*, che si concluderà nel 1993 con la decisione della Corte suprema della California, destinata a esercitare una forte influenza in questa materia¹⁸.

Nella motivazione, la Corte assume, innanzitutto, che non possa ravvisarsi nella pratica *de qua* una le-

sione della dignità della donna quando la stessa sia frutto di una sua libera scelta. La Corte esclude infatti che, nel caso sottoposto al suo esame, vi fosse stata «coercizione, sfruttamento o disumanizzazione» della gestante, ritenendo raggiunta la prova della sua libera e consapevole autodeterminazione¹⁹. Secondo la Corte, l'argomento per cui una donna non potrebbe portare avanti una gravidanza per altre donne sarebbe «retaggio di quella impostazione giuridica e culturale che per secoli ha impedito alle donne di esercitare gli stessi diritti economici e di assumere gli stessi *status* degli uomini»²⁰. I giudici della Corte suprema escludono in particolare che, nel percorso della *surrogacy*, si produca una compressione dei diritti costituzionali della gestante, chiarendo come la stessa resti pienamente titolare, fra l'altro, del diritto fondamentale di interrompere la gravidanza²¹, riconosciuto in due storiche sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti²².

In secondo luogo, la Corte nega che la *surrogacy* configuri una forma di *mercificazione dei bambini*, in quanto nega che nella stessa avvenga alcuna cessione della genitorialità, trattandosi semmai di una pratica che consente a una coppia sterile di mettere al mondo *figli propri*, il che esclude altresì una violazione del divieto penale di pagamento di corrispettivi in caso di adozione²³.

14. Nel 1991 il *Center for Surrogate Parenting* di Los Angeles stimava che, dal 1978, fossero nati mediante *surrogacy* circa 500 bambini in California e 2000 in tutti gli Stati Uniti, cfr. il *Minority Report of the Advisory Panel to the Joint Legislative Comm. on Surrogate Parenting* (M7-M8), luglio 1990, riportato in D.E. Lawrence, *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, in *Golden Gate University Review*, vol. 21, 1991, p. 525.

15. *Ibid.* (*Minority Report* M15, M17), p. 530.

16. In una recente rassegna condotta su 55 studi scientifici sugli esiti della GPA per la salute psico-fisica delle portatrici, dei genitori intenzionali e dei bambini, non sono emerse differenze significative in aspetti sia medici sia psicologici fra GPA e concepimento naturale o assistito. Cfr. N. Carone, *In origine è il dono*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 97, il quale cita V. Söderström-Antila - U.B. Romundstad - C. Bergh, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families - A Systematic Review*, in *Human Reproduction Update*, n. 2/2016, pp. 260 ss. Con riguardo al benessere psicologico delle persone nate con GPA, in parte già adulte, cfr. anche V. Jadva - L. Blake - P. Casey - S. Golombok, *Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children Understanding of Their Surrogacy Origins*, in *Human Reproduction*, n. 10/2012, p. 3008. Vds. anche, alla nota 44, la letteratura citata dal *Tribunal constitucional* portoghese.

17. Prima di allora, le tre o quattro sentenze, compresa quella assai nota sul caso *In re Baby M* (pubblicata anch'essa sul *Foro Italiano*), avevano riguardato sempre casi di GPA tradizionale.

18. Corte suprema della California, *Johnson c. Calvert*, 20 maggio 1993, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 337 ss., con nota di G. Ponzanelli, *California e "vecchia" Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*.

19. Nella motivazione si riferisce che si trattava, nella specie, di una infermiera con buona educazione scolastica e già madre di un figlio, in possesso delle qualità intellettuali e di esperienza di vita necessarie per esprimere una volontà informata.

20. Corte suprema della California, *Johnson c. Calvert*, §. 4.

21. I giudici sottolineano come, nell'accordo fra la gestante e i genitori, fosse evidenziato che «*All parties understand that a pregnant woman has the [5 Cal. 4th 97] absolute right to abort or not abort any fetus she is carrying. Any promise to the contrary is unenforceable*».

22. Corte suprema degli Stati Uniti, *Roe c. Wade*, sentenza del 22 gennaio 1973, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania e altri c. Robert P. Casey e altri*, 505 U.S. 833 (1992).

23. L'evidente distanza dall'adozione esclude che si possa sottoporre chi vuol avere figli propri a una verifica della propria attitudine genitoriale (vds. anche *infra*, nota 34). In California è previsto, in alcuni casi, che tanto la coppia di genitori che la gestante siano sottoposti a preventivi *screening* psicologici, ma gli stessi sono diretti a verificare l'attitudine di entrambe le parti ad affrontare la complessa vicenda della gravidanza per altre, e non a verificarne la capacità genitoriale.

Ciò posto, la Corte suprema osserva come in linea di principio entrambe le donne (la gestante e la madre genetica) potrebbero essere riconosciute come «madre» secondo lo *Uniform Parentage Act*, in quanto lo stesso prevede entrambi i criteri di accertamento della maternità (parto e legame genetico), concludendo tuttavia che in caso di *surrogacy* sia necessario accertare in concreto quale delle due donne abbia manifestato, sin dal concepimento, l'effettiva intenzione di assumere il ruolo genitoriale, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la «madre naturale» del nato («*the natural mother*»). Al riguardo, la Corte osserva come nella specie non solo la gestante non avesse manifestato la volontà di divenire madre del nascituro, esprimendo semmai la volontà contraria, ma anche che, se la stessa avesse manifestato in origine la volontà di divenirne madre, il bambino «non sarebbe mai venuto al mondo».

Con la seconda, fondamentale, sentenza del 3 marzo 1998, *In re Marriage of Buzzanca*²⁴ la Corte suprema ha completato il quadro affermando l'irrevocabilità del consenso manifestato nell'ambito di una *surrogacy*. In questo caso, entrambi i membri della coppia di genitori intenzionali, marito e moglie, erano privi di legame genetico col bambino (sicché il padre, avendo divorziato dalla moglie durante la gravidanza, aveva tentato di sottrarsi alla responsabilità genitoriale facendo leva proprio sulla circostanza di non avere alcun legame di sangue col nato) e il giudice di primo grado, preso atto di tale carenza di nesso genetico anche con la madre intenzionale, aveva ritenuto che, in base al codice civile californiano, dovesse assumersi che madre fosse la partoriente, traendone la conclusione che, visto che quest'ultima non aveva voluto riconoscerlo, il bambino non avesse alcun genitore. La Corte suprema, richiamato quanto già sancito in *Johnson c. Calvert*, ha osservato invece il carattere vincolante della volontà dei genitori, espressa già prima del concepimento, ritenendo che la stessa fosse valida anche a prescindere da qualsiasi legame genetico in forza dei

principi già affermati da tempo in materia di genitorialità intenzionale²⁵.

Una volta espressa la volontà di mettere al mondo un figlio e una volta iniziato il percorso di procreazione artificiale o di GPA, i genitori intenzionali sono dunque *ab initio* i genitori legali del bambino e tale status, ovviamente, è *indisponibile*.

4. Il modello forte alla prova dei fatti

Come detto, anni dopo le due pronunce della Suprema corte, la *surrogacy* ha fatto ingresso nel *Family Code* californiano, con legge entrata in vigore il 1° gennaio 2013²⁶.

Secondo la disciplina codicistica, la manifestazione della volontà della gestante e dei genitori (anche dello stesso sesso; anche singoli) è raccolta in un accordo («*Written Assisted Reproduction Agreement For Gestational Carriers*») che deve avere forma solenne e deve essere redatto con l'assistenza necessaria di un avvocato indipendente per parte (*sec. 7962, lett. b*); tale atto deve prevedere la copertura di tutte le spese mediche a cura dei genitori intenzionali, mentre nulla viene detto nella legge in ordine all'eventuale previsione di un ulteriore compenso, sicché in mancanza di un espresso divieto lo stesso deve intendersi lecito. Secondo la *sec. 7962, lett. i*, tale accordo non può essere risolto («*rescinded or revoked*») dalle parti, potendo essere dichiarato inefficace soltanto in forza di un provvedimento giurisdizionale.

Sulla base di tale manifestazione di volontà della gestante di realizzare una gravidanza per un'altra donna (o per altri), e dei genitori di mantenere la responsabilità genitoriale sul nascituro, la *sec. 7962, lett. e*, prevede quindi che il giudice emetta un provvedimento giurisdizionale con cui, previo controllo della validità dell'accordo, accerta, anche già nel corso della gravidanza, che la gestante *non è la madre*, mentre i due genitori intenzionali sono i genitori del bambino²⁷, dando dunque atto, come espressamente disposto dalla *sec.*

24. Corte suprema della California, *In re Marriage of Buzzanca*, decisione del 3 marzo 1998, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 405, con nota di V. Carbone, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso baby J*.

25. Corte suprema della California, *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 (1968), per cui «*a man could even be criminally liable for failing to pay for the support of a child born to his wife during the marriage as a result of artificial insemination using sperm from an anonymous donor*». Principio poi trasfuso nella sez. 7613 del *Family Code* californiano.

26. *California Family Code, Division XII: Parent And Child Relationship, Part 7. Surrogacy And Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements For Gestational Carriers, And Oocyte Donations*, in: <https://leginfo.legislature.ca.gov>. Per un approfondimento, vds. P. Gerber e K. O'Byrne, *Souls in the House of Tomorrow, The Rights of Children Born via Surrogacy* in P. Gerber e K. O'Byrne (a cura di), *Surrogacy*, op. cit., p. 237. Sulla legislazione californiana vds. anche G. Cardaci, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 5/2017, p. 660.

27. *Sec. 7862 (f) 2*: «*[t]he judgment or order shall establish the parent-child relationship of the intended parent or intended parents identified in the surrogacy agreement and shall establish that the surrogate, her spouse, or partner is not a parent of, and has no parental rights or duties with respect to, the child or children*».

7962, lett. *f*, sub 1, che sono superate le presunzioni di concepimento, maternità e paternità. Alla nascita del bambino, infine, l'ufficiale di stato civile formerà il certificato di nascita conformemente alla *verità della filiazione* accertata nel provvedimento giurisdizionale. La *sec.* 7962, lett. *g*, dispone quindi che tutti gli atti siano rigorosamente riservati e possano essere visionati solo dalle parti e dai loro avvocati, salvo provvedimento giurisdizionale adottato «in casi eccezionali e se strettamente necessario».

L'ordinamento californiano ravvisa dunque nella *surrogacy* una pratica di PMA diretta a far nascere bambini che sono *ab origine* figli non della gestante (*gestational carrier*), ma dei suoi genitori intenzionali (*intended parents*). Nella ricostruzione giuridica affermata in California, infatti, il *parental order* che l'autorità giudiziaria può emettere già nel corso della gestazione non “trasferisce” lo status genitoriale, ma *accerta* che genitori del nascituro sono coloro che hanno espresso *già prima del concepimento* la volontà di assumerne la responsabilità genitoriale, e non la gestante che ha espresso volontà contraria²⁸. Il modello californiano, così, non ammette deroghe rispetto al *principio generale dell'ordinamento della incedibilità dello status filiationis*. A tale ricostruzione giuridica corrisponde, d'altra parte, anche una *costruzione sociale e culturale* del fenomeno, che spiega la ragione per cui la *surrogacy* sia socialmente accettata da buona parte dell'opinione pubblica: la *surrogacy* è intesa infatti come pratica diretta a

far nascere i bambini di una coppia impossibilitata a una gravidanza, e certamente non come “cessione” di bambini da parte delle proprie madri.

La sezione 7962 regola, peraltro, soltanto la *surrogacy* cd. “*gestazionale*”, dove la gestante non ha dunque alcuna correlazione genetica col nascituro e dove, dunque, viene trasferito alla gestante un embrione già formato. Pur non essendo vietata, la cd. “*GPA tradizionale*” (dove, come visto, la donna partorisce invece un figlio a lei legato geneticamente) è dunque esclusa dalla protezione offerta dal codice civile californiano (in ciò differenziandosi da quanto accade, ad esempio, nel Regno Unito).

Per contro, allontanatosi dagli esiti cui sembrano giunte tanto la nostra Corte di cassazione nella nota sentenza n. 24001 del 2014²⁹ che la Grand Chambre della Corte di Strasburgo nella soluzione del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*³⁰, ma in tutta coerenza con i principi dell'*intention*, in California, non è invece escluso che entrambi i genitori intenzionali siano privi di legame genetico col figlio, in tal modo assicurando (come si è visto nel caso *Buzzanca*) che i genitori, neppure in tal caso, risultino sciolti dalla responsabilità genitoriale nei confronti del bambino che hanno voluto mettere al mondo³¹.

Come si è già accennato, nella lunga storia dell'applicazione di tali principi, e nonostante le migliaia di bambini nati grazie alla *surrogacy*, non risultano casi editi o controversie giudiziarie in atto³², salvo il recente caso *Melissa Kay Cook* (2016-2018)³³.

28. Corte suprema della California, *Johnson v. Calvert*, § 6.

29. Cass., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota critica di G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; M.C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico* in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, pp. 280 ss.; A. Palazzo, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Liberio Osservatorio del Diritto*, n. 1/2015, pp. 1 ss.; M. Di Stefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionale/privatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS*, n. 1/2015, pp. 160 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione e diritti fondamentali*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2015, p. 119.

30. Corte Edu, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza del 24 gennaio 2017, in *Famiglia e diritto*, nn. 8-9/2017, pp. 729-740, con nota di E. Falletti. Sulla sentenza vds. anche R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, spec. pp. 317 ss.; M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017 (www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/vita_familiare_maternita_surrogata.pdf).

31. Dalle decisioni della Corte di cassazione e della Corte di Strasburgo emerge la preoccupazione dei giudici di segnare il confine fra la GPA e l'istituto dell'adozione legittimante, assumendo che nell'ipotesi di una GPA senza legame genetico con alcuno dei genitori intenzionali possa esservi una sorta di aggiramento delle regole che disciplinano l'adozione internazionale. Tale impostazione, tuttavia, sembra sottovalutare la differenza ontologica fra la genitorialità rivolta a un figlio proprio, frutto del concepimento voluto dai genitori, e l'adozione di un bambino già nato e in stato abbandono, frutto della volontà (non solo di avere un figlio, ma anche) di sostenere un minore in difficoltà, risentendo eccessivamente del paradigma del legame di sangue, che finisce col resuscitare ciò che nel mondo della PMA è invece del tutto irrilevante, come attestato dalla possibilità, del tutto legittima anche nel nostro ordinamento, di “doppia eterologa”.

32. Anche scorrendo la stampa e ricercando dati sul *web*, si rinviene soltanto un altro precedente, diremmo mediatico, ma non (a quanto è dato sapere) giudiziario, risalente al 2008. Si trattava, in quel caso, di una gestante che avrebbe voluto revocare il consenso prestato nell'ambito di un accordo con una coppia di San Francisco, eterosessuale, per cui – a quanto è dato sapere – si sarebbe raggiunto un accordo prima di addivenire all'annunciata azione giudiziaria.

33. *Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division one*, *Cook v. Harding*, decisione del 26 gennaio 2017, che conferma la precedente decisione della *Los Angeles County Superior Court* del 6 giugno 2016.

Nel caso *Melissa Cook*, il padre intenzionale, avuta notizia che si trattava di gravidanza trigemellare, aveva chiesto alla gestante di interrompere la gravidanza di uno dei tre, adducendo preoccupazioni per il loro stato di salute e, soprattutto, ragioni di natura economica con riguardo alla propria capacità di mantenere tre figli. Opposto dalla gestante il rifiuto di abortire, e nati i tre bambini, la stessa chiedeva di trattenerne uno con sé, osservando come proprio la teoria della volontà avrebbe dovuto condurre a tenere conto della volontà espressa dal padre di assumere la responsabilità genitoriale soltanto per due di essi. La difesa della stessa contestava, inoltre, la stessa legittimità costituzionale della legislazione californiana in materia di *surrogacy*. La Corte d'appello di Los Angeles ha ritenuto, tuttavia, che lo *status* si fosse costituito già prima del concepimento, affermando per un verso che lo stesso non potesse essere *rinunciato* dal padre ed escludendo, per altro verso, di poter esprimere in questa sede giudizi sulla capacità genitoriale del padre, richiamando al riguardo l'impostazione tradizionale per cui lo Stato non può sindacare su chi possa divenire genitore (con metodi naturali o con procreazione medicalmente assistita)³⁴. La Corte d'appello ha rifiutato, inoltre, di considerare i profili di pretesa illegittimità costituzionale della *surrogacy*, sul rilievo che la disciplina legislativa ha recepito i principi già enunciati dalla stessa Corte suprema nei precedenti *Calvert* e *Buzzanca*.

5. GPA e dignità

Come si è visto, la Corte suprema della California, in *Johnson c. Calvert*, ha ritenuto che la *surrogacy* non comporti una *lesione della dignità della donna* quando la stessa sia il frutto di una sua libera scelta.

In un infelice *obiter* della nostra Corte costituzionale (peraltro in una sentenza che, per molti altri versi, è del tutto condivisibile), la maternità surrogata, invece, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³⁵.

Se, tuttavia, *la dignità della donna* e *se la qualità delle relazioni umane* segnano i parametri e il perimetro del giudizio, come pare sottolineare la nostra Corte costituzionale, allora non può non osservarsi come il tema della dignità incontri necessariamente quello dell'autodeterminazione della donna. Come sottolineato dai giudici californiani, l'argomento per cui una donna non potrebbe mai essere in grado di decidere in modo consapevole di portare in grembo e far nascere un bambino di altri risente, invero, di un evidente quanto antico pregiudizio³⁶. Negare ogni possibilità di autodeterminazione, anche ove sia assicurata la libertà e spontaneità della scelta, appare frutto di «una costruzione inferiorizzante della capacità femminile»³⁷, risultando, in fin dei conti, pregiudizievole proprio della dignità della donna.

La questione, accennata solo incidentalmente nella decisione della corte italiana, è stata affrontata più recentemente in «una vera e propria sentenza-trattato»³⁸ dal *Tribunal constitucional* portoghese, in occasione del vaglio di costituzionalità della legge lusitana sulla *gestação de substituição*, che è stata ritenuta legittima salvo che per alcuni suoi, non trascurabili aspetti³⁹. Per la Corte portoghese, l'argomento per cui la GPA configurerebbe sempre una *mercificazione della donna* o, addirittura, una sua *riduzione in schiavitù*, a prescindere da una attenta analisi delle condizioni sociali, culturali ed economiche in cui la medesima si è determinata a contribuire alla nascita di un bambino altrui, condurrebbe per un verso a mortificare la sua stessa capacità di autodeterminazione, il suo ruolo attivo e le

34. *Court of Appeal*, *Cook v. Harding*, cit.: «for purposes of an equal protection analysis, it is more appropriate to compare children born to surrogates with children born in a traditional manner to other parents than it is to compare children born to surrogates with children placed through adoption or family courts. Of course, the state does not regulate who is permitted to give birth».

35. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272 (pres. P. Grossi, est. G. Amato), in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 cc; sulla sentenza, vds. A. Schillaci, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'esterno: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti comparati*, 18 gennaio 2018; A. Sassi, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*, in *Rivista diritto e processo*, 2017, pp. 272-301. (www.rivistadirittoeprocesso.eu/upload/Riviste/Rivista%202017.pdf).

36. Corte suprema della California, *Johnson c. Calvert*, cit., § 4: «The argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law».

37. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. Niccolai e E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 91 ss. (citazione: p. 95).

38. A. Schillaci, *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in *Articolo 29*, 25 aprile 2018.

39. *Tribunal constitucional* del Portogallo, sentenza del 24 aprile 2018 n. 225, in *Articolo 29*, con nota di A. Schillaci, *Il Tribunale costituzionale portoghese, op. cit.*

sue motivazioni, e per altro verso ignorerebbe che la donna, anche nel corso della gravidanza, mantiene pur sempre – seppure in una condizione di vulnerabilità – la pienezza delle proprie relazioni sociali⁴⁰. Per il *Tribunal constitucional*, la gestante attua, nel caso di GPA altruistica, «un proprio progetto personale» ed «esprime la propria personalità», sicché la pratica «è l'opposto della sua degradazione», dovendosi rinvenire nella stessa «l'esercizio della sua autonomia individuale e della sua libertà personale»⁴¹. Per conseguenza, secondo i giudici portoghesi, «non vi è violazione della sua dignità umana, ma, al contrario, la sua partecipazione alla gestazione di sostituzione afferma una libertà che, in ultima analisi, si fonda proprio su tale dignità»⁴².

Per i giudici portoghesi non può assumersi, inoltre, che nella specie risulti lesa la *dignità personale del nascituro*, posto che il bambino non è oggetto di una mercificazione né è strumento per il perseguimento di interessi degli adulti. Il figlio, infatti, gode sia nel corso della gravidanza che dopo il parto di una condizione identica agli altri bambini⁴³ e, secondo le ricerche unanimi, non subisce alcun pregiudizio di ordine psicologico⁴⁴. Il medesimo, infine, non è «oggetto» di un contratto (posto che accordi, anche di natura contrattuale, sono comunque presenti in ogni occasione di nascita, anche con procreazione naturale)⁴⁵, ma è qui il fine – e non il mezzo – della pratica, esattamente come avviene per ogni ipotesi di procreazione naturale o artificiale (il *Tribunal* menziona,

al riguardo, gli autori che hanno osservato come «il bambino generato con GPA avrà la certezza d'essere stato molto desiderato dai suoi genitori intenzionali, forzati a oltrepassare i propri limiti fisiologici e biologici per portarlo al mondo, sicché non potrà mai soffrire il trauma d'essere un figlio “accidentale”»⁴⁶).

La corte portoghese rivela, allora, come la GPA, quando sia gratuita, assuma una «*relevância constitucional positiva*», essendo diretta a perseguire interessi giuridici fondamentali come quello di creare una famiglia e avere figli⁴⁷.

D'altra parte, anche la nostra Corte costituzionale, nella più volte menzionata sentenza n. 162 del 2014, ha osservato come la libertà di scelta «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», «riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, poiché concerne la sfera privata e familiare», «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali» (corsivo aggiunto)⁴⁸.

Se, dunque, come affermato nella sentenza n. 272 del 2017, tali valori costituzionali attengono alla *dignità della donna* e alla *qualità delle relazioni umane*, il tema si sposta necessariamente su una valutazione in concreto delle condizioni che assicurano un'adeguata prevenzione del rischio di compressione della sua libertà di scelta e un'adeguata protezione delle relazioni che si intrecciano fra i soggetti coinvolti⁴⁹.

40. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., in particolare §§ 25, 26 e 28.

41. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 28.

42. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 28.

43. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 32.

44. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 35: «*Na verdade, é de realçar que os estudos científicos existentes não indicam quaisquer diferenças relevantes, no que respeita às relações de parentalidade e ao desenvolvimento psicológico harmonioso, entre crianças nascidas com recurso a gestação de substituição e as restantes, não tendo este fator sido assinalado como causa direta de quaisquer perturbações (veja-se, por exemplo, e para além dos mencionados no aludido relatório do Presidente do CNECV de 2012, Golombok, S., Blake, L., Casey, P., Roman, G. and Jadva, V. (2012), “Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment” in Journal of Child Psychology and Psychiatry, 54, 653–660. doi:10.1111/jcpp.12015)*».

45. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 32: «*O objeto imediato destes contratos nunca é a criança em si mesma considerada. (...) A prévia celebração dos contratos que regulam as técnicas de PMA ou a gestação de substituição, que foram indispensáveis para que tal criança nascesse, em nada afetam a sua dignidade*».

46. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 33.

47. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 28: «*A gestação de substituição tem, por isso, uma relevância constitucional positiva, enquanto modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, que, por razões de saúde, ficaram prejudicados. Estão em causa, nomeadamente, o direito de constituir família e o direito de procriar*».

48. Corte cost., n. 162/2014, cit., § 6.

49. S. Stefanelli, *Ripensamento materno*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2018, p. 141, rileva la necessità di una «verifica in concreto della libera condivisione di una scelta o piuttosto della coercizione alla gestazione ed alla rinuncia al bambino, che caratterizza gli abusi di tale pratica in alcuni Paesi, ma non può confondersi con la pratica stessa, come testimonia l'esperienza degli Stati del Nord America nei quali è da tempo regolamentata, proprio allo scopo di prevenire la coercizione diretta o indiretta». Per B. Pezzini *Riconoscere responsabilità*, op. cit., p. 95, «evocare la necessità di tutela della donna vale a qualificarla astrattamente come soggetto

6. Discussione del modello californiano (con alcuni spunti *de iure condendo*)

Come si è detto, alla base della GPA vi è un accordo. A differenza di quanto accade nella comune fecondazione eterologa, non bastano infatti meri atti unilaterali, dei donatori e dei genitori, essendo necessario che la volontà dei genitori e della gestante sia raccolta in un unico atto che sia il risultato di un complessivo accordo.

Tale forma giuridica rispecchia la consapevolezza che la GPA trova fondamento in una relazione fra le parti coinvolte. Com'è stato osservato, la volontà della gestante si forma infatti entro «una relazione di reciproco riconoscimento ed affidamento» con i genitori intenzionali, distinguendosi nettamente dal contributo di una donatrice o donatore di gameti, il quale non richiede riconoscimento come relazione umana interpersonale⁵⁰.

Già il percorso attraverso il quale le parti si scelgono è assai delicato, poiché evidentemente un cammino così straordinario che prevede, da un lato, la consegna a una persona esterna alla coppia di ogni speranza di avere un proprio figlio e, dall'altro lato, la gestazione nel proprio grembo di un bambino altrui e la sua riconsegna nel giorno del parto, necessita di reciproca conoscenza e, soprattutto, di grande, reciproca fiducia. I soggetti di tale relazione, in particolare le due donne che la costruiscono, hanno innanzitutto necessità di chiarire molteplici aspetti connessi alla gravidanza e di trovare una condivisione anche con riguardo a scelte che implicano non solo coinvolgimento emotivo, ma anche precise opzioni etiche. Già prima dell'inizio del percorso è indispensabile che le parti si conoscano, non solo per costruire una *relazione di conoscenza ed empatia reciproca*, ma anche per verificare *la condivisione di valori comuni*. A prescindere, ad esempio, dalla titolarità esclusiva della donna in gravidanza del diritto di abortire, una gestante tendenzialmente *pro-life* cercherà genitori con analoghi punti di vista in materia di aborto, così come si cercheranno gestanti e genitori tendenzialmente *pro-choice*.

Da qui, tuttavia, anche uno degli aspetti più critici del “modello californiano”, atteso che in tale

sistema la preselezione e l'incontro fra le parti (gestante e genitori), così come la supervisione e la verifica di tutto il loro percorso, è *rimessa interamente a soggetti privati*, quali le stesse parti, gli avvocati, i medici e (quando vi sono, dunque non sempre) le agenzie⁵¹. Tale scelta è invero coerente con l'impianto giuridico, culturale ed economico d'oltreoceano, per cui l'intervento di autorità pubbliche è visto come intrusivo rispetto al diritto fondamentale alla *privacy*. A tale impostazione si contrappongono, evidentemente, i modelli di *surrogacy* dei Paesi di *civil law* che *rimettono a un giudice, o ad agenzie pubbliche* il controllo di tutta la fase prodromica della GPA, della formazione dell'accordo e del suo compimento (ad esempio: Israele, Portogallo e Grecia) e, anzi, vietano espressamente ogni intermediazione privata. Né pare che la scelta preferibile limiti l'intervento pubblico al solo provvedimento “autorizzativo” emesso da un ente pubblico o dall'autorità giudiziaria, posto che la specifica natura della relazione e gli interessi e i diritti coinvolti consigliano che le parti siano accompagnate nel percorso prima, durante e dopo la gravidanza. Non dunque solo esigenze di controllo, ma anche di ausilio.

Altro aspetto critico attiene all'effettiva *protezione giuridica della donna nel corso della gravidanza*. È impregiudicato, come detto, il diritto costituzionale di autodeterminazione della donna in materia di interruzione della gravidanza, sicché si deve assumere – pur in assenza di precedenti – che, in ipotesi di eventuali clausole in materia di aborto comunque inserite nell'accordo, l'esercizio di un diritto fondamentale non possa mai consentire pretese risarcitorie. Inoltre, può ben dubitarsi che abbiano qualsiasi efficacia giuridica eventuali restrizioni relative alla condotta della donna che siano prive di una evidente giustificazione medica. Tuttavia, non può escludersi che clausole contrattuali, seppure inefficaci e incoercibili, esercitino una sorta di pressione psicologica sulla donna in gravidanza. Da questo punto di vista, ben più pregnante sarebbe l'espressa previsione legislativa della radicale nullità di ogni clausola o accordo limitativo della piena autonomia e libertà della donna in gravidanza. Parimenti, ben più efficace sarebbe l'espressa previsione legislativa della necessaria assunzione da parte dei genitori di tutti i costi della gra-

debole in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che anche il delicato problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, debba essere affrontato nello specifico, individuando in concreto rischi e problemi ed agendo coerentemente per tutelarsi dai primi e per risolvere i secondi».

50. B. Pezzini, *op. ult. cit.*, p. 96.

51. Generalmente, è richiesto che la gestante abbia già figli propri (si da assicurare consapevolezza rispetto al percorso che intende intraprendere), che abbia buone condizioni economiche (si da assicurare che la scelta non sia compiuta per bisogno) e che presenti buone condizioni psico-fisiche; in alcuni casi, ma non sempre, anche i genitori sono sottoposti ad un preventivo *screening* psichico (vds. nota 22).

vidanza (comprese tutte le spese sanitarie o di mantenimento, anche in termini di mancato guadagno), anche per l'ipotesi di esito infausto e per quella in cui la donna decidesse di interrompere volontariamente il percorso.

Infine, una delle questioni più discusse (non tanto in California, ma nel dibattito pubblico italiano ed europeo) attiene, com'è risaputo, alla *previsione di un compenso*, il quale è vietato nell'ordinamento inglese o canadese, mentre non è visto con alcun pregiudizio in California (pur non essendo espressamente previsto dalla legge). Nel nostro dibattito pubblico, il passaggio di danaro evoca, per un verso, il fantasma del corrispettivo per la stessa cessione del bambino e, per altro verso, giustamente preoccupa rispetto all'effettiva libertà di scelta della donna che dovesse prestarsi a una gravidanza in ragione delle proprie condizioni di indigenza.

La Corte suprema californiana ha escluso, al riguardo, che il passaggio di danaro configuri il compenso per una pretesa "cessione di genitorialità" o per una "rinuncia" alla genitorialità, rilevando come lo stesso vada inteso quale «compenso per la gestazione e il parto del nascituro»⁵². D'altra parte, il rischio di una indebita pressione economica può essere ridotto, se non eliminato, attraverso pregnanti controlli diretti a verificare le condizioni di indipendenza economica della donna, ad esempio escludendo chi versi in condizioni economiche legittimanti l'accesso all'assistenza pubblica (pensioni per ragioni di indigenza, indennità di disoccupazione, specifiche agevolazioni assistenziali, etc.). La migliore dottrina ha osservato in proposito come l'esistenza o meno di un corrispettivo «non esclud[a] la libera autodeterminazione della portatrice, al pari del contratto di baliatico»⁵³ e anche il pensiero di chi assume una rigorosa prospettiva di genere è sul punto in cammino, sino ad affermare

che «il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne»⁵⁴ e che potrebbe ammettersi «l'apertura ad una ragionevole remunerazione»⁵⁵. Peraltro, persino negli ordinamenti in cui il corrispettivo è vietato, come quello inglese, le corti autorizzano, di fatto, *ex post* la corresponsione di somme anche ingenti⁵⁶.

In buona sostanza, non persuade l'impostazione che esclude del tutto ogni remunerazione (che è seguita anche dal *Tribunal* lusitano, seppure la questione del compenso non fosse oggetto della decisione, posto che la legge già ammetteva la sola GPA a titolo gratuito), atteso che ove sia ragionevolmente escluso che condizioni di bisogno concretino una costrizione e dunque una limitazione alla possibilità di scelta, tenuto conto che anche le attività umane più eminentemente altruistiche tollerano una qualche forma di remunerazione, non si vede in effetti in che modo in uno Stato di diritto possa vietarsi ad una donna, in piena autonomia e libera da pressioni sociali o economiche, di realizzare una gravidanza per un'altra donna, non in grado di mettere al mondo il proprio bambino, richiedendole un qualche compenso.

7. La natura giuridica della fattispecie

La questione della *natura giuridica* della fattispecie risente di un vizio di fondo, indotto dall'erroneo rinvio alla categoria del «contratto». È invero frequente il richiamo, spesso in termini denigratori, alle figure della locazione, della compravendita o, nella migliore delle ipotesi, della donazione. Tale rimando a categorie contrattualistiche risente verosimilmente anche dell'uso in inglese del termine «*agreement*», pigramente tradotto come «contratto», senza tenere conto che i termini *agreement* o *con-*

52. Corte suprema della California, *Johnson c. Calvert*, §. 4, per cui il danaro «*is meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up "parental" rights to the child*».

53. S. Stefanelli, *Ripensamento materno*, *op. cit.*, p. 141.

54. Per C. Saraceno, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, n. 1/2017, «la questione è non solo il rimborso delle spese mediche, dell'abbigliamento, ecc., ma anche del tempo. Dopo tutto, noi prevediamo che l'assenza per maternità sia compensata e non riteniamo che una donna incinta che è pagata per rimanere a casa durante gli ultimi mesi della gravidanza e per un certo tempo anche dopo, abbia un'attitudine "commerciale". Dovrebbe esserci una certa regolazione dell'ammontare del rimborso e di che cosa dovrebbe essere rimborsato. Ma il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne. La situazione è diversa da quella della donazione di sangue, poiché richiede molto più tempo e coinvolge il corpo della donatrice. Questo – a mio parere – vale anche per le donatrici degli ovuli, che in Italia non possono essere rimborsate per il tempo che spendono nella procedura».

55. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità*, *op. cit.*, pp. 114-115, rileva che «la salvaguardia della dignità essenziale di tutti gli esseri umani, presenti e futuri, coinvolti», la quale «pretende la essenziale gratuità della relazione», non sembra incompatibile «persino con l'apertura ad una ragionevole remunerazione della madre biologica».

56. I. Gianecchini, *La genitorialità delle coppie omosessuali nell'ordinamento inglese: diritti e doveri secondo la legge e la common law dopo lo Human Fertilisation And Embryology Act 1990-2008*, in *GenIUS*, n. 1/2018, p. 123, la quale rammenta la decisione nel caso *Re L (a minor)* [2010] EWHC 3146 (*Fam*), spesso richiamata da altri giudici, ove è stato ritenuto dirimente che «gli *applicants* abbiano agito in buona fede e non immoralmente durante le trattative con la madre surrogata e che il pagamento non abbia rappresentato una pressione per condizionare la volontà di quest'ultima».

tract non hanno quella connotazione strettamente patrimoniale che contraddistingue il *contratto* nel nostro codice civile, caratterizzato dalla stretta patrimonialità dei rapporti obbligatori *ex art.* 1174 cc. Il richiamo, nella nostra lingua, alla categoria del contratto è evidentemente fuorviante: le categorie giuridiche derivate dal diritto del contratto e delle obbligazioni non rendono infatti conto della specifica esperienza relazionale, unica nel mondo del diritto, compiuta nell'arco dei mesi di gravidanza, la quale si proietta anche dopo il parto.

Sarebbe invero più opportuno considerare che la fattispecie della gravidanza per altre o altri è, invece, istituto giuridico del *diritto di famiglia* e dovrebbe essere riguardato nel suo ambito, respingendo ogni impiego di categorie contrattualistiche. Come altri istituti del diritto di famiglia, anche la GPA regola eminentemente rapporti di natura personale, pur tollerando, come altri istituti del diritto di famiglia, regole attinenti a oneri di natura patrimoniale. Con riguardo ai reciproci obblighi e diritti soggettivi, pur dovendosi escludere che la situazione soggettiva della gestante attenga a un atto di disposizione del proprio corpo che comporti una qualche diminuzione dell'integrità fisica⁵⁷, la fattispecie non potrebbe essere inquadrata, allora, come una mera *prestazione di un servizio*. La dottrina anglosassone più attenta ha proposto al riguardo la qualificazione come attività di «cura prenatale del bambino» («*pre-birth childcare*»⁵⁸), ma, in verità, anche tale qualificazione non dà pienamente conto di come tale attività inevitabilmente si proietti anche oltre il parto, sicché appare invece convincente la proposta di «una figura giuridica nuova», la *gravidanza per altre o altri*, appunto, volta a dare pieno conto del fascio di relazioni umane che precedono, accompagnano e perfino seguono il parto⁵⁹. Le nozioni di contratto o accordo evocano peraltro l'intesa raggiunta fra parti contrapposte al fine del perseguimento di propri interessi (anche non patrimoniali), mentre nella specie dovrebbe prevalere l'accento sull'interesse comune, posto che le parti mettono in essere una complessa rete di relazioni che inevitabilmente li accompagnerà per tutta la vita, in modo del tutto originale, ma in fondo analogo a quanto accade ogni volta in cui si creano, modificano o estinguono *relazioni familiari*. Tale qualificazione, come si vedrà (vds. *infra*, parr. 10 e 11), comporta anche conseguenze sul piano della sua regolamentazione giuridica.

8. Quale regola per lo *status filiationis*: art. 269 cc o legge n. 40/2004?

Nonostante i decenni trascorsi dall'inizio della pratica *de qua*, non si è affermata ancora, nel nostro ordinamento giuridico, una stabile ricostruzione delle sue conseguenze sullo *status* dei minori, nell'ipotesi in cui la stessa sia stata posta in essere (illecitamente) in Italia o (in genere, lecitamente) all'estero. Nonostante la prima ipotesi sia sostanzialmente di scuola (non vi sono stati casi noti dopo l'entrata in vigore del divieto) e la seconda ipotesi postuli in genere l'applicazione del diritto straniero, la ricostruzione sistematica secondo la nostra legge interna appare comunque indispensabile, non solo per il caso che i criteri di collegamento impongano di applicare il diritto italiano, ma anche al fine di ricostruire i principi generali dell'ordinamento influenti sui canoni rilevanti per l'ordine pubblico internazionale (sforzo che appare vieppiù utile ove, ad esito dell'attuale discussione sull'effettiva latitudine dell'ordine pubblico internazionale, si dovesse ritenere che lo stesso trascenda i principi accolti nella Carta costituzionale e accolga anche i principi generali dell'ordinamento nella disponibilità del legislatore ordinario).

Una parte prevalente della dottrina ricerca tuttora fra le norme del nostro codice civile la soluzione per l'identificazione dei criteri di riconoscimento della «madre» secondo il nostro ordinamento giuridico. Come noto, si è voluto desumere un preteso *principio di prevalenza della madre gestazionale* dalla previsione di cui all'art. 269, comma 3, cc, per cui «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». È, tuttavia, evidente che tale norma fu pensata dal legislatore quando la possibilità di attuare una fecondazione *in vitro* non era neppure immaginabile, sicché appare un'evidente *forzatura* trarne un principio diretto a dirimere la questione di chi sia la madre giuridicamente riconosciuta in caso di scissione fra maternità gestazionale e maternità genetica.

Già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, che ha disciplinato tutta la materia della PMA, la Corte di cassazione, nella celebre sentenza sul disconoscimento del figlio da parte del padre che aveva prestato il consenso a una PMA eterologa, aveva osservato come il codice civile presupponga e

57. In questo senso, V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»* in *Rivista di diritto civile*, n. 5/2017, p. 1100, e S. Stefanelli, *Ripensamento materno*, *op. cit.*, p. 141.

58. M. Walstead, *International surrogacy: arduous journey to parenthood*, in *Journal of Comparative Law*, 2014, p. 333.

59. Così B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità*, *op. cit.*

rispecchi la procreazione naturale, affermando che, in caso di PMA, i principi vadano rinvenuti altrove (in mancanza di una norma, come accadeva allora, il giudice doveva dunque trarre la regola dai principi costituzionali e generali dell'ordinamento)⁶⁰. La stessa Corte di cassazione di recente, seguendo un'attenta dottrina⁶¹, ha quindi suggerito che il terzo comma dell'art. 269 sia in verità una disposizione in materia di prova (come suggerito già dall'*incipit* della norma, per cui «la maternità è dimostrata *pro-vando* (...)»)⁶².

Nel mondo della procreazione naturale, dato per presupposto dal legislatore degli anni quaranta, non vi è scissione possibile fra la donna che metta al mondo un bambino e la donna che ne è madre genetica: l'art. 269 cc non contempla, né poteva contemplare, una norma sul *conflitto fra dato gestazionale e dato genetico*, poiché, regolando la maternità naturale, dice, banalmente, che è madre colei che è necessariamente sia madre genetica (comma secondo) che madre gestante, sicché la maternità si prova mediante il parto (comma terzo).

Chi voglia cercare, invece, la norma che regoli nel nostro ordinamento le fattispecie della procreazione artificiale, dovrà rivolgersi alla legge in materia di procreazione medicalmente assistita, la n. 40 del 2004, che all'art. 8 (che introduce le «*Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*») stabilisce che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita *hanno lo stato di figli* legittimi o di figli riconosciuti *della coppia che*

ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6» (corsivi aggiunti).

Tale principio si applica, innanzitutto, anche in caso di fecondazione eterologa, come chiarito dalla Consulta nella menzionata sentenza n. 162/2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità del relativo divieto. In questa sentenza, la Corte costituzionale ha posto infatti univocamente al centro del sistema l'art. 8 della legge n. 40/2004, avendo ben chiarito che «in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica “hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime”», sicché non può più assumersi che la logica della legge resti quella originaria della *imitatio naturae*, dovendosi dare atto che la l. n. 40/2004, pur mantenendo tuttora diversi aspetti inaccettabili, è comunque trasfigurata rispetto all'assetto iniziale⁶³.

Inoltre, come rilevato ancora dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, la determinazione dei criteri di riconoscimento dello *status filiationis* non può essere confusa con la questione del diritto alla *conoscenza delle proprie origini*, che è stato in qualche misura riconosciuto in caso di adozione⁶⁴ e dalla stessa Consulta nell'ipotesi di parto anonimo⁶⁵: un tale diritto alla conoscenza di avvenimenti rilevanti per la propria storia personale e per la propria identità non interferisce, infatti, in alcun modo con la determinazione, la certezza e l'irrevocabilità dello *status filiationis*⁶⁶.

Anche grazie a tale decisione, la centralità del *principio della volontà* nel sistema della procreazione

60. Cass., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1999, pp. 1095 ss., con nota di L. D'Avack, *Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico su quello genetico*; S. Patti, *Lacune “sopravvenute”, presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, pp. 347 ss.; M. Sesta, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, *ibid.*, pp. 350 ss.

61. A. Sassi, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato*, 2015, *op. cit.*, p. 20, e S. Stefanelli, *Procreazione e diritti fondamentali*, *ibid.*, pp. 115 ss. Nella seconda edizione del Trattato, vds. S. Stefanelli, *Criterio di attribuzione della maternità*, *op. cit.*, p. 156.

62. Cass., n. 19599 del 2016, *cit.* In questo senso, anche V. Scalisi, *Maternità surrogata*, *op. cit.*, p. 1102.

63. M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 34, per cui la legge n. 40 «non è più una legge ideologica che si illude di imporre valori astratti ai cittadini incidendo sui loro diritti, fatta di irragionevoli divieti, ma è una legge laica, che bilancia valori, che riconosce la giusta esigenza della procreazione come diritto incoercibile delle persone, e che, soprattutto, pone come principi fondanti quelli di autonomia e di responsabilità delle coppie e del medico».

64. Art. 28, commi 4 e 5, l. 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lett. p, d.lgs n. 154/2013.

65. Corte cost., n. 278/2013, in *Rivista di diritto civile*, 2014, II, 3, con nota di B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*. La decisione, come noto, ha fatto seguito alla pronuncia della Corte europea dei diritti umani, *Godelli c. Italia*, del 25 settembre 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, pp. 103 ss., con nota di J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo cenileura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*.

66. Il diritto a conoscere le proprie origini riguarda, peraltro, anche il figlio adulterino nato in costanza di matrimonio, a prescindere dal mantenimento dello *status*, G. Ferrando *La filiazione e la legittimazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 4, Utet, Torino, 1999 (seconda edizione), p. 148.

artificiale, in opposizione al principio della derivazione genetica nel sistema della procreazione naturale, è oggi affermata dalla dottrina pressoché unanime⁶⁷.

Nel solco di tale indirizzo, ribadito più volte in giurisprudenza⁶⁸, si è espressa di recente la Corte d'appello di Napoli, in una *fondamentale decisione* che ha compiutamente chiarito il quadro, affermando che «deve riconoscersi che la rigida applicazione delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale anche alle “nuove modalità” di procreazione è ormai, oltre che inadeguata, *giuridicamente errata*» (corsi aggiunti)⁶⁹. Mentre la procreazione “naturale” trova la propria regolamentazione nel codice civile, «le fondamenta normative (principali pur se non esclusive) della genitorialità da p.m.a. si rinvergono nella l. 40/04, quale “riscritta” e “costituzionalizzata” dalla giurisprudenza, specie costituzionale, in particolare negli artt. 6, 8 e 9, che esprimono ormai (dopo Corte cost. 162/14) regole di portata generale per tutte le forme di p.m.a.». Come già osservato in dottrina⁷⁰, la Corte rileva dunque che «dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una *causalità umana*; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) *si fonda sì sulla verità*, ma non su quella biologica: *la verità* è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo

genitoriale» (corsi aggiunti)⁷¹. Dunque, per i giudici napoletani le nozioni di “verità” e di “*favor veritatis*” assumono, nel contesto della PMA, una accezione nuova e diversa da quella tipica del codice civile: *la verità* di questi bambini non coincide col dato biologico e genetico, ma con quello dell'assunzione consapevole della responsabilità genitoriale, espressa già prima del concepimento, atteso che «non casualmente l'art. 6, ultimo comma, l. cit. precisa che ai richiedenti devono essere esplicitate con chiarezza le conseguenze giuridiche di cui agli artt. 8 e 9». Rilevante che per la Corte non appaia ostativo il divieto previsto dalla stessa legge 40 all'accesso a una particolare pratica in Italia (nella specie, si trattava di fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne), poiché «la violazione di norme interne non può comunque portare alla lesione dei diritti del minore a vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro».

Ciò detto, è particolarmente illuminante che la Corte napoletana abbia rilevato che la maternità surrogata «è comunque riconducibile» a una forma di PMA, sicché «la configurazione di una genitorialità/filiazione fondata non tanto sulla derivazione biologica (che, come detto, può mancare), quanto sul con-

67. P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Id.* (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss.; S. Stefanelli, *Accertamento di stato nella procreazione assistita e nella gestazione per altri e Discendenza ingenua e filiazione intenzionale*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato, op. cit.*, 2018, pp. 134 ss. e 171 ss.; C.M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in *Id.* (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 20; V. Baldini, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Id.* (a cura di), *Riflessioni di biodiritto*, Cedam, Padova, 2012, p. 32; M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente*, in *GenIUS*, n. 1/2018, p. 85. Sia consentito pure il rimando a M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. Buffone - M. Gattuso - M.M. Winkler (a cura di), *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017; *Id.*, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in questa *Rivista online*, 16 gennaio 2018, www.questionegiustizia.it/doc/bambino_e_le_sue_mamme_gattuso.pdf.

68. *Ex multis* (oltre alle più recenti citate alla nota 71), vds. Cass., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878 (pres. S. Di Palma, est. M. Dogliotti) in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 12/2017, p. 1708, con nota di G. Palmeri, *(Tr)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex.*; Corte appello Milano, 10 agosto 2015, n. 3397 (pres. rel. B. La Monica), in *Articolo 29* (www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/06/capp-milano-legittimaz-attiva-impugnaz-difetto-veridicit%C3%A0o.pdf); Trib. Perugia, decreto 9 febbraio 2018 (pres. P. De Lisio, est. L. Giglio), in *Articolo 29*, con nota di S. Stefanelli, *Atto di nascita formato all'estero e bigenitorialità omosessuale: da Perugia un passo avanti verso il riconoscimento della filiazione intenzionale*, 14 maggio 2018.

69. Corte appello Napoli, 15 giugno-4 luglio 2018 (pres. A. Cocchiara, est. G. Casaburi), in *Articolo 29*, con nota di M. Gattuso, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, 5 luglio 2018.

70. V. Baldini, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Id.* (a cura di), *Riflessioni, op. cit.*, p. 32.

71. Tale indirizzo ha ricevuto piena conferma anche in due recenti decisioni del Tribunale di Pistoia e del Tribunale di Bologna. Per la corte toscana, il consenso richiamato dall'art. 6 della legge n. 40 «rappresenta l'assunzione consapevole ed irrevocabile della responsabilità genitoriale da parte di entrambi i componenti della coppia e costituisce il fulcro del riconoscimento dello stato giuridico del nato e del concetto di genitorialità legale, come contrapposta alla genitorialità biologica», Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018 (pres. F. Amato, est. L. Maione), in *Articolo 29* (www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/decreto-pistoia-due-mamme-L-40-2004.pdf). Analogamente, il Tribunale di Bologna ha affermato che «nel nostro ordinamento – accanto alla genitorialità naturale e adottiva da adozione piena (ai sensi della L. 184/83) – è riconosciuta quella da procreazione medicalmente assistita, che può prescindere del tutto dal legame genetico fra figlio e genitore, essendo possibile che sia il gamete maschile che l'ovulo femminile siano estranei alla coppia richiedente. In questo caso, *la verità* su cui si basa la genitorialità *non è quella biologica*, ma quella data dal *consapevole consenso della coppia richiedente*» (corsi aggiunti), Trib. Bologna, decreto 6 luglio 2018 (pres. M. Betti, est. S. Migliori), in *Articolo 29*, (www.articolo29.it/decreto-trib-bo-logna-06-07-2018).

senso, può avere ricadute anche con riferimento alla maternità surrogata» (corsivo aggiunto). Dunque, la protezione dei minori offerta dalla legge n. 40/2004 interessa anche i bambini nati in seguito a maternità surrogata⁷².

Non persuade, al riguardo – come si dirà meglio più avanti (par. 11) –, la critica per cui tale impostazione priverebbe di rilevanza il ruolo centrale, imprescindibile e insostituibile, svolto dalla donna gestante e la speciale relazione fra la stessa e il nascituro nel corso della gravidanza, che è ritenuta, giustamente, meritevole del più incisivo risalto e della più ampia protezione⁷³. Tale rilievo, che si fonda per quanto si dirà su una valorizzazione della *relazione di gravidanza* pienamente condivisibile, non conduce nondimeno a superare, *de iure condito*, l'evidente dicotomia fra il sistema codicistico, rivolto alla procreazione naturale, e il sistema della legge n. 40/2004, che governa la procreazione artificiale. È, inoltre, pacifico che nella GPA gestazionale si debbano adottare sempre tecniche di fecondazione eterologa, né può nascondersi che lo stesso legislatore abbia collocato l'unico riferimento alla maternità surrogata proprio nella legge n. 40 del 2004. Non si tratta di enfatizzare gli elementi di contatto fra pratiche (PMA eterologa e GPA) che, in tutta evidenza, hanno anche caratteri specifici, ma di prendere tuttavia atto che nel sistema attuale, *de iure condito*, quando il nato sia venuto al mondo in seguito a procreazione diversa da quella naturale (come accade nella GPA gestazionale, la quale richiede peraltro anche l'intervento medico), soltanto un'evidente (doppia) forzatura giuridica potrebbe consentire di applicargli le norme codicistiche, che riguardano la procreazione naturale, dove ogni scissione fra *le due madri* è impossibile, peraltro dando una lettura dell'art. 269 cc eccentrica rispetto allo scopo originario della norma.

Anche a non ritenere, come pare, che i principi siano applicabili in via diretta e ad assumere pertan-

to che si versi in una lacuna, non pare confutabile la necessaria applicazione in via analogica dei principi di cui alla legge n. 40/2004. Come si dirà, dall'innegabile valore della *relazione di gravidanza* come principio fondativo della procreazione *discendono invece specifiche conseguenze*, già *de iure condito*, che ne sottolineano la centralità nel processo procreativo, senza che vi sia l'indefettibile necessità che la gestante venga considerata «madre» del nato.

Va anche detto che la posizione della donna partoriente che abbia dichiarato la volontà di restare anonima trova regolamentazione nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 30, comma 1, DPR 3 novembre 2000, n. 396, né (come sembra invece suggerito da altra parte della dottrina)⁷⁴ assume rilievo il secondo comma dell'art. 9, l. n. 40/2004, il quale stabilisce che la «madre» che abbia avuto un bambino con fecondazione artificiale «non può dichiarare la volontà di non essere nominata». Tale norma, infatti, in tutta evidenza non si rivolge alla donna che, pur avendo partorito, non sia «madre» ai sensi dell'art. 8 della stessa legge. Quando la l. n. 40/2004 usa la parola «madre», lo fa ovviamente nell'accezione propria della stessa legge, che regola il sistema della procreazione artificiale, e non secondo una (pretesa e dubbia) accezione che si vorrebbe desumere dal terzo comma dell'art. 269 cc, che regola – come detto – la procreazione *naturale*⁷⁵.

Il divieto di ricorso al parto anonimo non è dunque previsto genericamente per la donna che abbia fatto ricorso alla fecondazione assistita, ma per colei che abbia espresso il consenso di cui all'art. 6. L'istituto del parto anonimo origina, infatti, dalla volontà legislativa di salvaguardare la nascita anche in caso di gravidanza indesiderata e il divieto di anonimato ha base razionale in quanto concreti un divieto di ripensamento per chi abbia già manifestato l'irrevocabile volontà di divenire genitore (volontà su cui si baserà il successivo riconoscimento o accertamento giudiziale)⁷⁶.

72. Sull'applicabilità della legge n. 40/2004 ai minori nati con maternità surrogata, sia consentito rimandare a M. Gattuso, *La surrogazione di maternità o gestazione per altri (GPA)*, in G. Buffone - M. Gattuso - M.M. Winkler (a cura di), *Unione civile*, op. cit., pp. 263 ss., e M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, n. 1/2017, www.giudicedonna.it/2017/numero-uno/articoli/forum/maternit%C3%A0/Gestazione%20per%20altri%20-%20Gattuso.pdf.

73. B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità*, op. cit.

74. R. Villani, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 108; U. Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, n. 1/2004, p. 503; F. Caggia, *La filiazione da procreazione assistita*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 552-553.

75. Né può trarsi un argomento dalla circostanza che il menzionato primo comma dell'art. 30 DPR n. 396/2000 parli di «madre», posto che tale norma è collocata fuori dal sistema della legge n. 40/2004, che disciplina la PMA.

76. In questo senso vds. anche B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, n. 2/2014, pp. 158 e 181. Secondo altra opinione, l'art. 9, comma 2, dovrebbe essere riferito esclusivamente all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di cui al primo comma, con la conseguenza che la disposizione che nega l'anonimato della partoriente non sarebbe applicabile in caso di gestazione per altri con gameti provenienti dalla coppia, S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, n. 2/2016, pp. 7 ss. e 22.

In assenza di specifici dati di diritto positivo, non possono trarsi argomenti in favore della pretesa prevalenza del dato gestazionale dalla – corretta – decisione assunta dai nostri giudici nella drammatica vicenda dello *scambio di embrioni* (il cd. “caso *Pertini*”⁷⁷, spesso evocato quando si discorre di GPA), posto che lì non poteva applicarsi la regola dell’art. 8 l. n. 40/2004, non essendovi stato alcun consenso ai sensi dell’art. 6 (essendo lo scambio frutto di un inescusabile errore).

La decisione, richiamata dai più quale conferma del preteso principio per cui sarebbe sempre “madre” la partoriente, è severamente criticata da quanti assumono invece che la maternità si sarebbe potuta e dovuta accertare «secondo il criterio generale della compatibilità genetica»⁷⁸.

Secondo la diversa prospettiva che qui si intende proporre, la (difficile) scelta dei giudici romani di lasciare il bambino alla donna che lo aveva partorito appare invece convincente, non per il dogmatico ossequio all’astratto e tutt’altro che univoco principio di cui all’art. 269, terzo comma, ma perché, in carenza di una specifica regola legislativa, non poteva non tenersi conto della *prevalenza del legame di fatto* comunque instauratosi nel corso della gravidanza, in *funzione del superiore interesse del minore* (su tale prospettiva vds. più diffusamente *infra*, parr. 10 e 11).

Ne consegue, in conclusione, che *de iure condito* la donna che, in seguito a fecondazione *in vitro* medicalmente assistita, eseguita in funzione di una GPA gestazionale, abbia portato in grembo e messo al mondo un figlio altrui, non può essere giuridicamente riconosciuta come “madre” dello stesso, in quanto la regola giuridica di cui all’art. 8 della legge n. 40 del 2004 impone che lo *status* genitoriale sia imposto in capo a chi ha assunto la genitorialità prima del concepimento, ai sensi dell’art. 6 della stessa legge. In ogni caso, la donna che ha partorito il bambino in seguito a

GPA ben può decidere di restare anonima, posto che, per quanto detto, alla stessa non può applicarsi la regola di cui all’art. 9, comma 2.

9. Un’altra madre?

Con riguardo alla *qualità delle relazioni umane*, indicata dalla Corte costituzionale come ulteriore parametro, oltre a quello della *dignità della donna*, non si può non considerare che le donne che decidono di mettere al mondo un bambino di un’altra donna *non vogliono essere considerate madri* di quel bambino, che non è mai stato loro figlio.

Com’è stato sottolineato nella decisione del Tribunale costituzionale del Portogallo, «il consenso della gestante implica una *volontà positiva* che il bambino che porterà nel proprio grembo e che metterà al mondo non sarà suo figlio, ma sarà figlio dei beneficiari», così esprimendo una «forma di libertà negativa di costituire famiglie e di avere figli», costituzionalmente garantita⁷⁹. La gravidanza per altre o altri non comporta l’assunzione di una *relazione materna*, ma l’esplicita e consapevole intenzione di contribuire al progetto genitoriale di un’altra donna, la quale sarà, lei, *la madre* del bambino. Questo è il presupposto psicologico, culturale, sociale della *relazione di gravidanza* che fonda la gravidanza per altre o altri.

La gestante non racconta ai propri figli che il bambino che porta in grembo potrebbe essere un loro possibile fratello o sorella, che la loro madre, forse, cederà a terzi. La gestante racconta – a sé, alla propria famiglia, ai propri figli – che porta nel proprio grembo il bambino di un’altra donna, *sua madre*, cui lo restituirà al parto. Senza alcuna possibilità, prima psicologica che giuridica, di tenerlo per sé⁸⁰. Anche l’ascolto di questa narrazione, libera e precisa, dovrebbe condurre, allora, a non definire giuridica-

77. Le ordinanze cautelari evocate nel testo sono tre: Trib. Roma, ordinanza 8 agosto 2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 929 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 319, con nota di A. Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, e in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 186, con nota di M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*; Trib. Roma, ordinanza 22 aprile 2015, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 319, con nota di A. Mendola, *Scambio di embrioni*, *op. cit.*, e in *Quotidiano giuridico*, 25 maggio 2016, con nota di E. Falletti, *Scambio di embrioni: la (seconda) ordinanza del Tribunale di Roma*; Trib. Roma, ordinanza 10 maggio 2016, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 677, con nota di M.N. Bugetti, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell’interesse del minore*.

78. S. Stefanelli, *Scambio colposo di embrioni*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, *op. cit.*, 2018, p. 215.

79. *Tribunal constitucional* del Portogallo, *cit.* § 8.

80. È di grande interesse, al riguardo, la collezione di interviste a gestanti per altri in S. Marchi, *Mio, tuo, suo, loro*, Fandango, Roma, 2017. Di altrettanto interesse, i risultati delle ricerche empiriche svolte all’estero, che attestano i sentimenti e gli atteggiamenti delle donne che portano in grembo un bambino per altri, in N. Carone, *In origine è il dono*, *op. cit.* p. 72; in particolare, *cf.* V. Jadvá - S. Imrie - S. Golombok, *Surrogacy Mothers 10 Years On: A Longitudinal Study of Psychological Well-Being and Relationships with the Parents and Child*, in *Human Reproduction*, n. 10/2015, p. 3008.

mente o socialmente queste donne «madri» di quel bambino⁸¹.

Se vogliamo porci, inoltre, *dal punto di vista del nato*, non possiamo negare i rischi per l'identità personale del minore che derivano dall'imporre a chi ha già una madre, l'idea di *un'altra madre*, una madre che *avrebbe scelto di non tenerlo con sé*. Non possono sfuggire le rovinose conseguenze psicologiche, identitarie, sociali. L'imposizione di *un'altra madre* introduce il tema di un abbandono, che nella specie invece non c'è e non c'è mai stato. Il rischio è quello di una ricostruzione giuridica *non veritiera*, in quanto non corrispondente a ciò che effettivamente è accaduto e accade, la quale *riorganizza in termini disorientanti la narrazione della propria origine*.

È allora necessaria un'operazione di verità. Le parole "madre" e "padre" hanno un significato preciso, netto, nella lingua e lo hanno, soprattutto, nel senso comune. Ogni bambino ha il diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, al rispetto della propria identità personale poiché, come affermato di recente nella bella decisione del Tribunale di Perugia, «l'essere desiderato e poi generato, da quel genitore e/o da quella coppia di genitori, è parte irriducibile dell'identità personale di ogni essere umano»⁸².

Questi bambini hanno dunque diritto alla loro *verità*, la verità della loro nascita, della loro storia personale, della loro famiglia.

10. Il diritto al ripensamento

Corollario del "modello forte" nella sua versione californiana è l'impossibilità, reiteratamente affermata dalla Corte suprema, di ripensamento per la gestante. Nell'ipotesi, invero assai rara⁸³, di conflitto fra la gestante e i genitori intenzionali, seguendo la dottrina dell'*intention* non si verte in una ipotesi di coercibilità di un vincolo negoziale, ma di accertamento dello *status* da parte del giudice, che trova il suo presupposto nel consenso espresso dalle parti. Come chiarito in *In re Marriage of Buzzanca*, «nel caso a noi sottoposto non ci occupiamo di una questione relativa alla coercibilità di un accordo di GPA,

scritto o orale; non si tratta di "trasferimento" della genitorialità in forza di tali accordi; dobbiamo occuparci, piuttosto, delle conseguenze di tali accordi quali atti che hanno causato la nascita di un bambino»⁸⁴.

La ricostruzione della fattispecie come contributo alla nascita di un figlio altrui esclude l'opinione, nettamente maggioritaria nella dottrina italiana, per cui il pieno riconoscimento della genitorialità *dovrebbe avvenire soltanto (qualche mese) dopo la nascita*.

Tale prevalente opinione è motivata dalla ravvisata necessità di tutelare *il diritto della donna in gravidanza di "ripensarci"*, di trattenere con sé il bambino, ed è in effetti possibile che la *relazione di gravidanza*, per la sua straordinarietà, possa condurre la donna in gravidanza a mutare opinione, a volere revocare il progetto comune intrapreso con la madre (o i genitori) del bambino e a volerlo avere per sé dopo il parto.

A tale riguardo, non sembra da escludere che si possa ammettere una deroga al principio di imputazione della genitorialità secondo le volontà originariamente manifestate, dando prevalenza al rispetto della *dignità personale della gestante* e all'*interesse superiore del minore*. La relazione di gravidanza, infatti, per le sue implicazioni psicologiche, sociali, biologiche non può tollerare alcuna costrizione, non essendo ammissibile che una donna sia "costretta" a proseguire una gravidanza pur non aderendo più all'originario progetto⁸⁵. Nel caso in cui la gestante giunga dunque a rimeditare nel corso della gravidanza la propria decisione iniziale, determinandosi a interrompere il percorso diretto a consentire la nascita di un bambino altrui (e tuttavia non intendendo, per ciò solo, interrompere la gravidanza), l'interesse superiore del minore dovrebbe condurre a dare prevalenza alla permanenza della relazione già di fatto instauratasi fra gestante e nascituro, consentendo di trattenere dopo il parto il bambino con sé.

Tale soluzione del possibile conflitto fra le parti, come detto, non pone al centro i contrapposti interessi degli adulti, né fa "rinascere" un preteso principio generale per cui la stessa, in quanto gestante, sarebbe "madre" (in quanto, come si è detto più volte, tale principio è di dubbia sussistenza nel nostro sistema e sarebbe comunque inapplicabile in materia di procre-

81. J. Millbank, *Resolving the Dilemma of Legal Parentage for Australians Engaged in International Surrogacy*, in *Australian Journal of Family Law*, n. 27/2013, pp. 138 ss., per cui «a baby created via surrogacy is not the baby of the birth mother, not because of the operation of contracts, or genetic link to intended parent(s) combined with lack of genetic link to the surrogate; rather the baby is not hers because she says so and believes this to be so, before, during and after the pregnancy in which she gestates that child into life».

82. Trib. Perugia, decreto 9 febbraio 2018, cit.

83. Vds. *infra*.

84. Corte suprema della California, *In re Marriage of Buzzanca*, cit.

85. Per V. Scalisi, *Maternità surrogata*, op. cit., p. 1101, «su snodi così cruciali dell'umana esistenza non possono ammettersi se non scelte assolutamente libere da ogni condizionamento e scelte comunque sempre revocabili».

azione artificiale), ma pone al centro *la dignità della donna, la relazione di gravidanza e l'interesse superiore del minore*, innanzitutto a una serena prosecuzione della gravidanza, quali parametri prevalenti che debbono guidare la decisione⁸⁶.

A una soluzione non dissimile è giunto anche il *Tribunal constitucional* del Portogallo nella decisione più volte menzionata, in cui è sottolineato come la GPA postuli che la volontà della gestante permanga per tutto il percorso e che sia, dunque, sempre revocabile⁸⁷. Meno convincente, quantomeno nel sistema italiano, la notazione del *Tribunal* per cui a tale revoca seguirebbe l'applicabilità del «criterio generale della filiazione previsto nel codice civile» – della imputazione della maternità in virtù della gestazione⁸⁸ –, poiché il ripensamento non può comportare il recupero di improbabili principi codicistici, imponendo nel nostro sistema semmai una deroga ai principi sulla imputazione dello *status* di cui all'art. 8 della legge n. 40 del 2004⁸⁹.

Va detto, infine, che la questione del “ripensamento” non va eccessivamente enfatizzata.

Qualche narrazione letteraria e sociologica poco accurata e/o francamente distorta di “bambini strappati alle loro madri” si scontra, infatti, con la realtà dei fatti. Come visto, nel modello “forte” il riconoscimento della genitorialità basato sul principio del consenso non pare aver dato luogo a elevata conflittualità, posto che in oltre venticinque anni si avrebbe notizia del solo caso in cui una donna ha chiesto, dopo il parto, di tenere con sé un bambino (solo uno dei tre) che ave-

va messo al mondo. Si potrebbe obiettare, certo, che il desiderio di ripensamento potrebbe non emergere proprio a causa della sua mancata tutela giuridica. Si deve, tuttavia, rilevare come pure nei sistemi (quello canadese e quello inglese) in cui l'accertamento della genitorialità segue, di qualche settimana, il parto, si ha un'analoga scarsa casistica di gestanti che abbiano chiesto di tenere il nato con sé dopo una gravidanza per altre. Si è segnalato, ad esempio, che nel Regno Unito, dove la gestante ha il diritto di revocare il proprio consenso nelle prime sei settimane di vita (e dove nascono con GPA circa 400 bambini l'anno⁹⁰), si sarebbero avuti, in oltre trentotto anni, soltanto tre casi⁹¹. Se si considera, peraltro, che il bambino subito dopo la nascita raggiunge, ovviamente, i suoi genitori, la “revoca del consenso” della partoriente si concreta, in termini pratici, nella richiesta di ricollocamento di un bambino anche dopo diverse settimane, o mesi, di affidamento ai genitori. Ciò spiega perché, valutando il suo migliore interesse⁹², i giudici abbiano comunque sempre mantenuto la collocazione del bambino presso i genitori cui era stato già affidato (valutando, in buona sostanza, che la relazione di accudimento e di affidamento costituitasi dopo il parto prevalga in ogni caso sulla pregressa relazione intrauterina⁹³).

Sarebbe pure utile, su tale questione, un approfondimento in ordine agli effetti delle due regolamentazioni (californiana *vs* inglese/canadese) sulla stessa percezione che le donne hanno della gravidanza per altre o altri. Salvo i pochi dati statistici qui riferiti, non sappiamo, in effetti, se la previsione di un diritto

86. *Ibid.*, l'Autore sottolinea, in caso di conflitto, «l'unico criterio assiologico-pratico applicabile, ossia quello del prevalente e superiore interesse del minore» (p. 1103).

87. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., §§ 44-46.

88. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 8.

89. La ricostruzione della Corte lusitana non è forse del tutto coerente, posto che la stessa Corte, in caso di nullità dell'accordo, ha ritenuto insoddisfacente la riattivazione della regola codicistica, dichiarando l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede la necessaria flessibilità in funzione del superiore interesse del minore. Il *Tribunal* osserva, d'altra parte, una certa incoerenza interna della stessa legge (n. 32/2006, «*Lei da Procriação Medicamente Assistida*»), atteso che l'art. 8, al primo comma, prevede che la gestante «rinuncia ai poteri e doveri della maternità» («*renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*»), in evidente contraddizione col settimo comma, ove è previsto che il nato è figlio dei genitori intenzionali («*A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários*»), sicché i giudici rilevano che la legge appare «*pelo menos, ambígua: não se pode renunciar a posições jurídicas de que se não é – nem se poderá vir a ser*».

90. *As demand for surrogacy soars*, in *The Economist*, op. cit.

91. M. Walstead, *International surrogacy*, op. cit., p. 333.

92. La dottrina evidenzia, al riguardo, che «*In the rare cases where a dispute has arisen because the surrogate refused to relinquish the child, courts have not approached surrogacy agreements as contracts of sale, nor engaged in a discussion of specific performance or contractual purpose, nor awarded remedies on those bases. Rather, courts dealing with such situations have made determinations about allocation of responsibility for care of the child based on the best interests of that child*»: P. Gerber e K. O'Byrne, *Souls in the House of Tomorrow*, op. cit., p. 275.

93. Non rappresenta un'eccezione il recente caso inglese [2017] EWCA Civ 228, in cui il bambino è stato affidato alla gestante (e al marito) come *legal parents*, posto che i giudici hanno dato prevalenza alla circostanza che lo stesso, dopo il parto, era rimasto di fatto presso la gestante (dato che questa aveva celato la sua nascita, comunicando ai genitori il suo avvenuto decesso), come riferito da I. Giannechini, *La genitorialità*, op. cit., p. 124.

di revoca muti o meno il modo in cui la stessa viene vissuta dalle sue protagoniste; se, ad esempio, la certezza e indisponibilità dei rapporti giuridici crei un quadro più chiaro e rassicurante. Forse, il tema del diritto di revoca del consenso, così centrale dal punto di vista dogmatico, è nella pratica secondario rispetto alle tante questioni che agitano questo fenomeno sociale, al cui centro si pone invece il tema dell'effettiva protezione della donna e della sua relazione con il nato dopo il parto, la quale non trova una risposta appagante nella dicotomia presenza/assenza di *status* genitoriale.

11. La tutela giuridica della relazione di gravidanza

La protezione della *relazione di gravidanza* non risiede nel preteso principio codicistico per cui sarebbe sempre madre chi ha partorito. Tale soluzione finirebbe col sottrarre il minore ai suoi genitori, o privarlo del riconoscimento giuridico di uno di loro, la madre, senza assicurargli peraltro una effettiva relazione con la donna che lo ha messo al mondo, la quale ha dichiarato comunque, secondo la sua legge nazionale, la volontà di non essere nominata.

L'applicazione della regola codicistica dell'accertamento della maternità attraverso il parto non avrebbe, in buona sostanza, il fine di rispondere al concreto interesse né del minore, né della donna che lo ha portato in grembo, ma sarebbe diretto a rendere meno appetibile il ricorso alla GPA all'estero. Si avrebbe, allora, una *strumentalizzazione del minore* di dubbia compatibilità col principio personalistico che informa la nostra Costituzione, in ultima analisi ammettendo, com'è stato autorevolmente detto, una «misura di dissuasione e non di giustizia»⁹⁴.

Come rammentato dal *Tribunal constitucional* lusitano (citando Günter Dürig), «la dignità umana è ferita quando l'essere umano è degradato in concreto ad oggetto, a un semplice mezzo, a una realtà sostituibile»⁹⁵. Tale definizione della dignità umana non si attaglia alla donna che, in piena coscienza ed autonomia, libera da condizionamenti, operi la scelta di contribuire alla nascita di un bambino altrui anche dietro compenso, mentre tale degradazione si ritrova senz'altro ove lo *status* del minore sia determinato non in funzione del suo benessere, ma per pretesi

scopi di prevenzione generale. Il preteso effetto general-preventivo, d'altra parte, è assai dubbio, posto che certamente il desiderio di genitorialità ha continuato e continuerebbe a muovere le coppie italiane verso i Paesi dove è possibile generare con GPA, nonostante il rischio che uno solo dei due genitori sia poi legalmente riconosciuto in Italia (salvo, peraltro, il ricorso all'adozione *ex art. 44, lett. b o d, l. n. 144/1983*).

Il rilievo che deve essere assicurato alla *relazione di gravidanza*, e la tutela che ne dovrebbe conseguire, non impongono di affermare uno stravolgimento dei principi in materia di maternità, iscrivendo più mamme (di pancia, genetica, di intenzione) nell'atto di nascita⁹⁶.

Ciò nonostante, muovendo comunque sul piano dell'innovazione legislativa, non è da escludere del tutto che la relazione di gravidanza possa essere annotata nell'atto di nascita. Non come *relazione materna*, ma come traccia della storia personale del minore (che avrebbe, forse, l'effetto di costringere anche le coppie eterosessuali a disvelare sempre ai propri figli le modalità con cui sono venuti al mondo). L'annotazione nell'atto di nascita delle modalità con cui la persona è nata, magari anche con l'annotazione del nome della donna che ha partorito, certo non come *madre*, ma come gestante o portatrice, o partoriente, assumerebbe invero un valore simbolico di riconoscimento della *relazione di gravidanza* come atto fondante, insostituibile e centrale della procreazione. Ne andrebbero tuttavia verificate le compatibilità e gli effetti sotto il profilo di un eccessivo stigma imposto sulla persona, delle modalità di tutela del suo diritto alla riservatezza (eventualmente, con la possibilità per la persona in età adulta di richiederne la cancellazione), della compatibilità con l'esercizio da parte della partoriente del diritto, garantito all'estero, di non essere nominata, delle ricadute in caso di trasferimento in un Paese con legislazione più severa (la Turchia e la Malesia, ad esempio, perseguono penalmente la donna o i genitori che abbiano eseguito una GPA all'estero).

Scontato, comunque, che le varie proposte *de iure condendo* oggi sul campo hanno allo stato scarse possibilità di successo, resta il tema del riconoscimento, *de iure condito*, di tale *relazione di gravidanza*. Posto che tale pratica resiste al divieto, ed è anzi in espansione, in Italia e nel mondo, si pone il tema delle modalità più indicate per affermare la rilevanza del ruolo della donna gestante nella procreazione e della

94. P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3/2000, pp. 197 ss.

95. *Tribunal constitucional* del Portogallo, cit., § 22.

96. È questa la proposta, *de iure condendo*, di B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità*, op. cit., p. 94, per cui «l'esistenza del nome della madre biologica nelle attestazioni della nascita garantisce, ai due soggetti che ne sono stati protagonisti, il riconoscimento essenziale della relazione di gravidanza che li ha uniti ed è stata indispensabile al compimento del progetto riproduttivo».

protezione assicurabile, qui e ora, alla relazione fra il bambino e la donna che ha contribuito in modo così essenziale a metterlo al mondo.

Muovendo dalla ricostruzione del patto di gravidanza per altre come istituto di diritto di famiglia volto a creare un insieme complesso di relazioni familiari, alla relazione fra gestante e nato, a ben vedere, non può non riconoscersi natura *lato sensu* familiare. Non si tratta, invero, di dare efficacia a un accordo negoziale illecito per il nostro ordinamento, ma di riconoscere che la *relazione di gravidanza*, in quanto relazione di fatto, incontra e verosimilmente merita, anche dopo il parto, la protezione assicurata dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani alla *vita familiare de facto*.

Come si è autorevolmente sostenuto, dato atto della straordinarietà della relazione sottesa alla gravidanza per altre e altri, occorre muoversi nella prospettiva di «una nuova concezione della parentela»⁹⁷. La *relazione di gravidanza* che lega la gestante al nato non perde di significato e di rilevanza giuridica dopo il parto, ma permane nella realtà del minore come relazione di natura *familiare*. Tale relazione familiare di fatto, tale *parentela* (termine giuridicamente atecnico, ma assai significativo), merita dunque di adeguata protezione già *de iure condito*, non come relazione genitoriale (la quale sarebbe imposta contro la volontà della donna e contro l'interesse superiore del minore), ma come *diritto di visita*⁹⁸, il quale va assicurato, *anche contro la volontà dei genitori*⁹⁹, nell'interesse del minore. Tale *diritto di visita e di contatto* implicherebbe, inoltre, il diritto del nato di *conoscere l'identità della donna* che ha contribuito a metterlo al mondo (come già accade nella prassi californiana), così da poterla contattare, e il diritto della

donna ad avere conoscenza del luogo ove vive il minore e a mantenere, se lo vuole, una relazione di visita, secondo le modalità concordemente determinate con i genitori o, in mancanza di accordo, secondo le determinazioni che saranno date dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore.

Tale soluzione esegetica non avrebbe soltanto il vantaggio di una verosimile praticabilità già in via interpretativa, senza necessità di intervento legislativo, ma avrebbe l'indubbio pregio di muoversi non solo nella sfera del simbolico, ma anche del concreto dipanarsi delle relazioni (fra la donna che ha generato il bambino e questi; fra la stessa e suoi genitori; fra questi e il minore), ponendo finalmente al centro la donna che ha generato e assicurando, peraltro, il pieno rispetto della sua autodeterminazione, posto che il concreto esercizio del diritto di visita dipenderebbe comunque dalla donna (e non le sarebbe imposto, come accadrebbe invece se l'annotazione del suo nome nell'atto di nascita potesse essere ordinato anche contro la sua volontà, legittimamente espressa con la richiesta di non essere nominata, secondo le proprie leggi nazionali).

Tale prospettiva ermeneutica, inoltre, avrebbe il non trascurabile effetto di spingere le parti, sin dall'inizio e dunque già al momento della ricerca dei *partner* con cui intraprendere un percorso di GPA (gestante/genitori), a tenere conto che *ha così inizio una relazione che continuerà per tutto il corso della vita del nascituro e dunque della loro stessa famiglia*, con l'auspicabile rinuncia alla gravidanza per altre o altri da parte di chi non sia disponibile a consentire la continuità del rapporto fra il nato e la gestante e a includere tale relazione nella propria rete di relazioni familiari¹⁰⁰.

97. C. Saraceno, *Dilemmi*, op. cit.

98. P. Laufer-Ukeles, *Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption*, in *Indiana Law Journal*, n. 4/2013, p. 1254.

99. Da questo punto di vista, la soluzione esegetica qui proposta va oltre l'idea per cui «l'intensità e i modi di questa relazione possono essere negoziati tra le parti ed evolversi col tempo» (C. Saraceno, *Dilemmi*, op. cit., p. 6) e la gestante potrebbe solo «concordare con i genitori intenzionali le modalità per essere tenuta presente nella vita del bambino» (B. Pezzini *Riconoscere responsabilità*, op. cit., p. 111).

100. In questo senso, R.F. Storrow, *Surrogacy*, op. cit.

Il *mantra* del preminente interesse del minore

di *Mara Acierno*

Con la riflessione che segue si vuole svelare come, in funzione dell'interesse preminente del minore, si giustifichino, non senza ambiguità, scelte assiologiche molto diverse ed evidenziare l'impossibilità di separare tale principio dalla valutazione e dal grado di accettazione delle scelte generative alla luce del quadro multilivello dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, del diritto all'autodeterminazione nella vita personale e relazionale *ex art. 2 Cost.*

1. Definizione del campo d'indagine / 2. L'ambiguità del parametro / 2.1. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani / **2.2.** Nelle decisioni della Corte costituzionale / **2.3.** Nelle decisioni della Corte di cassazione / **3. Considerazioni conclusive**

1. Definizione del campo d'indagine

Il preminente interesse del minore, assunto come criterio informatore delle decisioni non soltanto giudiziali relative alla vita personale e relazionale dei minori, costituisce senz'altro una formula di successo, caratterizzata attualmente da una potenzialità applicativa crescente e non predeterminabile. Pur essendo frutto del graduale, ma progressivo e inarrestabile riconoscimento del diritto del minore ad autodeterminarsi e ad essere posto nella condizione di conoscere e incidere sulle decisioni che lo riguardano, tanto che l'ascolto e il confronto con il minore ne costituiscono una delle espressioni più significative, il parametro del preminente interesse del minore è stato sempre più frequentemente utilizzato per scrutinare la legittimità e la conformità ai valori assiologici degli ordinamenti nazionali e internazionali (il cd. ordine pubblico internazionale, nozione anch'essa dai confini difficilmente definibili) di scelte che vengono assunte prima della nascita del minore perché attengono alla ideazione e realizzazione del processo generativo e delle relazioni genitoriali. Con questa dilatazione applicativa, il criterio perde il punto di contatto diretto con la vita del minore per assumere una funzione prognostica che non riguarda più la valorizzazione della

sua personalità, assunta come oggetto di osservazione, ma la coerenza di modelli relazionali e genitoriali con il sistema legislativo interno che regola gli *status* o, nel caso di riconoscimento di uno *status* assunto in uno Stato estero, con il complesso dei valori fondanti l'ordinamento giuridico, quest'ultimo parametro variamente permeato dall'elaborazione costituzionale e convenzionale del quadro dei diritti fondamentali della persona. La riflessione che segue si concentrerà sull'ambivalenza del criterio del preminente interesse del minore proprio in relazione all'emersione di nuove forme di genitorialità, non concretamente realizzabili se non mediante le tecniche di fecondazione assistita e, nell'ipotesi dell'omogenitorialità maschile, mediante quella peculiare forma di fecondazione eterologa che è la gestazione per altri. Si tratta di un ambito che, sia sotto il profilo legislativo sia sotto il profilo dell'intervento della giurisdizione, risulta ispirato dal preminente interesse del minore, anche se regolato o deciso in forme del tutto opposte. La forte limitazione all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita che ha caratterizzato l'impianto della legge n. 40 del 2004, che è stato successivamente ampiamente inciso dagli interventi della Corte costituzionale (*cf.* par. 2.2), è stata dettata dall'esigenza primaria di tutelare il diritto alla vita fin dalla fase embrionale

(artt. 13 e 14 della legge) e, dunque, di garantire tale diritto fin dalla fase d'ideazione della scelta procreativa e genitoriale, separando nettamente la sfera dei diritti del minore, già nella fase del concepimento, da quella dei soggetti adulti che intendono sviluppare la vita relazionale e sentimentale anche sul versante genitoriale, che ne costituisce un'estrinsecazione tipica. Interesse preminente del minore come limitazione dell'autodeterminazione nel campo, pure protetto dall'art. 2 Cost., della progettualità relazionale. Altre legislazioni europee hanno ritenuto che l'interesse preminente del minore fosse coincidente con il riconoscimento giuridico di forme di genitorialità derivanti da modelli relazionali di recente affermazione. Le oscillazioni delle corti supreme e anche di quelle internazionali (cfr. par. 2.1 per quanto riguarda la Corte Edu) manifestano la pluralità d'implicazioni che possono trarsi dall'adozione del criterio qui sottoposto a esame critico in tema di genitorialità e fecondazione assistita.

2. L'ambiguità del parametro

La selezione dell'ambito tematico attraverso il quale esaminare l'ambiguità e multifunzionalità dell'uso del criterio del preminente interesse del minore si giustifica proprio per la sostanziale impossibilità di pervenire a una nozione univoca di esso nei diversi approcci al tema della realizzazione della genitorialità mediante le tecniche di fecondazione assistita. Questo versante costituisce una "lente" che disvela, con estrema chiarezza, il grado di strumentalizzazione del criterio del "best interest of the child"¹. E non può che essere così in questo ambito di osservazione, perché la valutazione dell'interesse preminente del minore finisce per costituire un canone di approvazione o disapprovazione di scelte che vengono elaborate e attuate prima della nascita del minore e che, di conseguenza, dovrebbero essere scrutinate sulla base del quadro costituzionale e convenzionale dei diritti della persona che le pone in essere, avendo l'interesse preminente del minore, sul piano effettivo, un ruolo molto meno incisivo che nella fase successiva alla nascita e alla costruzione e consolidamento della relazione filiale. Al contrario, come sarà più analiticamente evidenziato nei paragrafi che seguono, l'impianto assiologico posto alla base di alcune decisioni, in particolare relative ai progetti genitoriali che non possono non utilizzare la modalità di fecon-

dazione eterologa della gestazione per altri, pur se fondato sulla stigmatizzazione dell'uso di tale tecnica, indipendentemente dalla conformazione della coppia genitoriale e dai risultati della relazione genitoriale, viene ugualmente giustificato alla luce dell'interesse preminente del minore che, in questo ambito, assume contorni del tutto sfumati e una dimensione camaleontica, da adattare a qualsiasi tipologia di decisione.

2.1. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

L'esame delle sentenze della Corte Edu si concentrerà sulle decisioni relative alla realizzazione del desiderio di genitorialità mediante la gestazione per altri, al fine di porre in luce la diversa declinazione del "best interest of the child" se correlata alla fase iniziale del processo generativo o alla fase successiva alla nascita, nonché all'incidenza di fattori, del tutto eterogenei tra loro e tendenzialmente estranei alla concretezza della relazione genitoriale, quali la discendenza genetica del minore da uno dei componenti la coppia o l'osservanza delle condizioni di legge del Paese ove il progetto generativo è stato posto in essere (tendenzialmente diverso da quello nel quale si chiede il riconoscimento dello status filiale), che pure sono stati assunti come indicatori della coerenza o lontananza dall'interesse preminente del minore.

Nelle pronunce "gemelle" *Labasse e Mennasson c. Francia* (26 giugno 2014)², pur nella contrarietà all'ordine pubblico interno del contratto di gestazione sulla base del quale è stato attuato il progetto genitoriale delle due coppie francesi eterosessuali, ma colpite da problemi insormontabili di infertilità femminile, l'interesse preminente del minore ha condotto la Corte a riconoscere nel divieto di trascrizione del certificato di nascita, opposto dallo Stato francese e dai vari gradi interni della giurisdizione, la violazione del diritto all'identità del minore, assunto come peculiare declinazione del diritto alla vita privata. Al minore tale diritto deve essere riconosciuto con carattere di completezza; qualsiasi limitazione costituisce un'ingerenza ingiustificata e sproporzionata ex art. 8 Cedu. L'enfasi nel riconoscimento della pienezza del diritto all'identità del minore è temperata dall'esclusione di un convergente diritto alla vita familiare per la coppia costituita dal padre genetico (e biologico) e dalla madre intenzionale. Rispetto ad essi, l'ingerenza è legittima ed è coerente con la illiceità del contratto di gestazione per altri, tenuto conto

1. L'espressione è tratta dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, meglio nota come "Convenzione di New York", approvata il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 176/1991.

2. In *Articolo 29*, 15 luglio 2014, www.articolo29.it/tag/labasse-v-france/.

del basso consenso di cui tale tecnica di fecondazione assistita gode nell'ambito dei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Di queste pronunce colpisce la stretta aderenza al quadro fattuale di riferimento, caratterizzata da una stabile relazione familiare *de facto* tra le parti del giudizio davanti alla Corte – padre biologico, madre intenzionale e minore –, e la pervicace volontà della Corte Edu di ritagliare il diritto alla trascrizione del certificato di nascita in esclusiva correlazione con la posizione giuridica della minore, assunta isolatamente e non all'interno della relazione familiare. In questo tentativo, pur se giustificato dall'esigenza di trovare una soluzione condivisa, senza entrare nella valutazione di liceità e conformità ai parametri Cedu del contratto di gestazione per altri, non può non cogliersi un rilevante profilo di contraddittorietà nel ritenere che l'identità del minore, rispetto all'unico nucleo genitoriale di riferimento, possa costruirsi senza alcun correlato riconoscimento della relazione fondativa di tale identità. In sostanza, si impone il riconoscimento dello *status* genitoriale al fine di salvaguardare in modo completo l'identità del figlio, ma si nega, contestualmente, che la relazione genitoriale, ancorché così rilevante da dover costituire la base dell'identità del minore, possa avere autonomo riconoscimento all'interno del diritto alla vita familiare.

In queste pronunce, il preminente interesse del minore è stato strumentalmente amplificato per eludere l'indagine sulla relazione e sulla scelta generativa che ha dato luogo alla costruzione dell'identità cui la Corte ha ritenuto di dare centralità. Rimane fondamentale il risultato d'imporre a uno Stato il riconoscimento dello *status* filiale pieno a un minore che sia nato per effetto della scelta dei genitori di ricorrere alla gestazione per altri. Sotto questo profilo, le due pronunce costituiscono un tassello fondamentale per gli sviluppi successivi degli orientamenti anche delle Corti supreme dei singoli Stati, in relazione alla definizione delle condizioni fattuali che determinano il *background* necessario per poter affrontare positivamente il tema del riconoscimento della relazione genitoriale attuata mediante la gestazione per altri. La Corte Edu ha, infatti, valorizzato l'esistenza di una relazione familiare stabile *de facto*, pur senza pervenire al riconoscimento del diritto alla vita familiare del nucleo costituito dalle parti del giudizio; ha ritenuto rilevante che lo *status* derivante dal certificato di nascita Usa fosse stato del tutto legittimamente ottenuto, secondo la legge del Paese di nascita del minore; ha, infine, sottolineato la discendenza biologico-genetica del minore dal padre.

Non si tratta, tuttavia, d'indicatori del preminente interesse del minore, ma piuttosto di marcatori della "buona fede" della coppia che chiede il riconoscimento dello *status*, sia in relazione alla peculiare fase del processo generativo che in quella, successiva, della costruzione e del consolidamento della relazione genitoriale. La Corte Edu ha, infatti, fondato proprio sulla mancanza di queste condizioni minime la diversa soluzione adottata nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*³. Una coppia eterosessuale è ricorsa alla gestazione per altri in Russia, ma le autorità italiane, informate dal Consolato, hanno rifiutato la trascrizione e hanno dato luogo all'avvio d'indagini penali. È risultata la mancanza di qualsiasi legame biologico-genetico con la coppia di genitori intenzionali e, in Italia, il minore è stato dichiarato in stato di abbandono e affidato a una coppia in funzione dell'adozione. Dopo una prima decisione di segno diverso⁴, la *Grande Chambre* ha respinto il ricorso dei coniugi Paradiso e Campanelli, rilevando in primo luogo che il ricorso aveva ad oggetto la violazione del diritto alla vita familiare determinata dall'allontanamento del minore dai cd. genitori d'intenzione, e non il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita. Nel merito, la Corte Edu ha ritenuto insussistenti proprio le condizioni fattuali poste a base della diversa valutazione assunta nelle sentenze *Mannesson e Labasse*. In particolare, la relazione *de facto* è stata ritenuta di durata troppo breve per essere considerata fondativa del diritto alla vita familiare, ed è stata sottolineata l'assenza di legami biologico-genetici oltre che la situazione d'incertezza giuridica creata dalle parti in relazione al rapporto di filiazione, essendo stato accertato che il certificato rilasciato in Russia non era veritiero. Ciò che colpisce, nella decisione, è la considerazione del preminente interesse del minore come giustificazione legittima dell'ingerenza statale culminata nell'adottabilità del minore. La Corte ha utilizzato il parametro non in relazione alla configurazione del diritto alla vita familiare delle parti e del minore stesso, ma esclusivamente per ritenere che il divieto, assistito da sanzione penale, contenuto nella legge n. 40 del 2004 di fare ricorso, mediante le tecniche di procreazione medicalmente assistita, alla gestazione per altri, così come il sistema legislativo adottivo, siano state risposte del tutto legittime delle autorità statuali proprio perché dirette a tutelare la dignità e l'invulnerabilità dei diritti del minore da qualsiasi possibilità di mercificazione. Le leggi e le *policy* statuali sono state, nella decisione, ritenute la mi-

3. Vds. L. Poli, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SIDIBlog*, www.sidior.org.blog2017/02/21/la-grande-camera-e-l-ultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli.

4. La prima pronuncia è del 27 gennaio 2015 ed è rinvenibile in www.articolo29.it.

gliore garanzia di attuazione del *best interest of the child*, così disancorando il principio ordinatore delle decisioni relative ai minori dalla concretezza della situazione relazionale, da ritenersi l'unico contesto all'interno del quale possano svolgersi un esame e una valutazione credibili. La strumentalità e l'astrattezza sopra delineate sono state, del resto, oggetto di due delle *dissenting opinion* della sentenza Paradiso e Campanelli. È stato posto in luce proprio come il parametro dell'interesse preminente del minore non possa che essere ispirato a preservare i legami preesistenti, ove siano effettivi e non pregiudizievoli per lo sviluppo della sua personalità.

Le pronunce esaminate evidenziano plasticamente l'intrinseca ambiguità e le variabili applicative del principio del *best interest of the child*, così da far dubitare che possa essere ritenuto davvero un principio ordinatore delle decisioni relative ai nuovi modelli genitoriali, resi attuabili dall'accesso alle tecniche di fecondazione assistita.

Il più recente intervento della Corte Edu in tema di gestazione per altri è stato il parere preventivo richiesto dalla Corte di cassazione francese nel 2018, proprio in relazione ai casi sopra richiamati, concernenti la trascrizione del certificato di nascita estero relativo allo *status filiationis* di un minore nato mediante gestazione per altri a causa dell'infertilità materna.

Lo strumento del parere preventivo, di recente introduzione, oggetto del Protocollo annesso alla Cedu n. 16, in vigore dal 1° ottobre 2018, che lo Stato italiano ha firmato, ma non ratificato, è stato attivato per la prima volta proprio sul quesito relativo alla trascrizione dell'atto di nascita contratto all'estero con riferimento sia al genitore biologico sia a quello intenzionale.

In questo atto la Corte Edu torna a riconoscere il valore del preminente interesse del minore in relazione alla concretezza ed effettività della relazione genitoriale, affermando i seguenti principi:

deve essere fornito riconoscimento legale alla relazione tra il minore e la madre d'intenzione;

l'adeguata protezione della relazione può avvenire anche mediante strumenti come l'adozione, purché produca effetti simili a quelli del riconoscimento dell'atto di nascita e consenta un procedimento celere.

La parabola del *best interest of the child* nelle pronunce esaminate non ha un percorso lineare. Il principio è prevalentemente utilizzato in funzione "servente" del risultato e del bilanciamento che la Corte è tenuta, volta a volta, a realizzare. A seconda della situazione fattuale, il principio è utilizzato per valorizzare la relazione *de facto* del minore o per giustificare le ingerenze statuali (legislative, giudiziarie o amministrative) in ordine alla limitazione dell'au-

todeterminazione dei soggetti che hanno scelto di realizzare il proprio desiderio di essere genitori mediante l'accesso a tecniche di fecondazione assistita non consentite nello Stato di residenza. La riscontrata mancanza di un assenso quanto meno prevalente tra gli Stati sulla gestazione per altri ha determinato l'estensione del margine di apprezzamento ritenuto insindacabile dalla Corte Edu, nonostante l'evidente e "ingombrante" esigenza di tenere nella debita considerazione il preminente interesse del minore. Della ineludibile influenza di tale principio ordinante sulle decisioni relative ai nuovi modelli genitoriali si è avveduta significativamente la Corte Edu, con il parere preventivo espresso su richiesta della Corte di cassazione francese, pur senza porlo a base del pieno riconoscimento dello *status filiationis* già acquisito all'estero. La possibilità, lasciata all'apprezzamento degli Stati di ricorrere agli istituti adottivi, tuttavia, non appare del tutto coerente con l'affermazione della effettiva preminenza dell'interesse del minore perché non considera le condizioni ostative e le limitazioni soggettive che i singoli ordinamenti possono frapporre alla genitorialità solidale, così da determinare la concreta possibilità di un trattamento discriminatorio nei confronti di minori il cui genitore intenzionale non può accedere all'adozione, perché la relazione si è conclusa o il genitore biologico-genetico non è più in vita.

2.2. Nelle decisioni della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, negli interventi sollecitati dalle numerose eccezioni d'illegittimità costituzionale che hanno investito la legge n. 40/2004 in relazione al rigido sistema di limiti e divieti alla realizzazione della genitorialità in essa contenuta, ha, coerentemente con i parametri di costituzionalità posti in discussione, evitato di utilizzare il criterio del preminente interesse del minore nella fase prenatale, rivolgendo la propria attenzione alla vulnerabilità dei diritti individuali delle coppie che venivano, volta a volta, private della possibilità di usufruire delle tecniche di fecondazione assistita a causa dello stretto varco di accesso previsto dalla legge, anche quando il desiderio di genitorialità non avrebbe potuto altrimenti realizzarsi. Nelle pronunce che si sono susseguite dal 2009 al 2015, la Corte ha dato preminenza al diritto alla salute della donna che si sottopone alle terapie necessarie per procedere all'impianto di embrioni (sentenza n. 151 del 2009, che ha rimosso il divieto di creazione di embrioni in numero non superiore a tre oltre che dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi, in un numero massimo previsto dalla legge) consentendo la diagnosi preimpianto, vietata dalla legge, in funzione del diritto alla salute psico-fisica della coppia anche in relazione alla pos-

sibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza in caso di diagnosi di patologia fetale. Nella sentenza n. 162 del 2014, con la quale è stato rimosso il divieto di fecondazione eterologa in presenza di una patologia che sia causa di sterilità e infertilità assolute, viene riconosciuto che la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli «*costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.*» e che, in presenza delle condizioni di fatto indicate nella sentenza, sono recessivi i rischi d'instabilità psicologica nel minore dovuti all'incertezza sulla sua origine genetica, proprio in relazione alla preminenza del consenso e dell'autoresponsabilità nella definizione della genitorialità costituzionalmente conformati.

L'impossibilità di realizzare il desiderio di diventare genitori incide, secondo la Corte, anche sul diritto alla salute della coppia, in relazione all'integrità psichica. La relazione genitoriale viene considerata nelle pronunce citate e, in particolare, nella n. 162 del 2014 come uno sviluppo e un completamento della relazione affettiva di coppia, da garantire e promuovere ex art. 2 Cost. Nella pronuncia è contenuto un solo richiamo alla tutela dell'embrione al fine di definire i limiti della deroga al divieto, con la precisazione della piena riespansione del divieto nell'ipotesi in cui il ricorso ad essa sia fondato su ragioni eugenetiche.

Diversamente, nella sentenza n. 272 del 2017, riguardante il diritto alla conservazione dello *status filiationis* di un minore riconosciuto, con atto regolarmente trascritto in Italia, da una coppia eterosessuale mediante il ricorso alla surrogazione di maternità, il richiamo al preminente interesse del minore risulta dominante e sostenuto da ampio richiamo delle fonti convenzionali⁵. Il riconoscimento era stato posto in discussione ex art. 263 cc dall'impugnazione effettuata dal curatore speciale, essendo stato provato nel corso delle indagini penali il ricorso alla

tecnica vietata di fecondazione eterologa. La Corte d'appello di Milano s'interroga sulla legittimità costituzionale dell'art. 263 cc nella misura in cui la norma sia destinata a fondare esclusivamente sulla discendenza genetica lo *status filiationis*. Afferma al riguardo la Corte costituzionale che, in linea generale, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza assoluta tale da sottrarsi a ogni forma di bilanciamento e che, nella concreta comparazione dei diritti in gioco, occorre considerare le conseguenze giuridiche dell'accertamento della verità genetica sul complesso dei diritti del minore. Tuttavia, pur essendo numerose le ipotesi in cui il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità prevalgono ex lege sul *favor veritatis*⁶, viene escluso che la relazione genitoriale sorta mediante surrogazione di maternità, per l'elevato disvalore giuridico che il legislatore assegna a tale pratica, lesiva della dignità della donna e del minore, possa non assumere un rilievo determinante nell'operazione di bilanciamento rimessa al giudice, pur senza "cancellare" i diritti del minore.

In questo passaggio, e nella prospettiva suggerita dalla Corte di ricorrere, in tali ipotesi, all'istituto dell'adozione in casi particolari, si coglie tutta l'ambiguità del criterio ordinante dell'interesse preminente del minore oltre che l'incisività limitata, rispetto alla decisione finale, del forte richiamo alla genitorialità come frutto di una scelta consensuale e responsabile. La peculiarità del processo generativo irrompe sul bilanciamento d'interessi, riconoscendo alla famiglia che si è già formata, e ai minori che la compongono, un nucleo inadeguato di tutela in relazione al quadro relazionale che si è costituito. A impedirne il pieno riconoscimento, anche in questa ipotesi, è la considerazione astratta di uno spettro di principi fondamentali di natura assiologica, connotati da un ampio margine di ambiguità e del tutto estranei all'interesse preminente del minore.

5. Afferma la Corte nel *considerato in diritto*:

«Tale principio [quello della centralità dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano – *ndR*] ha trovato la sua solenne affermazione dapprima nella Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale "[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" (art. 3, paragrafo 1).

Nella stessa direzione si pongono la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri. Infine, l'art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, sancisce il principio per il quale "[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente"».

6. La Corte indica non soltanto l'art. 9 l. n. 40/2004, che esclude il disconoscimento in relazione ai figli nati da fecondazione eterologa, ma anche la *ratio* degli istituti adottivi, l'imprescrittibilità delle azioni relative agli *status* filiali solo con riguardo ai figli, la recente legge sul riconoscimento giuridico alla continuità dei legami affettivi (l. n. 173/2015).

2.3. Nelle decisioni della Corte di cassazione

Una dinamica analoga a quella che ha caratterizzato la sorte del preminente interesse del minore negli orientamenti sopra esaminati si può riscontrare anche nella definizione – ancora incompiuta – di principi ordinanti il riconoscimento, nelle varie forme previste dall’ordinamento, della genitorialità fondata su un processo generativo condizionato dal ricorso alla fecondazione eterologa. La Corte di cassazione ha posto l’accento sul *best interest of the child* nelle decisioni relative all’individuazione di modelli genitoriali adeguati ai nuovi modelli genitoriali proposti dalle coppie omoaffettive, sia che si ponesse il tema della trascrizione o del riconoscimento interno di atti e certificati di nascita legittimamente o illegittimamente conseguiti all’estero, sia quando l’oggetto del ricorso era rivolto al riconoscimento di uno *status* genitoriale fondato sugli istituti adottivi. La prima occasione è stata proprio fornita dalla domanda, contestata nei gradi di merito, formulata da una coppia omogenitoriale femminile al fine di riconoscere alla madre genetica⁷ la genitorialità adottiva *ex art. 44, lett. d, l. n. 184/1983*⁸. La Corte di cassazione ha confermato la pronuncia che aveva riconosciuto il diritto delle ricorrenti e ha ritenuto che l’interesse del minore alla scelta genitoriale *sub iudice* dovesse essere oggetto di indagine concreta, come previsto dall’art. 57, comma 3, della legge stessa, da fondarsi sull’esame dell’idoneità della coppia e della relazione effettivamente instaurata, nel rispetto dei rigorosi canoni di valutazione della legge. Nessun rilievo, in astratto, viene attribuito al canone in esame, essendo espressamente escluso che possa ravvisarsi nella specie un conflitto di interessi *in re ipsa* tra la decisione della coppia e l’interesse del minore, non potendosi desumere, per la sua palese incostituzionalità, la situazione di conflitto dall’orientamento sessuale dell’adottante, come pure sottolineato nelle difese di parte ricorrente, che avevano posto l’accento proprio sulla natura egoistica e autoreferenziale della volontà di essere genitori fuori dei canoni biologico-giuridici tradizionali e sulla conseguente necessità di salvaguardare l’interesse del minore attraverso l’intervento di un terzo “imparziale”. Anche nelle pronunce che non pongono direttamente il problema del riconoscimento di un atto estero e la sua compatibilità con i principi di ordine pubblico,

si riscontra comunque, nelle decisioni o nelle tesi difensive, il tentativo di piegare l’interesse del minore, inteso come principio astratto, al proprio quadro assiologico di riferimento, così alterandone la funzione e la finalità

Nella successiva sentenza, n. 19599 del 2016, l’oggetto del ricorso è stato proprio il riconoscimento di un atto di nascita formato all’estero da coppia omogenitoriale femminile. In questa pronuncia, di conseguenza, non poteva essere elusa la considerazione dell’interesse preminente del minore come canone ordinante la valutazione e l’orientamento dei principi fondamentali su cui costruire il paradigma dell’ordine pubblico internazionale. La Corte non si è sottratta a questo esame, offrendo un quadro costituzionale e convenzionale multilivello, all’interno del quale le norme interne che vietano la fecondazione eterologa e che fissano i criteri probanti la maternità sono ritenute recessive rispetto al rilievo costituzionale (art. 2 Cost; art. 8 Cedu) delle relazioni omoaffettive, rispetto al divieto di discriminazione di tale tipologia di coppie anche in relazione a uno degli sviluppi più prevedibili che conseguono alla formazione di un nucleo familiare stabile, nonché rispetto al rilievo costituzionale di questa scelta (artt. 2 e 31 Cost.), riconosciuto in via generale anche nella sentenza n. 162 del 2014. In questo quadro, l’interesse preminente del minore non costituisce né il limite astrattamente posto per arginare l’onnipotenza generativa e genitoriale che le tecniche di fecondazione assistita evocano, né l’argine da frapporre al dilagare della omogenitorialità, come ritenuto quando si afferma l’esistenza di un conflitto d’interessi in queste relazioni filiali, ma viene assunto per la verifica in concreto della coerenza delle nuove forme di genitorialità con l’interesse effettivo dei minori a non essere pregiudicati nella titolarità e nell’esercizio dei diritti che conseguono alla formazione di una famiglia, salva la concreta valutazione del pregiudizio che può derivare dalla relazione genitoriale – per il quale l’ordinamento ha, da sempre, apprestato gli anticorpi necessari, sia in relazione all’insorgere di conflitti che di situazioni di incuria o abbandono.

L’approccio della giurisprudenza di legittimità è stato, tuttavia, diverso, quando la relazione genitoriale è stata realizzata grazie alla surrogazione di maternità. Il tema della filiazione attraverso questa forma di fecondazione eterologa è stato affrontato in

7. L’altra è la madre gestante; l’embrione è stato formato *in vitro* dal gamete femminile della madre genetica e da quello maschile di donatore anonimo.

8. Il ricorso alla ipotesi normativa contenuta nell’art. 44, lett. d, è stato dettato dall’impossibilità di procedere *ex art. 44, lett. b*, che riconosce, alle condizioni previste dalla legge, l’adozione del figlio del *partner*, in quanto esclusa in via diretta dalla l. n. 76/2016. La compatibilità costituzionale di questa esclusione è tuttavia sospetta, in relazione al canone antidiscriminatorio e al riconoscimento giuridico

due pronunce, nello sviluppo più recente degli orientamenti della Corte di cassazione, in relazione a fattispecie nettamente diverse. Nella prima pronuncia, n. 24001 del 2014, la coppia eterosessuale che è ricorsa alla surrogazione di maternità era stata già dichiarata inidonea per tre volte in sede di scrutinio adottivo. Non vi era alcun legame genetico biologico tra i genitori d'intenzione e il minore e, pertanto, anche il certificato di nascita ucraino, Stato ove il minore è nato, non era stato legittimamente rilasciato. Il minore era in stato di adottabilità e la contestazione di tale condizione costituiva uno dei motivi di ricorso. Gli altri hanno riguardato la dedotta illegittimità del non riconoscimento dell'atto di nascita e delle conseguenze che ne sono derivate.

Nella seconda pronuncia a sezioni unite, n. 12193 del 2019, che ha interessato una coppia omogenitoriale maschile nella quale uno dei *partner* è il genitore genetico del minore, la relazione genitoriale è sorta e si è sviluppata stabilmente, lo *status filiationis* in Canada è perfettamente legittimo e conforme alle leggi di quell'ordinamento. La domanda riguarda il riconoscimento e la trascrizione, con la conseguente costituzione dello *status* anche in capo al genitore d'intenzione.

Le decisioni divergenti nella soluzione finale, coerentemente non soltanto con la diversità della fattispecie, ma anche in relazione alle censure sollevate, convergono su un punto: la contrarietà all'ordine pubblico dello *status filiationis* quando il processo generativo sia stato determinato da maternità surrogata – non da altre forme di fecondazione eterologa (sez. unite, n. 12193 del 2019), ma esclusivamente con riferimento all'ipotesi caratterizzata dall'affidamento della gestazione a una madre portante, diversa o coincidente con quella genetica, ma del tutto estranea al nucleo genitoriale, formato soltanto dai genitori intenzionali. In questa peculiare ipotesi, la lesione della dignità umana, riferita alla gestante e al minore, conseguenti a tale processo generativo, è radicalmente impeditiva della costituzione di uno *status* filiale nell'ordinamento interno. Con questo forte approccio assiologico, il rilievo dell'interesse preminente del minore manifesta il massimo grado di astrattezza. In funzione dell'assolutezza dei principi affermati e, in particolare, della totale illiceità di un patto – sia esso gratuito, solidale od oneroso – che abbia ad oggetto la gestazione per altri, si giunge a una radicale separazione dello statuto assiologico della protezione del minore, universalmente inteso, dallo spettro dei diritti che, in concreto, possono essere compromessi a causa di una condizione di vita priva della protezione giuridica derivante dagli istituti della filiazione. L'in-

teresse preminente del minore può, pertanto, costituire uno scudo dietro il quale si annullano le varianti concretamente sottoposte al vaglio del giudice, quando si affermano principi che, per la loro astrattezza, appaiono come di applicazione generale.

Tuttavia, le stesse soluzioni della giurisprudenza hanno in effetti dimostrato attenzione e adeguato riconoscimento della diversità delle situazioni di partenza. Nella pronuncia n. 24001 del 2014, il minore era in stato di adottabilità, vi era stata una chiara e univoca valutazione d'inidoneità genitoriale e l'accesso alla gestazione per altri era avvenuto con l'elusione anche del regime giuridico dello Stato ucraino. Questa situazione *de facto* (secondo l'espressione usata dalla Corte Edu per la verifica in concreto dell'esistenza di una situazione coerente con l'esercizio del diritto alla vita familiare) ha influenzato significativamente la decisione del giudice minorile ed è stata presa in esame dalla pronuncia della Corte di cassazione nel pervenire a una sentenza d'integrale rigetto dei motivi di ricorso.

Le sezioni unite, con la pronuncia n. 12193 del 2019, hanno invece riconosciuto la dignità "costituzionale" della coppia omogenitoriale maschile, escludendo che la contrarietà all'ordine pubblico fosse riferibile, anche indirettamente, all'orientamento sessuale, e hanno ritenuto di poter riconoscere che una genitorialità "gradata" e filtrata come quella prevista e disciplinata – costituendo un punto di equilibrio non trascurabile, nella misura in cui esclude radicalmente che l'omogenitorialità, anche quella maschile, possa rimanere priva di uno statuto giuridico che investa sia il genitore genetico-biologico che quello intenzionale – presenta le criticità generate dall'impianto assiologico sopra descritto. Secondo le sezioni unite (il principio era stato già espresso nella sentenza n. 24001 del 2014), soltanto attraverso l'adozione così come declinata nel nostro ordinamento può darsi luogo a una genitorialità disgiunta dalla relazione biologico-genetica, tenuto conto anche del sistema probatorio che è posto a fondamento delle azioni di stato, sulla cui appartenenza al rango dei principi fondamentali di ordine pubblico c'è, tuttavia, davvero da dubitare, non ravvisandosi parametri costituzionali neanche indiretti al riguardo. Peraltro, questa determinazione, con particolare riferimento alle coppie omogenitoriali, si scontra con la forza d'urto del canone antidiscriminatorio che, in primo luogo, non appare compatibile con una situazione di tutela del minore non del tutto equiparabile a quella relativa allo *status filiationis* pieno, in particolare ove la comparazione avvenga con le ipotesi adottive previste dall'art. 44 l. n. 184/1983 e, in secondo luo-

costituzionale (art. 2 Cost; art. 8 Cedu) delle unioni omoaffettive.

go, non prende in esame le ipotesi in cui l'accesso alla filiazione adottiva, disciplinata dallo stesso articolo, non sia concretamente realizzabile per l'insussistenza sopravvenuta delle condizioni fattuali di accesso.

3. Considerazioni conclusive

La potenza di un sistema assiologico astratto, attualmente messo in discussione proprio dall'emersione massiccia di nuove genitorialità e tutt'altro che condiviso a livello legislativo da tutti gli Stati europei, può scontrarsi con la concreta lesione dei diritti dei minori, i quali rischiano di rimanere esposti a ingiustificate disparità di trattamento, dovute alla valutazione di scelte che non hanno concorso a determinare

e che, di conseguenza, non dovrebbero produrre effetti discriminatori in relazione allo statuto dei diritti della persona di cui essi sono titolari per espresso riconoscimento costituzionale e convenzionale, oltre che interno (d.lgs n. 154/2013, attuativo della legge delega n. 212/2012). La valutazione dell'interesse preminente del minore dovrebbe prendere le mosse dal riconoscimento del diritto a non essere discriminati in virtù delle modalità procreative che hanno caratterizzato il concepimento e la nascita, per poter costituire un criterio davvero ordinante la complessa operazione di bilanciamento che le corti si trovano a dover eseguire, nell'affrontare la tematica della filiazione, a seguito della scomposizione del processo generativo che è indotto dalle tecniche di fecondazione assistita.

La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore

di *Barbara Polisenò*

La nuova accezione di comunità familiare, l'unicità dello stato di figlio, la crescita del fenomeno dell'abbandono a fronte di un regime blindato per l'adozione tradizionale portano l'interprete ad allentare le maglie dell'adozione al fine di garantire anche alle coppie etero, *same sex* e alle persone singole il diritto di adottare, nell'interesse prioritario del minore e ferma l'esigenza di un intervento legislativo che "ristrutturi" in chiave sistematica l'istituto dell'adozione speciale.

1. Profili preliminari / 2. L'adozione in "casi particolari": il campo d'indagine / 3. Il sigillato impianto normativo sull'adozione piena e l'indifferenza del legislatore / 4. La poliedrica elaborazione del concetto della «impossibilità di affidamento preadottivo» nell'evoluzione della giurisprudenza / 5. (Segue) Gli orientamenti di stretta interpretazione letterale / 6. Il riconoscimento della sentenza straniera di adozione in favore di coppie *same sex* o di *single* / 7. La proposta di legge di modifica dell'art. 44, l. n. 184/1983

1. Profili preliminari

Come ha avuto occasione di affermare anche la Commissione giustizia della Camera dei deputati, «l'ampliamento della nozione giuridica di famiglia realizzato dalla riforma del 2012, ha sganciato la relazione tra genitori e figli dal vincolo matrimoniale»¹. Lo *status filiationis* non dipende più dall'appartenenza a una specifica comunità familiare né dal tipo di rapporto che i genitori hanno scelto di condividere e dal quale lo stesso *status* trae origine.

Tale nuovo assetto si riflette sulla disciplina dell'adozione e dell'affido e sulla necessità che il legislatore metta in moto interventi di ristrutturazione

volti ad adeguare le regole sostanziali e processuali ivi previste, tanto rispetto alle nuove forme di unione tra persone che il nostro ordinamento ha recepito (con la l. 20 maggio 2016, n. 76, nel panorama giuridico si collocano finalmente anche le unioni civili *same sex* e le convivenze di fatto fra persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile), quanto all'adottante quale persona singola, figura soltanto timidamente contemplata da alcune disposizioni speciali².

In questo contesto, l'unicità dello *status* di figlio conclamata dall'art. 315 cc impone di riconsiderare

1. Con il documento conclusivo dell'*Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozione e affido*, 7 marzo 2017, pp. 36 ss, <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/03/07/leg.17.bolo779.data20170307.com02.pdf> (§ 4.3 - *Superamento della distinzione tra adozione legittimante e non legittimante*).

2. Per effetto dell'art. 25, commi 4 e 5, l. n. 184/1983, alla sopravvenuta morte o incapacità di uno dei coniugi affidatari, ovvero alla loro separazione, durante l'affidamento preadottivo, consegue che, su istanza del coniuge che ne fa richiesta, l'adozione possa essere disposta nei confronti di quest'ultimo. L'adozione da parte del *single* trova, inoltre, implicito riconoscimento nel disposto contenuto nell'art. 44, comma 3, per i casi di cui al comma 1, lett. a, c e d, su cui vds. *infra*.

una volta per tutte la definizione di adozione “legittimante” e le divergenze, ora del tutto anacronistiche in termini di effetti, con l’adozione speciale dei cd. “casi particolari”. Invero, attraverso il procedimento volto a dichiarare l’adozione, lo spazio di tutela sostanziale e processuale conseguito per il minore adottato non può che essere il medesimo, indipendentemente dalla situazione di fatto o di diritto da cui il nuovo *status* di figlio ha tratto origine³.

Le riflessioni che seguono muovono da tali premesse di carattere sistematico, nella piena consapevolezza che l’istituto dell’adozione, piena o speciale, risponde, oggi ancora più di ieri, a un’esigenza sociale da più parti manifesta oltre che impellente e della quale occorre farsi carico.

La funzione di impatto immediato diviene difatti indifferibile sul fenomeno dei flussi migratori, ove l’abbandono del minore, lungi dal rappresentare ipotesi sporadiche e accidentali, costituisce la regola di approdo del minore migrante nel nostro Paese. In quest’ottica, una procedura maggiormente accessibile e più aperta alle forme nuove di famiglia riconosciute dal nostro ordinamento si appresta a divenire strumento efficace di “soccorso”, in grado di far fronte a un sistema di regole volte al riconoscimento dello *status* di rifugiato che non funziona⁴ e di sostituirsi a un regime di accoglienza palesemente lesivo dei diritti umani.

Nel contempo, giova considerare che il riscontro con le prassi conduce a un risultato niente affatto irrisorio. Anzi: sul piano statistico, l’adozione ex art. 44 l. n. 184/1983 diventa strumento «imprescindibile per la giustizia minorile»⁵ e si caratterizza come un fenomeno in costante crescita. Secondo i dati del 2018 forniti dal Dipartimento della giustizia minorile, a fronte di 850 sentenze di adozione nazionale, si registrano 667 adozioni in casi particolari, di cui 20 secondo la lett. a, 421 *sub* lett. b, 2 *sub* lett. c e 224 *sub* lett. d dello stesso art. 44, comma 1⁶.

I tempi sono dunque maturi perché il legislatore torni a regolare l’istituto della adozione speciale, tenendo conto dei casi particolari che la nuova dimen-

sione familiare rimette oggi all’attenzione dell’interprete, ferma restando, da un canto, la permeabilità del fenomeno e, dall’altro, la necessità di equiparare i margini di tutela del minore indipendentemente dalle forme di adozione di volta in volta messe in atto.

Le pagine che seguono ripercorrono diversi sentieri già tracciati.

Come si vedrà, alcuni di questi percorsi sono risultati premiali, altri hanno rimesso alla discrezionalità dell’operatore pratico casi troppo distanti dalla norma di legge, altri ancora hanno preparato il terreno per un ulteriore intervento riformatore in grado di adeguare le regole in tema di adozione e affidamento a una nuova e diversa accezione di “nucleo familiare” disponibile a prendersi cura del minore e a farsi carico dell’assistenza materiale e morale di cui questo stesso minore è privo.

2. L’adozione in “casi particolari”: il campo d’indagine

L’istituto dell’adozione in “casi particolari” è una forma di adozione speciale la cui disciplina positiva è contemplata dagli artt. 44-57 della l. n. 184/1983, e la specialità rispetto alla forma tradizionale si sostanzia proprio nella collocazione topografica oltre che nel contenuto delle regole ivi indicate.

La collocazione delle disposizioni citate, in un titolo del codice (titolo IV) diverso da quello previsto per i principi generali (titolo I), per l’affidamento del minore (titolo I-bis), per l’adozione (titolo II) e per l’adozione internazionale (titolo III)⁷, lascia infatti intendere che il legislatore abbia voluto predeterminare forme e termini differenti rispetto a quanto disposto nei titoli precedenti e che, fatta salva l’applicabilità delle norme compatibili con l’istituto regolato, la disciplina “speciale” è orientata verso situazioni del tutto peculiari e pertanto non sussumibili nei principi di carattere generale volti a regolare l’adozione tradizionale (cd. “piena”).

3. Sull’acquisizione del vincolo di parentela nei riguardi dei familiari degli adottanti, di cui al novellato art. 74 cc, anche in riferimento ai minori adottati in casi particolari, vds. P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 838.

4. Sui profili processuali del “decreto sicurezza”, vds. da ultimo, A.D. De Santis, *Le novità per il processo civile nel c.d. «decreto sicurezza»*, in *Foro it.*, 2019, V, p. 181, nonché, sul “decreto Minniti”, *Id.*, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti - Un’analisi critica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1218.

5. A. Cordiano, *Affidamento e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2017, p. 256.

6. www.giustizia.it/resources/cms/documents/civile_report_2018_16aprile2019.pdf.

7. Si rammenta che i capi I e II, del titolo III, intitolato «Dell’adozione di minori stranieri» (artt. 29 - 39-*quater*), sono stanti modificati dalla l. 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993 (in vigore in Italia dal 1° maggio 2000), sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale; anche per l’adozione internazionale, il legislatore italiano richiede gli stessi presupposti contemplati dall’art. 6 l. n. 184/1983 per l’adozione nazionale.

L'art. 44, comma 1, segna l'ambito applicativo dell'adozione speciale, i "casi particolari" appunto. A tal fine, per un verso, restringe la "fetta" di minori astrattamente adottabili, limitando due delle quattro ipotesi previste ai minori orfani; per l'altro, per effetto dell'inciso «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7», ovvero qualora siano «dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti», evidentemente include anche coloro per i quali non è stato dichiarato lo stato di adottabilità nelle forme previste dagli artt. 8-15, l. n. 184/1983 e non è pertanto consentito l'accesso alla forma di adozione piena⁸.

Con specifico riguardo al primo profilo, è agevole evidenziare che alla tutela dello *status* di orfano di madre e di padre sono dedicate le lett. *a* e *c* della menzionata disposizione.

In particolare, il legislatore riconosce, *ipso iure*, adottabile il minore, da un canto, da persone unite al minore «da vincolo di parentela (fino al sesto grado) o da un preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento» (lett. *a*); da un altro, prescindendo da ogni tipo di vincolo di parentela o rapporto preesistente con l'adottante, là dove sussistano le condizioni indicate dall'art. 3, comma 1, l. n. 104/1992, ovvero qualora il minore sia portatore di *handicap*⁹ (lett. *c*).

Con riferimento al secondo profilo, giova preliminarmente osservare che, quando il legislatore ha individuato i casi particolari in cui procedere con l'adozione speciale, in deroga alle condizioni di cui all'art. 7, ha evidentemente voluto pretermettere la fase processuale, propedeutica a quella prevista per l'adozione, volta alla dichiarazione giudiziale dello stato di abbandono e di adottabilità.

Per effetto del suddetto rinvio in negativo, è age-

vole dedurre che sia lo *status* di orfano di madre e di padre, anche accompagnato da una condizione di *handicap*, sia il vincolo matrimoniale con il genitore anche adottivo dell'adottando, sia, infine, la constatata impossibilità di affidamento preadottivo costituiscono rispettivamente il presupposto per poter procedere all'adozione nell'interesse del minore, prescindendo vuoi dalla domanda del pubblico ministero ex art. 9, comma 2, l. n. 184/1983, volta a introdurre il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni diretto a verificare la sussistenza dello *status* di minore abbandonato, vuoi dalle indagini e dagli accertamenti posti in essere dal giudice specializzato. In tali casi, il minore è di per sé adottabile e non è evidentemente necessario che, all'uopo, il giudice vi provveda con una dichiarazione formale¹⁰.

Quanto si osserva trova immediata conferma nell'art. 11 della stessa legge, ove è previsto che il giudice dichiara lo stato di abbandono e di adottabilità (anche) in caso di decesso di entrambi i genitori (e qualora non risultino esistenti parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore), e che sono fatti salvi i casi in cui, invece, «*esistono istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44. In tal caso il tribunale per i minorenni decide nell'esclusivo interesse del minore*».

Nel dettaglio, oltre ai casi di adozione del minore orfano, l'art. 44, comma 1, consente al coniuge di adottare il minore che sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge (lett. *b*).

A una stretta interpretazione letterale della disposizione, sembrerebbe preclusa l'adozione da parte del convivente *more uxorio* del genitore – anche adottivo – del minore, ovvero del *partner* con il quale sia stata contratta unione civile¹¹. Né, sul punto, vi sono state aperture da parte del legislatore del 2016 che, come

8. Sui profili processuali del procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, sia consentito rinviare a B. Polisenio, *Tecniche di tutela del minore nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 1026 ss. Vds., altresì, M. Dogliotti e F. Astiggiano, *Il procedimento di adottabilità*, in *Famiglia e dir.*, 2014, pp. 289 ss.

9. «È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione».

10. È di tutta evidenza che, dovendo prescindere dal procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, nel corso della fase processuale volta all'adozione ex art. 44, gli accertamenti sull'idoneità dell'adozione a corrispondere all'interesse del minore si riveleranno più ampi di quelli richiesti per l'adozione legittimante. Accertata la sussistenza dei presupposti di diritto, occorre infatti che siano espletate adeguate indagini non soltanto sull'attitudine a educare il minore, sulla situazione personale ed economica, sulla salute, sul contesto familiare e sociale degli aspiranti adottanti e sulle ragioni poste alla base della domanda di adozione, ma anche sugli aspetti caratteriali del minore e sulle possibili criticità di una convivenza stabile e duratura con i genitori aggiuntivi.

11. Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 994, con commento di E. Bilotti, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, ha respinto la domanda di adozione in casi particolari, presentata dal convivente *more uxorio* della madre del minore, ritenendo inoltre infondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal pubblico ministero – dell'art. 44, comma 1, lett. *b*, nella parte in cui non prevede l'adozione del minore da parte del convivente *more uxorio* del genitore (biologico o adottivo), poiché la scelta di valorizzare maggiormente il rapporto tra genitore e adottando fondato sul matrimonio rispetto alla semplice convivenza si rivela più efficace ai fini della salvaguardia dell'interesse del minore. Per l'ammissibilità dell'adozione da parte del convivente del genitore del minore soltanto in presenza di un rapporto stabile e duraturo, nell'ipotesi in cui il figlio sia orfano

è noto, stralcia la *stepchild adoption*, in un primo momento contemplata dall'art. 5 del ddl Cirinnà (n. 2081), in relazione alla proposta di modifica ivi contenuta della suddetta lett. *b*, al fine di consentire tale forma di adozione anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso¹², e non lascia spazio a soluzioni interpretative diverse da «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (art. 1, comma 20)¹³.

Infine, il legislatore non pare contemplare caratteristiche particolari in capo all'adottante, allorché consente l'adozione del minore ogni qualvolta «vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (lett. *d*).

Il comma 3 dell'art. 44 chiarisce poi che, nei casi di cui alle lett. *a*, *c* e *d* del comma 1, «l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato» (se, però, l'adottante è coniugato e non separato, l'adozione deve essere richiesta da entrambi i coniugi); sicché, se è evidente l'esigenza del legislatore di tracciare una corsia preferenziale per le adozioni di minori orfani di padre e di madre e portatori di *handicap*, non apponendo alcuna condizione soggettiva in capo all'adottante (*c*), altrettanto chiara è l'esigenza di garantire al minore sano, ma orfano di padre e di madre, l'adozione prescindendo dal vincolo matrimo-

niale imposto dall'art. 6 per l'adozione piena e purché sussista un vincolo di parentela (fino al sesto grado) ovvero un preesistente rapporto stabile e duraturo tra adottante e adottato (*a*)¹⁴. In tali casi, è piuttosto agevole constatare che l'adozione speciale non è affatto preclusa a coppie *more uxorio*, eterosessuali e *same sex*, e che essa ben può essere riconosciuta anche qualora la richiesta provenga da una persona singola¹⁵.

La questione si complica, invece, con riferimento alla lett. *d*. Difatti, se è vero che anche in questo caso, l'adozione è consentita: 1) anche in assenza delle condizioni di cui all'art. 7 e, quindi, a favore di minori non dichiarati in stato di adottabilità; 2) «oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato», occorre comprendere cosa il legislatore abbia voluto effettivamente intendere con l'espressione «vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

3. Il sigillato impianto normativo sull'adozione piena e l'indifferenza del legislatore

Nel tentativo di allargare le maglie dei soggetti legittimati all'adozione al fine di ricomprendere le coppie di fatto e la persona singola, anche a prescindere

del *partner*, vds. Trib. min. Milano, 2 febbraio 2007; peraltro, in senso differente, lo stesso Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, n. 626 (in www.personaedanno.it) ha invece disposto l'adozione della figlia minore in favore del convivente stabile della madre, ritenendo la lett. *d* applicabile anche, ogni qualvolta non sia possibile l'affidamento preadottivo non solo di fatto ma anche di diritto, alle persone singole o alle persone anziane, dovendo privilegiare tali situazioni al collocamento in comunità o in case famiglia. Nello stesso è anche Corte appello Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274, nella considerazione che la scelta di non contrarre matrimonio non può ledere l'interesse del minore (interesse che può essere valutato anche sulla base delle dichiarazioni rese in sede di ascolto ai sensi dell'art. 45, ovvero della dichiarazione di consenso del minore ultraquattordicenne).

Nel senso che l'adozione in casi particolari del minore deve essere disposta anche nell'ipotesi in cui, tra gli adottanti, sia intervenuta separazione legale, qualora l'adozione stessa corrisponda al preminente interesse del minore e, soprattutto, in virtù della circostanza che, essendo irreperibili i genitori naturali e non avendo mai dato segno gli stessi di voler recuperare il loro rapporto con il minore, venga dichiarata la decadenza degli stessi dalla potestà genitoriale, *cfr.* Trib. min. Milano 7 febbraio 2007, in *Famiglia e minori*, n. 8/2007, 84. Ha, invece, escluso l'adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. *b*, da parte del coniuge che, nelle more della procedura, si sia separato di fatto, qualora la condotta dell'adottante sia pregiudizievole alla serena crescita dell'adottando, Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 727, con nota di D. Morello di Giovanni, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza "particolare"*.

Per l'applicabilità dell'art. 44, comma 1, lett. *b*, anche a una stabile convivenza *same-sex*, Trib. Roma 22 ottobre 2015. In questa direzione è E.A. Emiliozzi, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 816 ss.

12. In senso critico su tale disposizione, perché discriminante per le coppie *more uxorio* eterosessuali, sia consentito rinviare a B. Polise-no, *Un istituto ad hoc per le sole unioni civili di coppie omosessuali*, in *Guida al dir.*, 2016, p. 22.

13. Lo stesso comma 20 cit. nega l'applicazione, in via analogica, alle parti dell'unione civile delle disposizioni del codice civile non richiamate dalla presente legge nonché delle disposizioni di cui alla l. n. 184/1983. La dizione «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», contenuta nel comma 20, deve essere intesa nel senso che l'accesso all'adozione potrà essere valutato eventualmente nel caso concreto, ogni qualvolta la stessa sia ammessa anche da parte di chi non è coniuge: così Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, cit. Per un'interpretazione in chiave garantista del suddetto rinvio, per i *partner* delle unioni civili disposti ad adottare, stante proprio la precedente disposizione che prevede l'esclusione dell'applicabilità delle norme sull'adozione alle unioni civili, vds, invece, A. Astone, *L'oscurità delle leggi e il ruolo degli interpreti: il Tribunale dei minorenni di Milano nega la «stepchild adoption»*, in *Riv. critica dir. privato*, n. 2/2017, p. 305.

14. Per una rassegna giurisprudenziale volta a riconoscere che, nelle ipotesi contemplate dalle lett. *a*, *c* e *d*, il legislatore non richiede che gli adottanti siano necessariamente uniti in matrimonio e l'adozione è consentita anche al *single*, non coniugato, vds. K. Mascia, *L'adozione di minori stranieri e quella in casi particolari*, in *Famiglia e dir.*, 2018, pp. 1132 ss.

15. *Cfr.* il documento conclusivo dell'*Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozione e affido* della Commissione giustizia della Camera dei deputati, cit. (nota 1), § 2.5.

dai ristretti casi in cui il minore sia orfano di padre e madre e portatore di *handicap* ovvero soltanto orfano di padre e di madre, ma legato da un rapporto preesistente con la figura adottante, nel paragrafo che precede si è potuto delimitare il campo d'indagine sul significato della lett. *d* dell'art. 44, comma 1.

La questione, come è evidente, si colloca a valle di un regime normativo che contempla l'adozione piena, chiaramente blindato e strettamente coeso al valore della famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio. Da un lato, l'art. 6, comma 1, circoscrive l'adozione soltanto a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni; dall'altro, l'art. 7, comma 1, ne limita l'ambito ai minori dichiarati in stato di abbandono, precludendo ogni possibile accesso all'adozione del figlio del *partner* etero o *same sex*.

Si tratta di una legge vetusta che, per ragioni di ordine ideologico, peraltro del tutto ingiustificate nel contesto sociale vivente, è rimasta indenne ai numerosi interventi di riforma e *maquillage* che hanno segnato la storia del diritto di famiglia e della filiazione del nostro Paese nell'ultimo quindicennio. Sia la maxi-riforma della filiazione prima, sia gli interventi della l. 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare, poi, hanno glissato sul necessario *restyling* delle regole sostanziali e processuali per i figli in adozione¹⁶.

Difatti, se è vero che, in seguito a un prolungato periodo di affidamento temporaneo dovuto alla irreversibilità dello stato di impedimento della famiglia di origine, il legislatore del 2015 consente alla famiglia affidataria di proporre domanda di adozione e di procedere, secondo le forme previste dall'art. 44, comma 1, lett. *a*, anche qualora si tratti di soggetti privi dei requisiti di cui all'art. 6 l. n. 184/1983, è altresì vero

che è comunque presupposto lo *status* di orfano di entrambi i genitori del minore, oltre alla condizione – quest'ultima condivisibile – che egli sia legato da un rapporto stabile e duraturo con gli affidatari¹⁷.

Nulla di particolarmente nuovo rispetto al passato, se non la constatazione che un «preesistente rapporto stabile e duraturo» può maturarsi anche «nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento»¹⁸. L'art. 46 continua a richiedere l'assenso dei genitori dell'adottando ai fini del perfezionamento dell'adozione, potendo il giudice pronunciarsi ugualmente soltanto nel caso in cui il rifiuto risulti ingiustificato o contrario all'interesse del minore e, comunque, non allorché il rifiuto provenga dai genitori che ancora esercitano la responsabilità genitoriale¹⁹.

All'inerzia del legislatore italiano fanno da contraltare i principi e le regole contemplate dall'ordinamento internazionale. La Convenzione europea sull'adozione dei minori del 24 aprile 1967 (resa esecutiva in Italia con la l. 22 maggio 1974, n. 357 e successivamente riveduta)²⁰ estende la possibilità di adozione a coppie eterosessuali non sposate, se registrate presso un registro delle unioni civili negli Stati che riconoscono tale istituzione, e lascia inoltre agli Stati la libertà di estendere la portata della Convenzione e di consentire l'adozione a coppie eterosessuali o dello stesso sesso che vivono insieme nel quadro di una convivenza stabile. Anche l'adozione da parte delle persone singole è espressamente prevista dall'art. 6 della suddetta Convenzione che, peraltro, attribuisce al legislatore nazionale una semplice facoltà, occorrendo a tale effetto l'interposizione di una legge interna che determini i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte del *single*²¹. Spiega la relazione esplicativa della Convenzione (punto

16. A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. famiglia*, 2016, p. 303; A. Cordiano, *Affidamento e adozioni*, op. cit., p. 260; M. Dogliotti, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Famiglia e dir.*, 2015, p. 1107. In senso critico, vds. P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, ivi, 2017, pp. 602 ss.

17. Quanto all'adozione piena, si rammenta che l'art. 4, comma 5-bis, l. n. 184/1983 non manca di rinviare all'art. 6 e, quindi, di anteporre comunque la sussistenza dei requisiti ivi previsti (*rectius*, il vincolo matrimoniale risalente ad almeno tre anni).

18. Di contro, ora come allora, l'ipotesi contemplata dal legislatore bene consente di riconoscere che, anche dopo la morte del solo genitore legalmente riconosciuto, il giudice possa procedere con un provvedimento di affidamento temporaneo al *partner* (e genitore) omosessuale, propedeutico ad una successiva pronuncia di adozione.

19. Per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, la Cassazione ha precisato che debbano intendersi coloro che abbiano il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore: *ex multis*, vds. Cass., 21 settembre 2015, 18576, in *Giur. it.*, 2016, 319, con nota di L. Airola Tavan, *Il principio dell'interesse del minore nell'adozione in casi particolari*.

20. Sulla convenzione di Strasburgo, vds., tra gli altri, F.D. Busnelli, *Luci e ombre nella disciplina italiana dell'adozione di minori stranieri*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1986, p. 255; A. Davì, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 50; A. De Cupis, *Fondatezza e conservazione della dicotomia degli istituti adozionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 254.

21. *Cfr.* Corte cost., 16 maggio 1994, n. 183 (in *Foro it.*, 1995, I, 3408, con osservazioni di M.G. Civinini; in *Famiglia e dir.*, 1994, p. 245, con nota di M. Dogliotti, *La consulta, l'adozione dei singoli ed il futuro (eventuale) legislatore*; in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 132, con nota di F. Ruscello, *Adozione da parte del singolo e diritti dell'adottato*; in *Giur. it.*, 1995, I, p. 540, con nota di E. Lamarque, *Adozione da parte dei single: fra corte costituzionale e corte d'appello di Roma non c'è dialogo*), ha dichiarato l'infondatezza, in riferimento agli artt. 3, 29

23) che l'art. 6 «prevede, nell'ordine delle preferenze generalmente ammesse, prima l'adozione da parte di una coppia, poi l'adozione da parte di una persona singola». Il successivo art. 8 (§ 2) dispone che l'autorità competente degli Stati anetterà una particolare importanza a ciò che l'adozione procuri al minore un «*foyer stable et harmonieux*». È utile anche considerare che l'adozione da parte di persona singola non trova alcun divieto dalla Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, immediatamente operativa nel nostro ordinamento in virtù del disposto dell'art. 29, l. n. 184/1983.

Il tema non è nuovo alla dottrina e alla giurisprudenza di legittimità e di merito più recenti, e il confronto – del quale si cercherà di dare in parte conto nelle pagine che seguono – si è rivelato vivace e, in alcuni casi, proficuo al fine di comprendere quali spazi interpretativi risultino correttamente tracciabili a fronte della disciplina vigente e quali possano essere le prospettive *de iure condendo*.

4. La poliedrica elaborazione del concetto della «impossibilità di affidamento preadottivo» nell'evoluzione della giurisprudenza

Le aperture della giurisprudenza e della dottrina²² sono prevalentemente incentrate su un'inter-

pretazione estensiva della lett. *d* dell'art. 44, comma 1, volta ad attribuire all'inciso «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» un significato plurimo tale da comprendere non soltanto una impossibilità di mero fatto, ma anche tutti quei casi in cui l'impossibilità di affidare provvisoriamente il minore in attesa di essere adottato sia prettamente “giuridica”, ovvero ogniqualvolta, pur non potendo registrare uno stato di abbandono, il riconoscimento di legami genitoriali aggiuntivi²³ corrisponda al suo preminente interesse.

In questa direzione, la stessa Corte di legittimità ha, in più occasioni, ribadito che non vi sono disposizioni preclusive nel panorama giuridico internazionale all'adozione in casi particolari, cd. “mite”, qualora sia constatata una impossibilità di diritto di affidamento preadottivo; a differenza dell'adozione cd. “legittimante”, anche la Cassazione ha osservato come l'art. 44, comma 1, escluda la necessità che, ai fini dell'adozione mite, l'adottando debba incorrere in una situazione di abbandono²⁴. Non si tratta, in altri termini, di una *extrema ratio* che comporta la recisione dei rapporti del minore con la famiglia d'origine, essendo, piuttosto, volta a salvaguardare la continuità affettiva ed educativa dei legami in atto del minore con i soggetti che se ne prendono cura.

In tale ottica, e in virtù del richiamo della ipotesi *sub d*, contenuto nel terzo comma dell'art. 44, ove è previsto che «l'adozione è [ivi] consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato», non vi sa-

e 30 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, l. n. 357/1974, nella parte in cui, dando esecuzione all'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, permette senza limiti l'adozione di un minore da parte di un solo adottante.

Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 30 Cost., degli artt. 29-*bis*, 31, comma 2, 35, comma 1, 36, commi 1 e 2, e 44 l. n. 184/1983, nella parte in cui escludono la possibilità di ottenere la dichiarazione di idoneità all'adozione internazionale, in casi particolari, a favore di singoli e quindi di perfezionare l'adozione internazionale in Italia, vds. Corte cost., 29 luglio 2005, n. 347, in *Foro it.*, 2006, I, 344; in *Minori giustizia*, n. 3/2005, p. 185, con nota di F. Occhiogrosso, *Le norme di protezione dell'adozione in casi particolari non possono non valere anche per lo straniero*, in *Famiglia e dir.*, 2005, p. 461, con nota di V. Carbone, *Adozione internazionale di minore straniero, da parte di «non coniugato», solo nei casi particolari* (art. 44 l. n. 184/1983). Nello stesso senso, per la manifesta inammissibilità della medesima questione, *cf.* Corte cost., 27 marzo 2003, n. 85, in *Foro it.*, 2003, I, 2920.

22. Per una interpretazione estensiva della norma, *adde* ai riferimenti indicati *infra*, C. Ciruolo, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore*. La stepchild adoption, in *Corriere giur.*, 2017, pp. 810 ss.; G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 319; S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e dir.*, 2017, pp. 83 ss.; M. Cavallo, *Si fa presto a dire famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2016, *passim*; J. Long, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 117; S. Celentano, *La genitorialità nell'omolegame: il dialogo possibile tra l'interesse del minore e il diritto alla vita familiare*, in questa *Rivista trimestrale*, Franco Angeli, Milano, n. 6/2013, p. 203; G. Oberto, *Problemi di coppia, omosessuali e filiazione*, in *Dir. famiglia*, 2010, p. 802; G. Zaccaro, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *Questione giustizia online*, 4 settembre 2014, http://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali-stepchild-adoption-e-interesse-del-minore_04-09-2014.php.

23. A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell'art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 210.

24. Che il titolo IV dedicato alla adozione in casi particolari fosse volto «a recuperare, in ipotesi tassativamente circoscritte l'impiego dell'adozione cosiddetta ordinaria o semplice o non legittimante per minori che non si trovino nello stato di abbandono, presupposto necessario quest'ultimo per l'adozione cosiddetta piena o legittimante», lo affermava anche Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 182 (in *Foro it.*, 1988, I, 2802, nonché *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1251, con nota di M. Buoncristiano, *Cura della persona e interesse del minore: due contrastanti pronunce della corte costituzionale*), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 45, comma 2, e 56, comma 2, l. n. 184/1983, nella parte in cui è previsto il consenso anziché l'audizione del legale rappresentante del minore.

rebbe alcuna ragione per escludere che a tale forma di adozione possano accedere anche la persona singola o le coppie di fatto etero o *same-sex*, ai quali è invece preclusa l'adozione piena per effetto dell'inderogabile limite del vincolo matrimoniale (da almeno tre anni) sancito dall'art. 6 cit.²⁵.

Anche la Consulta, tempo addietro, quando *ratione temporis* il contenuto della lett. *d* corrispondeva alla lett. *c* dell'art. 44, comma 1, ebbe ad affermare che, individuando una clausola residuale di apertura per i casi speciali non inquadrabili nell'adozione cd. "legittimante", la norma in questione non fosse in contrasto con gli artt. 3 e 30, comma 2, Cost., se interpretata nel senso di non esigere il previo accertamen-

to dello stato di abbandono, qualora il minore, orfano o figlio di genitori incapaci, sia richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale necessaria²⁶.

In questa prospettiva, e al fine di legittimare l'adozione speciale in favore del *partner* etero e omosessuale, la giurisprudenza di merito ha giocato un ruolo determinante, in chiave di chiara supplenza rispetto al legislatore – rimasto inerte – verso il riconoscimento dell'"impossibilità giuridica" dell'affidamento ogniquale volta una persona chieda di adottare il figlio del compagno che, evidentemente, stante la responsabilità genitoriale esercitata da quest'ultimo, non può ritenersi in stato di abbandono²⁷.

25. Nella specie, Cass. 16 aprile 2018, n. 9373, in *Foro it.*, 2018, I, 1536, con osservazioni di G. Casaburi, ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di un minore, in favore della coppia che ne era affidataria da circa due anni, atteso che, da un lato, i genitori erano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità con provvedimento definitivo; dall'altro, il minore aveva instaurato un solido e positivo rapporto con gli adottanti.

Nel senso del testo, con riferimento a una fattispecie di adozione speciale disposta in favore di una coppia eterosessuale, è Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 (in *Foro it.*, 2016, I, p. 2342, con nota di G. Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; in *Corriere giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; *ivi*, p. 1224, con nota di L. Attademo, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. 218/1995*; in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 1034, con nota di S. Veronesi, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Persona e danno*, 22 settembre 2016, con nota di M. Labriola, *Adozione: giurisprudenza creativa o conforme alla legge?*; in *Diritto & Giustizia*, 2016, p. 61, con nota di A. Figone, *La cassazione dice sì alla stepchild adoption*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con nota di A. Spadafora, *Adozione, tutela della omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*): nella specie, la Suprema corte ha confermato la decisione di merito che aveva disposto tale forma di adozione nei riguardi di una bambina di circa sei anni di età da parte della compagna stabilmente convivente della madre, che vi ha consentito, avendo accertato in concreto l'idoneità genitoriale dell'adottante e, quindi, la corrispondenza all'interesse della minore. Cass. 12 gennaio 2010, n. 260, *Dir. famiglia*, 2010, 679, ha stabilito che, in tema di adozione di minore in casi particolari, la natura informale del procedimento camerale comporta, ai sensi dell'art. 313 cc, richiamato dall'art. 56 l. n. 184/1983, l'assenza di qualunque vincolo di rigida priorità temporale tra gli atti della procedura, restando unica esigenza da tutelare il preminente interesse del minore; pertanto, non può considerarsi lesiva del diritto di difesa del genitore naturale l'utilizzazione del consenso da lui prestato nell'ambito del procedimento per l'adozione legittimante, qualora, constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo, il procedimento muti in quello per l'adozione in casi particolari, tanto più che il primo presuppone l'accertamento dello stato di abbandono e recide il vincolo con il genitore naturale, mentre il secondo consente la conservazione del rapporto con quest'ultimo.

26. Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3215.

27. Per una interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. *d*, nel senso che tale forma di adozione può essere disposta anche in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore, concepito (nella specie, a mezzo di procreazione medicalmente assistita) nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, costituendo una famiglia anche quella omoaffettiva, in cui è possibile la crescita di un minore, in quanto tale statuizione: 1) non presuppone una situazione di abbandono dell'adottando, ma solo l'impossibilità, anche di diritto, dell'affidamento preadottivo, sempre che al riguardo sussista in concreto l'interesse dell'adottando; 2) è consentita anche in forza della cd. clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, qualora adottante e genitore biologico siano civilmente uniti; 3) non comporta che la responsabilità genitoriale sia esercitata dal solo adottante, pur se questi non è coniugato con il genitore biologico, in quanto l'esercizio comune trova comunque fondamento, ancorché sugli artt. 48 e 50 l. n. 184/1983: Corte appello Napoli, 4 luglio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 2883; Trib. min. Bologna, 31 agosto 2017, *ivi*, 2018, I, 1536; Trib. min. Bologna 6 luglio 2017, in *Corriere giur.*, 2018, p. 1396, con nota di G. Giorgi, *Adozione in casi particolari e rapporti familiari di fatto: l'interesse concreto del minore*; Corte appello Milano, 9 febbraio 2017, in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 998, con commento di E. Bilotti, *L'adozione del figlio del convivente, op. cit. e Corriere giur.*, 2017, p. 798, con commento di C. Ciruolo, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore, op. cit.*; Corte appello Torino, 27 maggio 2016, n. 27 (di riforma di Trib. min. Piemonte - Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, nn. 258-259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 209, con nota critica di A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente, op. cit.*, ove l'Autore mira invece a consentire di impiegare l'istituto per riconoscere giuridicamente la genitorialità di fatto del co-genitore); Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 584, con nota di A. Scalera, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*; Trib. Roma, 22 ottobre 2015, cit.; Trib. Roma, 30 luglio 2014, n. 299 in *Famiglia e dir.*, 2015, p. 574 con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore* (di contrario avviso era il pm, secondo cui l'art. 44, comma 1, lett. *d*, è fondato sul presupposto imprescindibile dello stato di abbandono e può trovare applicazione soltanto per i minori non collocabili di fatto in affidamento preadottivo, o perché portatori di *handicap* o perché lo sradicamento dal loro *habitat* nuocerebbe gravemente al minore sul piano psico-fisico); Corte appello Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 699; *cfr.* anche Trib. min. Venezia, 31 maggio 2017, in www.articolo29.it (www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/09/trib.-min.-VE.pdf), che, pur disponendo l'adozione speciale in favore della *partner* omosessuale del genitore biologico, si preoccupa di precisare che le due donne, pur ritenute idonee, devono essere consapevoli della necessità che i figli si relazionino con persone di orientamento non omosessuale.

L'assunto secondo il quale l'adozione mite di cui all'art. 44, l. n. 184/1983 debba poter prescindere dai casi di abbandono del minore, costituisce un dato presupposto anche dalla proposta di legge di modifica dello stesso art. 44, presentata alla Camera dei deputati il 4 aprile 2018 (n. 468), diretta a sopprimere l'inciso «quando il minore sia orfano di padre e di madre» (su cui vds. *infra*, par. 7), ogniquale volta gli aspiranti adottanti siano «persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento». Come si evince dalla relazione parlamentare, l'intento del legislatore è quello di far fronte, per un verso, al caso in cui, per le condizioni di salute e l'età fisica e mentale del minore, «non si riesca a individuare una coppia aspirante all'adozione che abbia i requisiti adeguati alle necessità del minore»; per l'altro, al caso in cui tra l'adottando e la persona singola «esiste una pregressa relazione affettiva particolarmente importante, la cui interruzione può verosimilmente produrre gravi danni psicologici al minore»²⁸.

5. (Segue) Gli orientamenti di stretta interpretazione letterale

La lettura interpretativa dell'art. 44, comma 1, lett. *d*, da più parti prospettata in senso ampio, è stata considerata da taluni manifestamente *contra legem*²⁹, da altri eversiva³⁰, in quanto la soluzione a cui si perviene ometterebbe di considerare che l'adozione

in casi particolari è istituto eccezionale e le ipotesi ivi contemplate dal legislatore affatto tassative.

La stessa Cassazione che, con alcune decisioni di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, ha invece avallato l'interpretazione maggiormente garantista e aperta al riconoscimento di nuove forme di adozione, in altri casi ha ritenuto che l'art. 44, comma 1, lett. *d*, sia norma residuale e di chiusura, oltre che di stretta interpretazione, volta a tutelare ipotesi assolutamente eccezionali, ove il minore adottando versa comunque in stato di abbandono e/o sia privo di qualsivoglia relazione con il genitore. Secondo tale orientamento, sarebbe, insomma, contrario alla *ratio legis* dilatare la nozione di «impossibilità di affidamento preadottivo» ricomprendendovi non soltanto l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche quella, più generale, del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. E ciò in considerazione del fatto che, proprio in funzione dell'interesse del minore, il legislatore ha evidentemente voluto configurare un istituto specifico e destinato a operare nei casi «particolari», subordinati soltanto al mancato esito dell'adozione legittimante³¹.

Sulla scorta di tale impostazione, alcuni tribunali specializzati hanno negato l'adozione a coppie etero e *same sex*, nella consapevolezza che l'art. 44, comma 1, lett. *d*, presuppone comunque che il minore versi in uno stato di abbandono e che, pertanto, non sia configurabile una impossibilità “in diritto” dell'affidamento preadottivo³².

28. Trib. min. Napoli, 14 febbraio 2018, ined., ha ritenuto ammissibile l'adozione da parte di persona singola nei casi particolari di cui all'art. 44, sia pure con effetti limitati rispetto all'adozione legittimante. Lo stesso principio opera, infatti, anche in sede di adozione internazionale, ammissibile – secondo una interpretazione costituzionalmente orientata – negli stessi casi in cui è consentita l'adozione nazionale legittimante e quella in casi particolari.

29. F. Tommaso, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 277.

30. Trib. Piemonte - Valle d'Aosta 11 settembre 2015, nn. 258-259, citt.

31. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1792, ined.; Cass., 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida al dir.*, n. 46/2013, p. 34, con nota di M. Fiorini; Cass., 19 ottobre 2001, n. 2151, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 727, con nota di D. Morello di Giovanni, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza particolare*.

32. Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, cit., nell'escludere l'adozione da parte della compagna omosessuale della madre, ha ritenuto che l'inciso «impossibilità di affidamento preadottivo» vada interpretato come constatata impossibilità “di fatto” di procedere all'adozione legittimante, ovvero che ci si trovi in situazioni in cui sussista un effettivo abbandono e non sia stato possibile collocare il minore in una famiglia. Né, secondo tale orientamento, è possibile utilizzare a soccorso la lett. *b* della medesima disposizione, in quanto il riferimento al rapporto di coniugio non consente interpretazioni di tipo estensivo (vds. G. Ferrando, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, pp. 217 ss.); Trib. min. Torino, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 205, con nota di A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente*, cit.; Trib. min. Palermo, 7 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 1537, con osservazioni di G. Casaburi, nel senso che l'adozione di un minore ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *d*, che pure non presuppone lo stato di abbandono, non può essere disposta in favore della compagna dello stesso sesso della madre biologica, che pure vi abbia consentito, in quanto, trattandosi di coppia non coniugata, la responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 48 e 50 l. cit., competerebbe esclusivamente all'adottante, venendone privata la madre biologica, tanto con pregiudizio all'interesse del minore (il tribunale ha inoltre rilevato che, nella specie, il consenso materno all'adozione è mancante o viziato, non avendo certo ella inteso rinunciare alla responsabilità genitoriale); Trib. min. Piemonte - Valle D'Aosta 11 settembre 2015, nn. 258 e 259, citt.

Con il richiamo alla constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo, si è detto, il legislatore non ha potuto che riferirsi a situazioni di fatto ostative ad esso e alla conseguente adozione piena: «ai cd. bambini difficili che, per età, carattere, storia di accadimento nessuno vuole»³³, ai bambini già adolescenti, portatori di *handicap* o con gravi problemi di carattere sanitario o psicologico per i quali non è, in concreto, possibile il collocamento in affidamento preadottivo.

In quest'ottica, si è osservato che accordare la *stepchild adoption* per effetto dell'art. 44, comma 1, lett. d, rappresenta un'inevitabile forzatura interpretativa³⁴ e che la questione relativa alla possibilità di adottare il figlio del *partner* richiederebbe, invece, una positiva risposta da parte del legislatore, non dovendo l'adozione parimenti essere preclusa alle persone singole, quale alternativa preferibile all'inserimento in una struttura di ricovero.

6. Il riconoscimento della sentenza straniera di adozione in favore di coppie *same sex* o di single

Anche le regole di diritto internazionale privato contemplate dall'ordinamento interno per il riconoscimento della sentenza straniera di adozione rendono poco agevole l'intervento dell'operatore pratico ogniqualvolta ci si trovi di fronte a una coppia *same sex* ovvero a una persona singola³⁵.

Difatti, il doppio rinvio prescritto dall'art. 41 l. 31 maggio 1995, n. 218 per il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di adozione di minore, agli artt. 64-67 della medesima legge (comma 1) per un verso, e alle leggi speciali in materia (comma 2) per l'altro, conduce l'operatore pratico a dover fare necessariamente i conti non soltanto con l'ordine pubblico invocato dalla lett. g dell'art. 64 – nonché dall'art. 65 cit. –, limite quest'ultimo peraltro ampiamente superato da una buona parte della giurisprudenza (su

cui vds. *infra*, in questo stesso paragrafo), ma anche con gli artt. 35 e 36 l. n. 184/1983, volti a regolare gli effetti del riconoscimento dei provvedimenti di adozione di minori stranieri da parte di cittadini italiani residenti sul territorio nazionale.

Ebbene, se, per effetto della disciplina speciale da ultimo richiamata, ai fini del riconoscimento e della trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile, non è necessario ricorrere ad alcun procedimento particolare, è l'accesso alla procedura che, ancora una volta, trova ostacolo nei limiti di carattere soggettivo in capo all'aspirante adottante imposti dal diritto interno.

Sul piano processuale, infatti, è sufficiente che il tribunale specializzato del distretto in cui gli adottanti hanno la residenza, nel momento dell'ingresso del minore in Italia, verifichi, nel provvedimento straniero: 1) la sussistenza delle condizioni delle adozioni internazionali previste dall'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1993; 2) che l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento regolatori del diritto di famiglia e dei minori; 3) che sussistano sia la certificazione di conformità alla Convenzione dell'Aja (art. 39, lett. i), sia l'autorizzazione dell'ingresso e del soggiorno permanente del minore straniero (art. 39, lett. h).

Senonché, il tribunale per i minorenni non può ordinare la trascrizione «nei casi in cui: a) il provvedimento di adozione riguarda adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione; b) non sono state rispettate le indicazioni contenute nella dichiarazione di idoneità; c) non è possibile la conversione in adozione produttiva degli effetti di cui all'art. 27³⁶; d) l'adozione o l'affidamento stranieri non si sono realizzati tramite le autorità centrali e un ente autorizzato; e) l'inserimento del minore nella famiglia adottiva si è manifestato contrario al suo interesse» (art. 35, comma 6, l. n. 184/1983).

Peraltro, nei casi in cui, l'adozione o l'affidamento a scopo adottivo siano pronunciati in un Paese non aderente alla Convenzione né firmatario di accor-

33. A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 724. In senso critico nei confronti della interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d, perché tale apertura indiscriminata finirebbe per legittimare situazioni familiari anche illecitamente precostituite, F. Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, *ivi*, 2014, p. 275; così anche M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 808 ss.; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2015, pp. 379 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile, La famiglia*, vol. 2.1, Giuffrè, Milano, 2014, p. 459; E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: Ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. famiglia*, n. 1/2016, § 2.2.3.

34. C.M. Bianca, *loc. cit.*

35. Sul carattere decisamente non *gender-neutral* del diritto italiano in materia di filiazione, cfr. C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e dir.*, 2018, pp. 924 ss.

36. Ovvero che all'acquisizione dello stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume il cognome o del cognome della famiglia della moglie separata, qualora l'adozione sia disposta nei suoi confronti ai sensi dell'art. 25, 5° comma, consegue la cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine.

di bilaterali, i relativi provvedimenti possono essere dichiarati efficaci in Italia a condizione che: «a) sia accertata la condizione di abbandono del minore straniero o il consenso dei genitori biologici ad una adozione che determini per il minore adottato l'acquisizione dello stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti e la cessazione dei rapporti giuridici fra il minore e la famiglia d'origine; b) gli adottanti abbiano ottenuto il decreto di idoneità previsto dall'art. 30 e (...); c) siano state rispettate le indicazioni contenute nel decreto di idoneità; d) sia stata concessa l'autorizzazione prevista dall'art. 39, comma 1, lett. h)» (art. 36, comma 2).

Tralasciando le condizioni sinora elencate a cui rinvia la disciplina interna, se si orienta l'attenzione sul punto *sub a)* dell'art. 35, comma 6, cit., è agevole constatare che l'esclusione dell'applicabilità della *lex loci* operante per il riconoscimento dell'adozione ricorre ogni qualvolta «il provvedimento di adozione riguarda adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione», requisiti che, come più volte ricordato, il legislatore descrive all'art. 6 della legge speciale: una norma *tranchante* verso l'adozione piena di coppie eterosessuali non coniugate o *same sex*, ovvero di persone singole³⁷.

Ebbene, nonostante l'inderogabilità dei presupposti innanzi richiamati, giova tenere conto che, nella

prassi, la genitorialità omosessuale ovvero del singolo formalizzate all'estero hanno trovato altre forme di riconoscimento nel nostro ordinamento³⁸.

Invero, da un canto, sul piano propriamente amministrativo, da alcuni comuni d'Italia è stata riconosciuta l'efficacia degli atti di nascita stranieri indicanti, secondo la legge dello Stato estero, due genitori dello stesso sesso. In questa direzione si sono orientati anche i Comuni di Torino, Roma e Napoli³⁹.

Dall'altro, in più occasioni, la giurisprudenza di merito ha ritenuto di poter comunque trascrivere nei registri di stato civile l'atto di nascita formato all'estero senza incorrere in alcun tipo di violazione dell'interesse pubblico, proprio in considerazione della necessità di dare prevalenza all'interesse del minore a conservare intatto lo *status* acquisito di figlio di coppia *same sex*⁴⁰.

Anche la rettificazione dell'atto di nascita con indicazione, nella casella dedicata al nome di un genitore, di una persona dello stesso sesso dell'altro genitore biologico, indicata come genitore del minore nell'atto di nascita formato all'estero, è stata in alcuni casi ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza; ciò in considerazione dei diritti patrimoniali connessi alla certificazione dello *status* e del diritto alla bigenitorialità, nonché della stabilità dei legami affettivi acquisiti fin dalla nascita⁴¹.

37. S.P. Perrino, *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*, in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 566.

38. Sull'esigenza di garantire la continuità transnazionale degli *status* familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero, cfr. C.E. Tuo, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in *Famiglia e dir.*, 2015, pp. 850 ss.

39. Cfr. M. Gattuso, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita: non è una forzatura giuridica*, in *Articolo 29*, 21 aprile 2018, <http://www.articolo29.it/2018/comune-torino-sulla-iscrizione-due-mamme-papa-negli-atti-nascita-non-forzatura-giuridica/>; R. Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Famiglia e dir.*, 2017, pp. 1051 ss.; F. Longo, *Le due madri e il rapporto biologico*, *ivi*, 2018, p. 9.

40. Nel senso che va trascritto nei registri di stato civile, perché non contrario all'ordine pubblico, da valutarsi anche alla stregua del superiore interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito, l'atto di nascita formato all'estero (nella specie, in Spagna) di un bambino che viene indicato come figlio di due donne (nella specie, una cittadina spagnola e l'altra italiana: il bambino era nato, a mezzo di procreazione medicalmente assistita eterologa, da una delle due, con gameti donati dall'altra), Trib. Perugia, 26 marzo 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1948, con osservazioni di G. Casaburi; nello stesso senso, vds. Trib. Livorno, 12 dicembre 2017, *ivi*, 1039, in riferimento all'ammissibilità della rettifica di atti di nascita stranieri (nella specie, californiani) di due minori, e trascritti in Italia, attestanti che gli stessi sono figli di due uomini, entrambi indicati come loro padre; così anche Corte appello Torino, 4 dicembre 2014, *ivi*, 2015, I, 1078 e in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 441, con nota di L. Franco, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*.

Per il ripristino della trascrizione (già eseguita dall'ufficiale di stato civile e annullata dal prefetto) dell'atto di nascita formato all'estero (nella specie, in Spagna) di un bambino che viene indicato come figlio di due donne, entrambe cittadine italiane, di cui però solo una è la madre biologica, in quanto non contrario all'ordine pubblico, atteso che vi è un progetto di genitorialità condivisa delle due donne, sposate in quel Paese, e che il bambino è stabilmente inserito nel contesto familiare da esse formato, Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 309. In termini, nel senso che non contrasta con l'ordine pubblico il riconoscimento del provvedimento di un giudice straniero che ha statuito un rapporto di adozione piena tra una persona e il figlio riconosciuto del proprio *partner* omosessuale, vds. Corte appello Milano, 1° dicembre 2015, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 271, con nota adesiva di F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale: secondo l'Autore, infatti, «tale orientamento merita senz'altro apprezzamento» perché si fa carico di una «funzione di supplenza dei rapporti familiari nei quali l'inerzia del patrio legislatore causa crescenti incertezze che non giovano certo a dare effettiva tutela ai minori il cui «superiore interesse» deve in ogni caso ricevere primaria attuazione in tutte le decisioni che lo riguardano».*

41. Trib. Milano, 24 ottobre 2018, in *Famiglia e dir.*, 2019, p. 494, con nota di I. Barone, *Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale*. Invece, nel senso che è contraria all'ordine pubblico la condotta del cittadino italiano che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata in uno Stato estero, con conseguente riconoscimento della

In applicazione dell'art. 64, l. n. 218/1995, più volte la giurisprudenza di merito ha altresì operato il riconoscimento di sentenze straniere che avevano disposto l'adozione in favore di un *single*.

Non poche perplessità, invece, sono state avanzate da alcuni tribunali per la formazione di un atto di nascita in Italia indicante la doppia genitorialità omosessuale⁴² e la questione è stata rimessa al vaglio della Corte costituzionale.

In attesa di tale pronuncia sulla trascrivibilità, nei registri italiani dello stato civile, della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, l'orientamento della Cassazione non si è rivelato affatto univoco.

Con riguardo alla compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 ss. della l. n. 218/1995, i giudici di legittimità hanno avuto occasione di affermare che essa deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di "ordine pubblico", quale insie-

me dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico⁴³.

In questo contesto, la questione relativa al riconoscimento in Italia del provvedimento straniero che riconosceva la genitorialità di due uomini nei confronti di un minore nato da maternità surrogata era stata rimessa all'esame delle sezioni unite⁴⁴, le quali, con una recentissima pronuncia, pur negando la trascrizione della sentenza di adozione legittimante pronunciata all'estero (stante il divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico), hanno tuttavia ritenuto di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d⁴⁵.

Il principio enunciato dalle sezioni unite, volto a ricorrere, anche in questi casi, all'adozione *semiple-*

na, non è del tutto nuovo. Infatti, anche in precedenza, la Corte aveva avuto modo di precisare che, in assenza del vincolo di coniugio tra gli adottanti, le adozioni internazionali ben potessero operare nei casi particolari nelle speciali circostanze di cui all'art. 25, commi 4 e 5, l. n. 184/1983 e che, al di fuori di tali ipotesi, non potesse invece che operare il principio fondamentale scaturito dall'art. 6, secondo cui l'adozione è consentita soltanto alla

genitorialità in capo a due persone di sesso maschile, Trib. Roma, 27 luglio 2018, n. 9100, *ibid.*, che, pertanto, rettifica l'atto di nascita trascritto in Italia con la cancellazione del cognome del genitore privo del legame biologico con il minore.

42. Il Tribunale di Pisa, con l'ordinanza 15 marzo 2018 (*Foro it.*, 2018, I, 1778, con nota di G. Casaburi), ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che si desume dagli artt. 250 e 449 cc, 29, comma 2, dPR n. 396/2000, 5 e 8 l. n. 40/2004, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciuti come genitori di un minore, con cittadinanza straniera (nella specie, statunitense), due persone dello stesso sesso, quando la filiazione venga stabilita sulla base della legge applicabile ex art. 33 l. n. 218/1995, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 Cost. e, quanto a quest'ultima disposizione, ai parametri interposti degli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989.

43. Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.*, 2018, I, 2717; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *ivi*, 2017, I, 2280 ha stabilito che il giudice può disporre la rettificazione ovvero la sostituzione dell'atto di nascita straniero (nella specie, le due donne, entrambe cittadine francesi, ma una delle due pure con cittadinanza italiana, risultavano coniugate anche per il nostro ordinamento, in quanto il relativo atto di matrimonio era stato in precedenza trascritto in Italia, in forza di provvedimento definitivo) di un minore, già trascritto in Italia, come modificato dall'ufficio di stato civile di quel Paese, con l'indicazione che lo stesso è figlio non solo della donna che lo ha partorito, ma anche di altra, con cui egli non ha legami biologici, ma che è ivi coniugata con la prima, in quanto tale nuova indicazione non contrasta con l'ordine pubblico internazionale, tenuto anche conto dell'esigenza di tutela del superiore interesse del minore contro qualunque discriminazione, anche con riferimento alla coppia genitoriale in cui è inserito (nella specie, la Corte, tenuto conto che il bambino era nato da un progetto di genitorialità condivisa delle due donne, ha cassato la decisione impugnata e, decidendo nel merito, ha disposto la rettificazione richiesta). In termini, nel senso che è riconoscibile in Italia un atto di nascita straniero validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), atteso che non esiste, a livello di principi costituzionali primari, come tali di ordine pubblico e immodificabili dal legislatore ordinario, alcun divieto per le coppie omosessuali di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie eterosessuali, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Nel senso che «negare al minore adottato in Spagna i diritti acquistati con un'adozione piena o limitarli in modo significativo, "declassando" l'adozione piena della *adoptio semiplena* prevista dagli artt. 44 ss. della legge sull'adozione, significa pronunciare un provvedimento che contrasta con il suo "superiore" interesse a conservare uno status attribuitogli dal giudice spagnolo e il corrispondente diritto ad una vita familiare che ha titolo nell'adozione piena», F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena*, op. cit., p. 280.

44. Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Famiglia e dir.*, 2018, p. 837, con nota di M. Dogliotti, *I "due padri" e l'ordine pubblico ... tra sezioni semplici e sezioni unite*; Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.*, 2018, I, 2717.

45. Cass., sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

coppia di coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni e non ai singoli componenti di questa⁴⁶.

Senonché, giova rilevare come, già allora, i giudici di legittimità ebbero a constatare che, al fine di ovviare alla disciplina generale dettata in tema di riconoscimento del provvedimento straniero di adozione, non fosse possibile operare per mezzo dell'art. 36, comma 4⁴⁷, cit., per il riconoscimento in Italia dell'adozione pronunciata all'estero con effetti legittimanti anche a una persona singola, e che l'auspicato intervento del legislatore sulla definizione dei margini dell'adozione in casi particolari e sull'ampliamento degli stessi al fine di rendere ammissibili, nel concorso di particolari circostanze tipizzate dalla legge, l'adozione delle coppie di fatto e dei *single*, costituisse il giusto rimedio anche nei casi in cui lo *status* di figlio fosse stato già riconosciuto all'estero⁴⁸.

7. La proposta di legge di modifica dell'art. 44, l. n. 184/1983

L'evoluzione della comunità familiare e il proliferarsi dei casi di abbandono del minore non consentono ulteriori tempi di attesa e mettono definitivamente in mora il legislatore sul solco già tracciato dall'adozione speciale.

Infatti, in avallo ai principi di diritto internazionale e in conformità di non pochi ordinamenti stranieri⁴⁹, le scelte di compromesso sino a questo momento

messe in atto dal legislatore non si sono rivelate sempre sufficienti per tutelare l'interesse del minore alla salvaguardia del diritto alla conservazione di relazioni stabili e durature con figure genitoriali aggiuntive; e ciò in quanto, benché esistano nel nostro ordinamento forme speciali di adozione, il riconoscimento dello *status filiationis* è tuttora rimesso a una valutazione meramente discrezionale del giudice e non dipende dall'applicazione di regole predeterminate che possano risultare inequivocabili all'interprete in presenza di condizioni indicate *ex lege*.

I casi di abbandono sempre più frequenti e la scarsa efficienza, sovente riscontrata, dei centri di accoglienza e/o delle case-famiglia a cui il minore è affidato, inducono a considerare in chiave assolutamente positiva l'adozione da parte di persone singole anche al di fuori delle ipotesi sporadicamente previste dalle disposizioni speciali.

Di tali esigenze si fa carico il Parlamento, che il 4 aprile 2018 ha presentato una proposta di legge (n. 468 – d'iniziativa della deputata Laura Ravetto), a modifica dell'art. 44 l. n. 184/1983, con l'intento di ampliare la platea dei possibili adottanti in relazione ai casi di adozione speciale.

Secondo la relazione parlamentare, per un verso, l'art. 6, nell'indicare i requisiti necessari per adottare un minore, contempla l'esistenza di un vincolo matrimoniale stabile che perduri da almeno tre anni; per altro verso – come più volte ricordato – l'art. 44, pur contemplando già l'adozione per le persone non co-

46. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit., che aveva coinvolto due madri e ove, per ovvie ragioni, non poteva paventarsi il rischio dell'utero in affitto.

47. Peraltro, nel senso che non contrasta con i principi espressi dalla Convenzione dell'Aia, nonché con l'ordine pubblico internazionale e con l'interesse dei minori – sicché può riconoscersene l'efficacia in Italia, ai sensi dell'art. 36, comma 4 – l'adozione piena di due minori, disposta da provvedimenti stranieri (nella specie, inglesi), da parte di una coppia di cittadini italiani dello stesso sesso, coniugati secondo la legge locale ed ivi residenti, Cass., 18 marzo 2006, n. 6078, in *Foro it.*, 2006, I, 1726. In questa medesima direzione, ha potuto riconoscere piena efficacia al provvedimento straniero senza limitare l'adozione disposta all'estero agli effetti contemplati nell'adozione in casi particolari, Trib. Firenze, 8 marzo 2017, *ivi*, 2017, I, 1034; in *Famiglia e dir.*, 2017, p. 559, con nota di S.P. Perrino, *Brevi note sul riconoscimento*, cit.; in *Nuova giur. civ.*, 2017, 996, con nota di V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*; in *Corriere giur.*, 2017, p. 940, con nota di C.E. Tuo, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, e G. Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*; Trib. min. Genova, 8 settembre 2017, in *Famiglia e dir.*, 2018, p. 149, con nota di E. Pesce, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte dei single: una decisione originale*; per il riconoscimento dei solo effetti non legittimanti, vds., invece, Trib. min. Caltanissetta, 18 luglio 2011, in *Dir. famiglia*, 2012, 317.

48. Sulla base della normativa internazionale, il legislatore italiano ben potrebbe ampliare le ipotesi adottive riservate ai *single*; secondo la normativa vigente, è infatti da escludere che una persona *single* possa invocare l'adozione legittimante, potendo ottenere il riconoscimento in Italia del provvedimento di adozione di un minore pronunciato all'estero solo con gli effetti dell'adozione in casi particolari: Cass., 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Famiglia e dir.*, 2011, p. 697, con nota di M.A. Astone, *La deliberazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, nonché *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 29 ss., con nota di F.R. Fantetti, *La Convenzione di Strasburgo e l'adozione di minori in Italia da parte di persone singole*.

49. In buona parte dell'Europa, l'adozione da parte delle persone singole è contemplata dalla legge. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, che in Gran Bretagna l'adozione è consentita alle coppie e ai *single* che abbiano compiuto il ventunesimo anno di età; in Francia, la persona singola ha addirittura una corsia preferenziale rispetto alla coppia, che deve essere sposata almeno da due anni; in Spagna anche le persone singole possono adottare, se maggiori di 25 anni di età; in Germania, sia le coppie non coniugate sia i *single* possono avere accesso all'adozione. Negli Stati Uniti o in Cina, gli stessi requisiti richiesti per le coppie valgono anche per le persone singole (*cf.* la relazione parlamentare alla proposta menzionata nel testo). Per una comparazione con altri ordinamenti europei sul tema specifico, vds. V. Carbone, *Adozione di minori in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 599 ss.

niugate e *single*, limita tale istituto ai casi particolari in cui il minore sia orfano di padre e di madre e si sia instaurato un rapporto stabile e duraturo con l'adottante, ovvero sia orfano di padre e di madre e in condizione di disabilità ai sensi dell'art. 3 l. n. 104/1992, ovvero ancora nell'impossibilità di affidamento preadottivo (su cui vds. *supra*, parr. 4 e 5).

In questo contesto, la proposta mira, in chiave di priorità «per una questione di logica» rispetto all'«adozione da parte delle coppie dello stesso sesso» (gli incisi sono tratti dalla relazione parlamentare), ad allargare le maglie dell'adozione da parte di persona singola, escludendo, qualora sussista un vincolo di parentela fino al sesto grado o di preesistente rapporto stabile e duraturo, il requisito che il minore sia orfano di padre e di madre. Il relativo art. 1 propone di disporre che: all'art. 44, comma 1, lettera a, le parole «quando il minore sia orfano di padre e di madre» siano soppresse.

La proposta, meritevole senza dubbio di attenzione, suscita nell'immediato almeno due ordini di perplessità.

In primo luogo, ad onta del circoscritto obiettivo di ampliare il novero dei legittimati adottanti anche alle persone singole, chiaramente segnalato nella relazione parlamentare, la proposta soppressione dell'inciso «quando il minore sia orfano di padre e di madre», nei termini indicati, non potrà che ricomprendere anche le coppie di fatto etero o *same sex* (o «unioni civili»), purché «unite al minore da vincolo di parentela, fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento». In quest'ottica, la proposta di legge, benché apparentemente inconsapevole e pur necessitando di ulteriori correttivi volti a scongiurare pratiche illegali di maternità surrogata, andrebbe salutata senz'altro con maggiore favore perché legittimerebbe, una volta per tutte, anche la *stepchild adoption* nei casi di coppie etero e omosessuali.

In secondo luogo, la lacuna – forse più grave – è che la menzionata proposta di legge omette di indicare quale debba essere la condizione, di fatto o di diritto, del minore in procinto di essere adottato. Fermo restando quanto già osservato sulla possibilità di prescindere dallo stato di abbandono in tutti i «casi particolari» contemplati dall'art. 44 e la proposta soppressione del limite *sub a*) in capo all'adottando dello *status* di orfano di padre e di madre, occorre stabilire i presupposti per una genitorialità aggiuntiva se, per esempio, il genitore/i biologico/i siano decaduti dalla responsabilità genitoriale ovvero se siano soltanto temporaneamente impossibilitati a esercitarla. Il rischio di sovrapporre ai genitori naturali del minore anche altre figure potrebbe, in altri termini, non corrispondere pienamente al suo preminente interesse⁵⁰.

Non è chi non veda, infine, come i profili coinvolti dal tema d'indagine siano molteplici e in gran parte collegati tra loro.

La vulnerabilità dei valori in gioco è massima e, con ogni probabilità, la riforma auspicata non può orientare l'attenzione del legislatore verso uno soltanto dei profili compromessi dalla indubbia lacunosità del dato positivo vigente, dovendo essa, al contrario, mirare a un'opera di coordinamento volta a tenere conto anche delle altre esigenze che, sino a questo momento, la giurisprudenza ha manifestato sollecitando più volte un'opera di ristrutturazione delle forme di adozione speciale.

Tutto ciò tenendo conto, infine, che, per gli operatori del settore, il punto dal quale siamo partiti non può che operare altresì quale obiettivo da perseguire: si è da più parti esclusa l'opportunità di configurare necessariamente un diritto dell'individuo ad adottare⁵¹ o ad avere figli⁵², ma si è altresì ammesso che si possa più realisticamente configurare un interesse giuridicamente rilevante ad adottare, e che tale interesse possa «essere soddisfatto solo se e in quanto sia adeguatamente realizzato il diritto del minore ad essere adottato»⁵³.

50. Trib. min. Torino, 11 settembre 2015, cit.

51. *Ex multis*, Corte Edu, 19 febbraio 2013, n. 19010, *X c. Austria*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 712, con nota di A. Mascia, *Adozione co-genitoriale per una coppia omosessuale*; Corte Edu, 26 febbraio 2002, n. 36515, *Frette c. Francia*, in *Famiglia*, 2003, p. 521, con nota di E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*; A. Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, op. cit., pp. 722 ss.

52. E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare*, op. cit., 237 ss.

53. C.M. Bianca, audizione alla Commissione giustizia della Camera dei deputati, 23 maggio 2016, nel corso dell'indagine conoscitiva diretta a verificare lo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni e affido.

Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?

di *Alessandro Taurino*

Se, da un lato, l'attribuzione di un carattere "naturale" ai fatti sociali è insita nei processi culturali, questi ultimi contemplano anche il superamento di visioni prototipiche che portano a negare la diversità come valore in sé. In questo senso – e con l'avallo positivo della ricerca scientifica –, un approccio pluralista riconosce e tutela le "nuove" famiglie, l'attitudine alla genitorialità e la dignità degli affetti non come "essenze", ma come esperienze che risultano dalla qualità delle relazioni e dalla dignità dei loro protagonisti.

1. Famiglie omosessuali come "nuove" famiglie? / 2. Famiglie omosessuali dal punto di vista dei genitori. Quale lettura? / 3. I/le figli/e dei nuclei omoparentali. Cosa dice la ricerca psicologica? / 4. Omogenitorialità: *position statement* a livello mondiale. Quali pronunciamenti? / 5. Famiglie e genitorialità omosessuali. Quali conclusioni?

1. Famiglie omosessuali come "nuove" famiglie?

È tuttora in uso utilizzare come qualificazione per designare le famiglie *same-sex* il riferimento all'aggettivo "nuovo". Si parla di *nuove* famiglie e *nuove* configurazioni genitoriali. Dal punto di visto simbolico, il rimando a tale termine si fonda indirettamente sull'assunzione di sistemi di significato che implicano criteri di categorizzazione tesi a inglobare la rappresentazione dell'oggetto famiglia/genitorialità entro codici normativi e di giudizio implicitamente dati. Cosa si intende, infatti, per "nuovo"? Nuovo rispetto a che cosa? Qual è l'oggetto della comparazione? Quale la norma *standard*? Se ci si riferisce al termine "nuovo" nell'accezione estesa (recuperabile in vari dizionari della lingua italiana) di "singolare", "insolito", "originale", "inatteso", "strano", "inusitato", "inedito", "straordinario", appare alquanto evidente che è come se utilizzassimo tale aggettivo come contrario di "normale", "tradizionale", "classico", "usuale", "atteso", "regolare" e, quindi, "legittimo". Su questo piano semantico appare, pertanto, evidente la subliminale applicazione di un pensiero dicotomico che,

nella contrapposizione tra il "nuovo" così inteso e il vecchio posto come termine di paragone, lascia intravedere in ciò che si discosta da un supposto idealtipo standardizzato, universale e generalizzato, la matrice generativa di elementi di disordine, sovvertimento e decostruzione dello *status quo*.

Può essere ancora questo l'approccio che deve orientare l'analisi delle odierne morfologie familiari e genitoriali? È oramai ineludibile la considerazione che la famiglia non può più essere considerata un concetto monolitico da definire al singolare, quanto, più che altro, un costrutto complesso, che implica il richiamo a declinazioni plurali, proprio in relazione alla registrazione delle diverse forme che attualmente hanno assunto i sistemi di organizzazione dei rapporti primari. È, pertanto, auspicabile, a livello metodologico, acquisire paradigmi inclusivi che non tendano più a interpretare come *nuove* e quindi "devianti" (rispetto a un'ipotetica norma base) quelle realtà familiari che non rispondano a un univoco modello di famiglia ontologicamente definita "per natura".

Parlare ancora di "famiglia naturale" attribuendo alle "nuove" famiglie una connotazione di "con-

figurazione contro natura”¹ implica un orientamento interpretativo che assume la *natura/naturalità* come assioma, ossia come un principio postulato come vero, in quanto ritenuto di per sé evidente, senza alcuna problematizzazione rispetto alla sua applicazione alla realtà in atto. Sarebbe, al contrario, interessante sviluppare il rapporto tra *natura* e *famiglia*, acquisendo come cardine della discussione l’attribuzione di rilevanza alle dimensioni sociali e culturali in cui i fenomeni naturali trovano la loro produzione, attuazione ed espressione. Il riferimento è alla differenza che è doveroso fare, in termini discorsivi, tra *natura/naturalità* – ossia l’insieme di dati immediati, fisici, sensibili, appartenenti a istanze ritenute scontate e ovvie – e *naturalizzazione* – ossia la trascrizione socio-culturale dei dati immediati, fisici e sensibili stessi entro un ambito di attribuzione di significati prodotti da una determinata cultura o ideologia. Come scrive Chiara Saraceno (2012), citando Durkheim: «Il potere dei fatti sociali è tale che essi sono così consolidati da far sì che noi li assumiamo come naturali. Ce li aspettiamo così e non pensiamo che possano essere in altro modo. Il fatto che queste costruzioni sociali determinino delle aspettative non significa che diventino più naturali. L’ovvietà non significa naturalità. Perché è un’ovvietà che comunque ha una sua origine storica contestualizzata»².

Assumere questa prospettiva discorsiva implica la sospensione di quel processo che tende a tracciare una correlazione tra forme familiari e genitoriali “nuove” in quanto “non tradizionali” e disfunzionalità, respingendo nell’area dell’anormalità, della patologia o della marginalità tutte quelle strutture che si discostano da un supposto prototipo universale, sino alla negazione stessa del diritto di esistenza, come ad esempio avviene, nel contesto italiano, per le famiglie omosessuali. Espressione, quella di *famiglia omosessuale*, peraltro impropria rispetto alla capacità performativa del nostro discorso sociale, che vede ancora la famiglia come solo ed esclusivamente riferita/riferibile alla coniugalità eterosessuale e alla generatività biologica. Si pensi, a questo proposito, non solo alla negazione di statuto familiare ai nuclei a fondazione omosessuale, ma anche e soprattutto al non riconoscimento giuridico, in essi, del genitore non biologico.

Come ampiamente dimostrato dagli studi di matrice antropologica, sociologica, giuridica e psicologica, la famiglia, lungi dall’imporsi come un’entità naturale, si configura come un’istituzione in continuo divenire, in stretta relazione con le processualità socio-culturali in cui è inserita, ovvero come un prodotto socio-culturale e storicamente definito, sottoposto a continui processi di modificazione delle sue possibili strutturazioni esterne e interne. Su questo piano della riflessione, è possibile rilevare che «non vi è nulla di meno naturale della famiglia. Famiglia e coppia sono tra le istituzioni sociali più oggetto di regolazione che ci siano. È la società che di volta in volta definisce quali dei rapporti di coppia e di generazione siano legittimi e riconosciuti come famiglia, e quindi abbiano rilevanza sociale e giuridica»³.

L’esito di tali argomentazioni è, pertanto, la considerazione che la famiglia nucleare eterosessuale è una delle tante forme possibili di organizzazione dei rapporti primari nel nostro contesto socio-culturale, ma di certo non l’unica. Si consente, in tal modo, l’accesso alla legittimazione di modelli familiari e genitoriali che devono essere visti nella loro specificità e peculiarità. Esistono oggi famiglie differenti per struttura, per modalità di articolazione dei processi relazionali interni, per organizzazione delle dinamiche di gestione dei compiti di sviluppo dei singoli componenti e di tutto il sistema, per capacità di attuazione di strategie di *coping* o resilienza rispetto alle sfide poste dalla contemporaneità⁴. Ogni sistema familiare e genitoriale ha un proprio statuto di realtà ed esistenza nel *continuum* delle variegate configurazioni note (famiglie nucleari, estese, multiple, intatte, separate, ricomposte e ricostituite, famiglie di fatto, monogenitoriali, omologhe o miste dal punto di viste etnico, eterosessuali, omosessuali, etc.).

La differenza tra forme familiari/genitoriali non deve presupporre logiche di contrapposizione e reciproca esclusione, ma possibili dinamiche di integrazione e attuabile convivenza, sulla base della reificazione di una *cultura delle differenze* che guardi alla pluralità come valore, ricchezza, opportunità, e non come minaccia, disordine, crisi. Tale orientamento pone le premesse non solo per depatologizzare i contesti genitoriali differenti da quelli tradizionali, ma

1. F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

2. C. Saraceno, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 12.

3. C. Saraceno, *op. cit.*, p. 15.

4. L. Fruggeri, *La famiglia nella ricerca e nell’attualità sociale: tematiche emergenti e nuovi modelli d’analisi*, in P. Bastianoni e L. Fruggeri, *Processi di sviluppo e relazioni familiari*, Unicopli, Milano, 2005, pp. 109-126; L. Fruggeri, *Il caleidoscopio delle famiglie contemporanee. La pluralità come principio metodologico*, in P. Bastianoni e A. Taurino (a cura di), *Famiglie e genitorialità oggi. Nuovi significati e prospettive*, Unicopli, Milano, 2007, pp. 41-67.

soprattutto per individuare i punti di forza, le specifiche modalità di esercizio delle funzioni genitoriali che in essi prendono forma. All'interno di questa prospettiva, la famiglia e la genitorialità omosessuale rappresentano, rispettivamente, una delle possibili composizioni del sistema familiare e una delle possibili espressioni della genitorialità, al pari di tutte le altre, inclusa quella basata sulla consequenzialità tra coniugalità, eterosessualità dei *partner*, matrimonio, generatività.

Un ulteriore elemento sui cui è doveroso fermare l'attenzione è la considerazione che l'individuazione delle sovrastrutture attraverso cui è stato costruito l'ideal-tipo di famiglia naturale porta ad aprire uno spazio di interrogazione sulle radici concettuali dell'"oggetto famiglia". Quali sono gli elementi fondativi e costitutivi della famiglia, una volta riconosciuto che la struttura, la configurazione sono dimensioni socialmente costruite, esiti di dispositivi culturali, e non elementi primari e strutturanti? Ciò che definisce la famiglia è il sistema delle relazioni, il mondo degli affetti, la comunità dei legami. Sono queste le dimensioni che tagliano trasversalmente tutte le configurazioni esistenti.

La famiglia funzionale è quella in cui le relazioni offrono sicurezza, cura, contenimento, protezione, sostegno, supporto, adeguati processi educativi e di sviluppo. Quella in cui i legami implicano reciprocità, soddisfazione di bisogni, responsabilità, sensibilità, sintonizzazione affettiva, sforzo nella mediazione e ricomposizione di inevitabili conflitti, compenetrazione di vissuti, condivisione, co-costruzione di efficaci processi di sviluppo e crescita. Quella in cui gli affetti sono positivi e amplificano gli effetti dell'amore e della cura. Sono questi gli elementi in grado di definire se una famiglia sia composta da genitori competenti o incompetenti, se sia un sistema relazionale efficace o patologico. Questo sposta completamente l'asse dei significati. Oggi non dovremmo più chiederci quali sia la forma di famiglia che deve essere assunta a icona o prototipo del costrutto universale di "famiglia", ma, proprio a partire dalla pluralità dei modelli e contesti familiari e genitoriali esistenti, focalizzare l'attenzione sulle modalità attraverso le quali, in ogni tipologia di famiglia, si possono attualizzare e articolare, in modo assolutamente efficace e funzionale, quelle processualità relazionali che definiscono l'adeguatezza dell'esercizio delle competenze e delle funzioni genitoriali.

2. Famiglie omosessuali dal punto di vista dei genitori. Quale lettura?

Una volta chiariti gli ancoraggi metodologici e concettuali per la legittimazione della famiglia/genitorialità omosessuale, un imprescindibile interrogativo da cui partire per approfondire la riflessione secondo un approccio psicologico che guardi ai singoli componenti del nucleo omoparentale (i genitori da un lato, i/le figli/e dall'altro) potrebbe essere il seguente: *gay* e lesbiche possono essere buoni genitori?

Rispondere in modo diretto a tale quesito, senza chiarirne gli elementi sottostanti, espone al rischio di non riuscire a disvelare le distorsioni del pensiero che portano alla sua formulazione. Effettuando un'analisi dei correlati impliciti che sono alla base di tale domanda, è possibile rilevare che chiedersi se *gay* e lesbiche possano esercitare la genitorialità in modo valido e competente vuol dire, in realtà, domandarsi se le persone omosessuali possano svolgere tale funzione al pari degli/delle eterosessuali. Si collude, in tal modo, con l'idea che la genitorialità sia un costrutto strettamente connesso all'eterosessualità. Non ci si chiede mai, infatti, se gli/le eterosessuali possano essere o meno dei buoni genitori, o meglio, se l'orientamento eterosessuale possa esercitare in qualche modo un'influenza negativa sulle competenze genitoriali. L'implicito è che, in termini interpretativi, debba essere esplorato il nesso tra genitorialità e omosessualità. Ma qual è la relazione tra l'esercizio della funzione genitoriale e l'orientamento omosessuale? Esiste tale relazione? E, se esiste, può essere in grado di spiegare la reciproca influenza di tali costrutti? Il punto su cui si intende centrare la discussione è che non si possa semplicemente dare una risposta alla domanda relativa alle competenze omogenitoriali, ma che sia necessario chiarire, a livello preliminare, quali siano i criteri fondativi o caratterizzanti una buona o cattiva genitorialità, per vedere successivamente se tali criteri possano esplicitare, in termini di costrutto, in che modo l'orientamento sessuale (omo o anche etero) possa incidere o non incidere o sull'esercizio delle competenze genitoriali.

Entrando nel merito di tale analisi, è possibile rilevare che a definire la genitorialità, oltre alla funzione della cura, è tutto un sistema di competenze costituito da diverse sotto-funzioni⁵. Tali sotto-funzioni sono strettamente collegate, come afferma Graziella Fava Vizziello (2003)⁶, sintetizzando i contributi più

5. A. Taurino, *Famiglia e destrutturazione dei tradizionali ruoli di genere. La genitorialità omosessuale all'interno di una lettura decostruttiva in chiave ecologico-sistemica*, in P. Bastianoni e A. Taurino, *op. cit.*, 2007, pp. 89-116.

6. G. Fava Vizziello, *Manuale di psicopatologia dello sviluppo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

rilevanti in letteratura, alle capacità dell'individuo di: a) garantire le funzioni di base (nutrimento, accudimento, protezione dai pericoli), assicurando *in itinere* presenza, sostegno emotivo-affettivo, educazione e supporto nei processi di sviluppo; b) entrare in risonanza e sintonizzazione affettiva con l'altro/a, garantendo la regolazione delle emozioni; c) dare dei limiti, una struttura di riferimento, attraverso norme, regole e *routine* strutturanti; d) consentire al figlio/a l'interiorizzazione di positivi modelli operativi interni di sé, dell'altro e delle relazioni; e) garantire una funzione transgenerazionale, ossia la capacità di far sentire l'altro/a ancorato a una radice relazionale fatta di storie e narrazioni condivise e da condividere.

Sulla base di tali aspetti, secondo quali presupposti si può asserire che un soggetto omosessuale possa essere un individuo incapace di garantire protezione, affetto, cura e sicurezza, etc.? Quali sono le variabili in grado di chiarire in modo inequivocabile che un soggetto eterosessuale è, per definizione, in grado di agire in modo adeguato la protezione, l'affetto, la cura e la sicurezza, etc., sulla scorta di caratteristiche innate e naturali? Secondo quali principi è possibile affermare che un individuo eterosessuale sia inconfutabilmente capace di esercitare la funzione di *format*, di normatività, di garanzia di regolazione, di sostegno/supporto alla costruzione di schemi mentali ed emotivo-affettivi efficaci e idonei per l'altro/a? Quali sono gli elementi che riescono a esplicitare l'impossibilità dell'esercizio di tali funzioni da parte di padri *gay* o madri lesbiche?

Non ci sono, in realtà, presupposti teorico-concettuali, al di là di visioni preconcepite, sulla base dei quali è possibile asserire che un soggetto con orientamento omosessuale sia un individuo incapace di esercitare la funzione genitoriale. In modo ancora più incisivo è possibile rilevare, allo stesso modo, che non ci sono variabili in grado di chiarire, in modo inequivocabile, che un soggetto eterosessuale è "di *default*" competente rispetto a tale funzione. I casi di maltrattamento e abuso presenti in famiglie nucleari con genitori eterosessuali dimostrano, ad esempio, che l'eterosessualità non sia garanzia di adeguata genitorialità, sottolineando, inoltre, che la grave disfunzionalità di tali famiglie sia da collegare a complessi fattori di rischio interagenti tra loro e non all'orientamento sessuale dei genitori. Ne consegue che la variabile *orientamento sessuale* è completamente autonoma e indipendente rispetto all'esercizio (funzionale o disfunzionale) delle capacità insite nel costrutto di *genitorialità* (sia eterosessuale, sia omosessuale).

Se, inoltre, per puro esercizio del pensiero, si volesse ammettere che l'orientamento sessuale incida sul sistema psicologico individuale che sottende l'esercizio della funzione genitoriale, rimarrebbe tuttavia da dimostrare in che modo sussista la supposta

correlazione tra eterosessualità e funzionalità, così come tra omosessualità e disfunzionalità, prescindendo da posizioni cariche di pregiudizio che tendono a considerare l'omosessualità stessa non come uno degli orientamenti sessuali possibili, come riconosciuto e sancito dall'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), quanto più che altro come una condizione patologica, disfunzionale, malata e perversa. Concezione, quest'ultima, dichiarata assolutamente erronea e inconsistente dalle maggiori associazioni mondiali che si occupano di salute mentale.

L'opposizione all'omogenitorialità cela, in realtà, un atteggiamento di ostilità e rifiuto nei confronti dell'omosessualità, sulla base del riferimento a uno specifico modello culturale che individua nell'eterosessualità l'unico modo legittimo e convenzionalmente accettato di espressione dell'orientamento sessuale (eteronormatività). Far saltare il paradigma eteronormativo vuol dire individuarne la radice ideologico-culturale, destrutturando i fondamenti di quel dispositivo di regolazione socio-simbolica che detta le regole per la continua esclusione di ciò che non si conforma al campo delle aspettative sociali e culturali legate alla sessualità e alle sue molteplici dimensioni. Decostruire tale dispositivo vuol dire minare alla base le radici dell'omofobia istituzionalizzata, ossia quel sistema di credenze, rappresentazioni, atteggiamenti, comportamenti, azioni anti-omosessuali che sono il chiaro riflesso di quel complesso di pregiudizi che si esprimono attraverso la reificazione di atti violenti e prassi discriminatorie nei confronti di *gay* e lesbiche e dei/delle propri/e figli/figlie.

È utile ribadire che l'obiettivo delle argomentazioni proposte non è, perciò, quello di assicurare sul fatto che un soggetto omosessuale possa esercitare in modo adeguato la funzione genitoriale. Tale rassicurazione non ha motivo di esistere poiché risulterebbe fondata su un criterio di giudizio sbagliato in partenza, che non tiene conto del fatto che il codice ermeneutico di fondo, come già evidenziato, è l'assoluta indipendenza della variabile "orientamento sessuale" dalla funzione genitoriale e dal suo esercizio. Ciò che si intende affermare è che esistono adeguati genitori eterosessuali, così come adeguati genitori omosessuali e, allo stesso modo, pessimi genitori eterosessuali e pessimi genitori omosessuali, dal momento che l'orientamento sessuale non è una variabile da considerare nel momento in cui si pone la questione della valutazione delle competenze genitoriali (sia eterosessuali sia omosessuali).

Non vi sono, quindi, teorizzazioni valide, dal punto di vista metodologico ed epistemologico, in grado di supportare la supposta disfunzionalità della genitorialità omosessuale e non bisogna, nel contempo, trascurare la mole di evidenze empiriche che, come a breve avremo modo di approfondire, mostra chia-

ramente come l'orientamento sessuale dei genitori omosessuali non eserciti alcuna influenza negativa sui processi di sviluppo di figli e figlie.

3. I/le figli/e dei nuclei omoparentali. Cosa dice la ricerca psicologica?

Come stanno i/le bambini/e che vivono con genitori omosessuali? Che cosa dice la ricerca empirica sulla genitorialità *gay* e lesbica e sul rapporto tra genitorialità omosessuale e processi evolutivi dei bambini e delle bambine cresciuti/e in famiglie omoparentali?

Per rispondere a tale domanda è necessario fare riferimento agli esiti di una corposa mole di ricerche di matrice psicologica, che hanno ampiamente e rigorosamente esplorato tale specifica area di indagine.

I primissimi studi sull'omogenitorialità risalgono agli anni settanta e, nel corso del tempo, le domande di ricerca si sono modificate in relazione ai cambiamenti che sono intervenuti a livello sociale e culturale, ma anche in rapporto alla specializzazione dei domini di interesse speculativo. A partire dalle istanze portate dall'incremento significativo del numero dei nuclei omogenitoriali a livello internazionale, la ricerca psicologica ha, infatti, avviato percorsi di esplorazione del fenomeno sempre più raffinati, in modo da verificare la realtà e le dinamiche interne delle strutture familiari omosessuali, secondo diversi livelli di indagine. In questa sede, non si intende presentare un resoconto analitico e dettagliato delle varie rassegne o meta-analisi presenti in letteratura, dal momento che i risultati sono, per la maggior parte, del tutto sovrapponibili. Si intende invece cercare di rispondere, attraverso il riferimento ai dati di ricerca presenti nella letteratura scientifica, a tutte quelle serie di opposizioni che rimanderebbero a presunte cri-

ticità inerenti alle famiglie omogenitoriali. Su questo piano del discorso, la prima area su cui si cercherà di fare chiarezza è quella inerente alla convinzione che i processi di sviluppo di bambini/e che crescono in nuclei omogenitoriali sarebbero compromessi a causa della disfunzionalità delle loro famiglie, considerate "anomale", non convenzionali, in cui mancherebbe la naturale differenza dei sessi come supposto criterio di svolgimento di adeguate competenze/funzioni genitoriali, rispettivamente paterne e materne.

Gli studi che hanno inteso indagare, a livello comparativo, nuclei familiari con genitori omosessuali ed eterosessuali dimostrano che l'orientamento sessuale dei genitori (e, quindi, la specifica configurazione strutturale della famiglia) non ha alcuna ricaduta disfunzionale sui/sulle figli/e e sul loro percorso evolutivo. I risultati delle ricerche condotte evidenziano che i/le bambini/e cresciuti/e in famiglie omosessuali siano del tutto comparabili, in termini di sviluppo, ai/alle figli/e di coppie eterosessuali, senza alcun aspetto di disfunzionalità o compromissione dei processi di crescita. Non si sono riscontrate differenze statisticamente significative tra bambini/e cresciuti/e in nuclei eterosessuali e omosessuali, rispetto a costrutti quali autostima, benessere psicologico, benessere fisico e mentale, presenza di sintomatologie psicologiche/psichiatriche, adattamento personale, sociale e familiare, adattamento scolastico, assunzione di condotte o comportamenti devianti⁷. La conclusione è che l'adattamento socio-psico-relazionale infantile dipende dalla qualità delle relazioni e dal funzionamento familiare, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei genitori.

Le indagini svolte nel corso di più di quarant'anni non consentono, inoltre, di riscontrare differenze significative rispetto ai comportamenti di genere, alle preferenze e ai comportamenti sessuali, all'orientamento sessuale di bambini/e cresciuti/e da genitori

7. Senza fare riferimento ai singoli studi, si rimanda ai seguenti volumi o articoli di rassegna della letteratura: A. Taurino, *Due papà, due mamme. Sfatate i pregiudizi*, La meridiana, Molifetta, 2016; F. Ferrari, *La famiglia inattesa. Genitori omosessuali e loro figli*, Mimesis, Milano, 2015; R. Baiocco - N. Carone - S. Ioverno - V. Lingiardi, *Same-Sex and Different-Sex Parent Families in Italy: Is Parents' Sexual Orientation Associated with Child Health Outcomes and Parental Dimensions?*, in *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, vol. 39, n. 7/2018, pp. 555-563; R. Baiocco - F. Santamaria - S. Ioverno - C. Petracca - P. Biondi - F. Laghi - S. Mazzoni, *Famiglie composte da genitori gay e lesbiche e famiglie composte da genitori eterosessuali: benessere dei bambini, impegno nella relazione e soddisfazione diadica*, in *Infanzia e adolescenza*, vol. 12, n. 2/2013, pp. 99-112; R. Baiocco - N. Carone - V. Lingiardi, *La famiglia da concepire. Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017; V. Lingiardi - R. Baiocco - N. Carone, *Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche*. In F. Corbisiero e R. Parisi (a cura di), *Famiglia, omosessualità, genitorialità. Nuovi alfabeti di un rapporto possibile*, Piemme, Velletri, 2016, pp. 77-83; C. Cavina e D. Danna (a cura di), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Franco Angeli, Milano, 2015.

Per le più importanti rassegne della letteratura straniera: C.J. Patterson, *Lesbian and gay parenting: Summary of research findings*, American Psychological Association, Washington DC, 2005; C.J. Patterson, *Children of lesbian and gay parents. Current Directions*, in *Psychological Science*, vol. 15, n. 5/2006, pp. 241-244; C.J. Patterson e J.L. Wainright, *Adolescents with same-sex parents: Findings from the National Longitudinal Study of Adolescent Health*, in D. Brodzinsky - A. Pertman - D. Kunz (a cura di), *Lesbian and gay adoption: A new American reality*, Oxford University Press, New York, 2007; C.J. Patterson e C.J. Telingator, *Children and Adolescents of Lesbian and Gay Parents. Clinical Perspectives*, in *Journal of American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, vol. 47, n. 12/2008, pp. 1364-1368.

omosessuali. Più nello specifico, non è stata riscontrata in alcun modo l'influenza, in senso disfunzionale, dell'omosessualità dei genitori stessi sull'identità di genere e sull'identità di ruolo di genere dei/delle figli/e. Differenti indagini hanno infatti evidenziato che, relativamente all'identità di genere, i/le figli/e di persone omosessuali hanno uno sviluppo considerato regolare, riportando un buon grado di soddisfazione per la propria identità sessuale e, comunque, senza differenze significative rispetto a quanto accade per i/le figli/e di genitori eterosessuali⁸.

Anche rispetto alla variabile "ruolo sessuale" e *gender expression*, emerge che i/le figli/e di *gay* e lesbiche adottano ruoli sessualmente connotati che non si configurano come differenti rispetto a quelli assunti da figli/e di persone eterosessuali⁹. Tuttavia, su questo piano del discorso, è possibile rilevare che l'orientamento sessuale dei genitori non è del tutto ininfluenza: i/le figli/e di genitori omosessuali manifestano una predisposizione al superamento degli stereotipi sessuali e di genere nei comportamenti di ruolo fortemente tipizzati in senso tradizionale. Questo dato, più che essere inteso come segno/sintomo di una confusione nell'identità di genere o una disfunzionalità nell'ambito dell'identità sessualmente connotata, deve essere, invece, interpretato come capacità di acquisire una maggiore flessibilità comportamentale inerente all'identità di genere. Tale capacità è fortemente legata al benessere individuale, dal momento che l'interiorizzazione di atteggiamenti socialmente (e non naturalmente o biologicamente) riferiti al maschile o al femminile, in modo non congruente al sesso biologico, implica il superamento della coercizione ad aderire a rigide prescrizioni stereotipiche presenti in pratiche educative e di socializzazione basate sulla riproposizione di tradizionali visioni legate alle differenze di genere; prescrizioni che, il più delle volte, sono causa di malessere anche per uomini e donne eterosessuali. Su questo piano del discorso, i/le figli/e di genitori omosessuali rispetto ai/alle bambini/e di coppie eterosessuali, appaiono più liberi e percepiscono meno pressioni rispetto alle tradizionali *gender based norms*, ossia le norme di genere; questo perché vivono in un contesto relazionale caratterizzato da maggiore apertura e meno esposto agli effetti negativi della pressione a prescrizioni comportamentali fortemente ancorate agli stereotipi sessuali e di genere. Questo aspetto può essere legato a un

processo che potremmo definire di *trasmissione intergenerazionale dei sistemi di credenza stereotipici*: genitori che condividono maggiormente gli stereotipi di genere li trasmettono in misura maggiore ai/alle propri/e figli/e; genitori, invece, più flessibili rispetto alle questioni di genere e di orientamento sessuale (come i genitori omosessuali potrebbero essere), trasmettono modelli comportamentali e identitari meno stereotipati, favorendo peraltro una maggiore apertura mentale nei confronti delle differenze¹⁰.

Dalle ricerche si evince che la percentuale di figli/e cresciuti/e con genitori omosessuali e che si identificano, rispettivamente, come *gay* o lesbiche nella tarda adolescenza è del tutto comparabile a quelle dei figli/e di genitori eterosessuali. A questo punto del discorso, è doveroso fare una precisazione, affinché la restituzione di tale risultato non si traduca, di fatto, in una trappola discorsiva che ricalchi pregiudizi omofobici. Affermare che non esiste una correlazione tra orientamento sessuale dei genitori e orientamento sessuale dei/delle figli/e non vuol dire assolutamente mettere in campo un atteggiamento di rassicurazione rispetto all'esito della genitorialità omosessuale relativamente all'orientamento sessuale stesso di questi ultimi; ossia non vuol dire rassicurare sul fatto che i figli/le figlie di genitori omosessuali non siano a loro volta omosessuali. Affermare questo sarebbe come colludere con l'idea che l'omosessualità sia una disfunzione e che la genitorialità omosessuale non produca effetti disfunzionali. Il risultato in oggetto consente di rilevare solo ed esclusivamente l'autonomia tra orientamento sessuale dei genitori e orientamento dei/delle figli/e, dal momento che anche i/le figli/e di eterosessuali possono essere omosessuali e i/le figli/e di omosessuali possono essere eterosessuali. L'unica conclusione a cui è possibile addivenire è che l'orientamento sessuale dei genitori non è, in alcun modo, predittivo dell'orientamento sessuale dei/delle figli/e e non esercita su di esso alcuna influenza. Qualora, infatti, le ricerche avessero restituito un dato contrario (ossia una sorta di equivalenza tra omosessualità dei genitori e omosessualità dei/delle figli/e), di certo questo non avrebbe autorizzato a interpretare il dato stesso come un effetto disfunzionale dell'omoparentalità. Vi è da aggiungere, infine, che riflettere sul nesso causale tra omosessualità dei genitori e omosessualità dei/delle figli/e farebbe ricadere nell'errore categoriale di voler individuare

8. T.J. Blibar e J. Stacey, *How does the gender of parents matter?*, in *Journal of Marriage and Family*, vol. 72, n. 1/2010, pp. 3-22; C.J. Patterson, *op. cit.*, 2005.

9. Cfr. la rassegna della letteratura in A. Taurino, *op. cit.*, 2016.

10. H.M. Bos e T.H. Sandfort, *Children's gender identity in lesbian and heterosexual two-parent families*, in *Sex Roles*, vol. 62, nn. 1-2/2010, pp. 114-126.

una causa dell'omosessualità. Questo atteggiamento, ancora una volta, risponderebbe a una distorsione del pensiero, dal momento che l'omosessualità è una variante normale e naturale del comportamento sessuale umano, rispetto alla quale non è necessario applicare paradigmi di tipo eziologico (ossia centrati sulla ricerca di cause), i quali celano in realtà, il più delle volte, intenti eziopatologici (ossia una tendenza a rilevare le cause dell'omosessualità stessa, considerata alla stregua di una patologia).

È utile, pertanto, ribadire che, per i bambini e le bambine che vivono in nuclei omogenitoriali, non sono tanto le dinamiche o la struttura familiare, quanto più che altro la stigmatizzazione, il pregiudizio e la discriminazione a esercitare un'influenza fortemente negativa. Un importante "effetto-cuscinetto" rispetto agli esiti disadattivi a livello soggettivo e intersoggettivo dello stigma omofobico è rappresentato dal grado di coesione familiare, dalla qualità del rapporto genitori-figli/e, dal grado di benessere psicologico dei genitori e dalla capacità del sistema familiare nel complesso di funzionare come contesto protettivo, in grado di contrastare l'impatto degli eventi negativi di vita dovuti alla discriminazione e al pregiudizio omofobico percepito e vissuto, attivando significativi processi di resilienza individuale e familiare al tempo stesso.

4. Omogenitorialità: *position statement* a livello mondiale. Quali pronunciamenti?

Sulla base della ricerche scientifiche condotte, importantissime associazioni internazionali, scientifiche e professionali hanno espresso la loro autorevole posizione in tema di omogenitorialità.

Nel 2006, l'*American Academy of Pediatrics* (AAP) ha dichiarato quanto segue: «I risultati delle ricerche dimostrano che bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso si sviluppano come quelli cresciuti da genitori eterosessuali. Più di venticinque anni di ricerche documentano che non c'è una relazione tra l'orientamento sessuale dei genitori e qualsiasi tipo di misura dell'adattamento emotivo, psicosociale e comportamentale del bambino. Questi dati dimostrano che un bambino che cresce in una famiglia con uno o due genitori *gay* non corre alcun rischio specifico. Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori».

Sempre l'AAP, nel 2013, attraverso il *policy statement* «*Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian*», ha focalizzato l'attenzione sull'importante tema del rapporto tra benessere dei bambini e riconoscimento legale dell'unione fa-

miliare. Nello specifico, partendo dal presupposto che la famiglia è sempre stata l'unità sociale di base in cui i bambini crescono e si sviluppano attraverso relazioni supportive e di cura con adulti competenti, l'associazione sottolinea il carattere multiforme degli attuali sistemi familiari ed evidenzia il fatto che l'orientamento sessuale dei genitori non esercita alcuna influenza, dal momento che i/le bambini/e, per il raggiungimento di un ottimale sviluppo socio-emozionale e cognitivo, hanno bisogno di relazioni sicure e durature con adulti coinvolti emotivamente, competenti e capaci di dare cure, a prescindere dal loro orientamento sessuale. Nel documento si attribuisce grande importanza al fatto che è nell'interesse del bambino che le istituzioni giuridiche e sociali riconoscano l'unione matrimoniale dei genitori, a prescindere dal loro orientamento sessuale; così come la possibilità che un bambino possa essere adottato da genitori amorevoli, senza distinzioni o discriminazioni rispetto all'orientamento sessuale degli stessi. Ne deriva, nella conclusione, un appello affinché le politiche pubbliche sostengano tutti i genitori, indipendentemente dall'orientamento sessuale e da altre caratteristiche, a costruire e mantenere forti, stabili e sane le famiglie che sono in grado di soddisfare le esigenze dei loro figli, ribadendo l'importanza del riconoscimento del principio di uguaglianza nell'accesso all'istituto del matrimonio e dell'adozione per le persone omosessuali.

Su questo stesso tema, nel 2004, si è espressa anche l'*American Psychological Association* (APA), dichiarando di opporsi a qualsiasi discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia omogenitorialità. Nel suo *position statement*, l'APA ritiene che i bambini cresciuti da una coppia di genitori dello stesso sesso debbano beneficiare dei legami giuridici con ciascun genitore, sostenendo la tutela delle relazioni genitori-figli attraverso la legalizzazione delle adozioni congiunte e delle adozioni di bambini da parte del co-genitore. L'APA si impegna ad assumere un ruolo di *leadership* nel contrastare ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di adozione, custodia dei figli e di visita, affido, e servizi di salute riproduttiva, incoraggiando gli psicologi ad agire per eliminare ogni discriminazione basata sull'orientamento sessuale in tale materia e ribadendo l'impegno a fornire risorse scientifiche e didattiche che informino il dibattito pubblico e lo sviluppo delle politiche pubbliche in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Nel medesimo *position statement* l'APA dichiara, inoltre, quanto segue: «Innanzitutto, l'omosessualità non è un disordine psicologico (Conger, 1975). Sebbene l'esposizione al pregiudizio e alla discriminazione basati sull'orientamento sessuale possano causare *stress* acuti (Mays & Cochran, 2001; Meyer, 2003), non

c'è alcuna prova affidabile che l'orientamento omosessuale possa di per sé compromettere le funzioni psichiche. Inoltre, la convinzione che *gay* e lesbiche non possano essere genitori idonei non ha alcun fondamento empirico (Patterson, 2000, 2004a; Perrin, 2002). Tra le donne lesbiche e le donne eterosessuali non sono state trovate differenze marcate nel loro approccio verso l'educazione del bambino (Patterson, 2000; Tasker, 1999). I singoli componenti di coppie LGBT con figli si dividono in modo equo le questioni inerenti alle cure dei bambini e sono soddisfatti della loro relazione col *partner* (Patterson, 2000, 2004a). I risultati di alcuni studi suggeriscono che le capacità genitoriali di madri lesbiche e padri *gay* potrebbero essere superiori a quelle di genitori eterosessuali dello stesso livello. Non ci sono prove scientifiche per dimostrare che madri lesbiche e padri *gay* possano essere non idonei sulla base del loro orientamento sessuale (Armesto, 2002; Patterson, 2000; Tasker & Golombok, 1997). Al contrario, i risultati di queste ricerche suggeriscono che i genitori omosessuali sono abili tanto quanto quelli eterosessuali nel provvedere ad un ambiente solidale e salutare per i loro bambini».

Nel 2006, il *Department of Justice* canadese, in una relazione sullo «Sviluppo delle abilità sociali dei bambini attraverso i vari tipi di famiglia», dichiara che «la conclusione che si deduce dalla letteratura empirica è che la gran parte degli studi mostrano che i bambini che vivono con due madri e i bambini che vivono con un padre e una madre hanno lo stesso livello di competenza sociale. Pochi studi suggeriscono che i bambini con madri lesbiche potrebbero avere una migliore competenza sociale, ancora meno studi dimostrano l'opposto, ma la maggior parte degli studi fallisce nel trovare qualsiasi differenza. Anche le ricerche condotte su bambini con due padri supportano queste conclusioni».

Sulla stessa falsariga, l'*American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* (AACAP), prima nel 2002, poi nel 2009, ha affermato che «non vi è evidenza scientifica a sostegno della tesi secondo cui genitori con orientamento omosessuale o bisessuale siano di per sé diversi o carenti nella capacità di essere genitori, di saper cogliere i problemi dell'infanzia e di sviluppare attaccamenti genitore-figlio rispetto ai genitori con orientamento eterosessuale. Da tempo è stato stabilito che l'orientamento omosessuale non è in alcun modo correlato ad alcuna patologia, e non ci sono basi su cui presumere che l'orientamento omosessuale di un genitore possa aumentare le probabilità o indurre un orientamento omosessuale nel figlio. Studi sugli esiti educativi di figli cresciuti da genitori omo- o bisessuali, messi a confronto con quelli cresciuti da genitori eterosessuali, non depongono per un diverso grado d'instabilità nella relazione genito-

ri-figli o rispetto ai disturbi evolutivi nei figli». Ancora, la stessa associazione, nella revisione del «*Gay, Lesbian, Bisexual, or Transgender Parents Policy Statement*» del 2011, si oppone a ogni forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere relativamente al diritto degli individui di essere genitori adottivi o affidatari, ribadendo quanto segue: «Tutte le decisioni relative alla custodia dei figli e ai diritti dei genitori dovrebbero essere basate sull'interesse del minore. Non ci sono evidenze che suggeriscano che genitori *gay*, lesbiche, bisessuali o *transgender* siano per sé diversi e incapaci nell'esercizio delle competenze genitoriali, che non siano in grado di essere centrati sulle esigenze dei bambini e che siano inadeguati nel favorire un attaccamento genitori-figli, se paragonati ai genitori eterosessuali. Non ci sono fondamenti sulla base dei quali sia possibile assumere che l'orientamento sessuale e l'identità di genere possano esercitare un effetto disfunzionale sullo sviluppo del bambino. Lesbiche, *gay*, bisessuali e *transgender* hanno affrontato storicamente prove molto più dure di quelle affrontate dagli eterosessuali rispetto al loro diritto di essere o divenire genitori». Sempre la stessa associazione, nel 2013, ha ribadito la medesima posizione nel *position statement* «*Children with Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents*».

Di rilevante importanza è anche il *position statement* del 2002 dell'*American Psychoanalytic Association* (APsaA), in cui viene ribadito che «è nell'interesse del bambino sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti, capaci di cure e di responsabilità educative. La valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto all'orientamento sessuale». Nel 2012 l'APsaA, in un nuovo *position statement*, ribadisce quanto segue: «L'APsaA sostiene la posizione che la considerazione più importante in tutte le decisioni riguardanti la custodia dei figli e la genitorialità, tra cui il concepimento, l'uso delle nuove tecnologie riproduttive, l'educazione dei figli, l'adozione e la visita, debba essere il migliore interesse del bambino. Si impegna, inoltre, a promuovere un ambiente sociale in cui tutti i bambini e le loro famiglie sono valutate, supportate e riconosciute, senza discriminazione e pregiudizio. Prove scientifiche suggeriscono che i fattori familiari che sono importanti per il benessere dei bambini sono i processi familiari e la qualità delle interazioni e relazioni. La valutazione di un individuo o di una famiglia rispetto alla qualità della genitorialità dovrebbe essere determinata senza pregiudizio per quanto riguarda l'orientamento sessuale, reale o percepito, l'identità di genere o l'espressione di genere. Non ci sono prove credibili che dimostrino che l'orientamento sessuale o l'identità di genere di un genitore possano influenzare negativamente lo sviluppo

del bambino. L'APsaA si oppone a qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale reale o percepito, sull'identità di genere o l'espressione di genere delle persone per quanto riguarda i loro diritti come genitorialità biologica, di custodia o adottiva. I bambini meritano di sapere che i loro rapporti con i loro genitori sono stabili e riconosciuti a livello legale». Quest'ultimo punto è stato fortemente ribadito nel 2013, nel «*Position Statement on Civil Marriage and Civil Rights*».

Un atteggiamento di sostegno e supporto alla genitorialità omosessuale viene anche ribadito: dall'*American Academy of Family Physician* (2002, 2007), dall'*American Bar Association* (1995, 1999, 2003, 2006), dall'*American Medical Association* (2004), dall'*American Civil Liberties Union*, dalla *Child Welfare League of America* (2005), dal *National Adoption Center* (1998), dalla *National Association of Social Workers* (1996, 2005), dalla *National Foster Parent Association* (2007), dal *North American Council on Adoptable Children* (2005), dall'*American Psychiatric Association* (2002, 2013), dalla *Canadian Psychological Association* (2006), dall'*American Association for Marriage and Family Therapy* (2006), dall'*Australian Psychological Society* (2007), dalla *British Psychological Society* (2012)¹¹.

Rispetto al contesto italiano, nel 2011 l'Associazione italiana di psicologia (AIP), in un comunicato, ha ricordato che «i risultati delle ricerche psicologiche hanno da tempo documentato come il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. In altre parole, non sono né il numero né il genere dei genitori – adottivi o no che siano – a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. In particolare, la ricerca psicologica ha messo in evidenza che ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano conviventi, separati, risposati, *single*, dello stesso sesso. I bambini hanno bisogno di adulti in grado di garantire loro cura e protezione, insegnare il senso del limite, favorire tanto l'esperienza dell'appartenenza quanto quella dell'autonomia, negoziare conflitti e divergenze, superare incertezze e paure, sviluppare competenze emotive e sociali».

Posizioni ribadite anche in un comunicato del 2014, in risposta alle dichiarazioni rilasciate dal Mi-

nistro della salute, Beatrice Lorenzin, nel corso della trasmissione «*Porta a porta*» andata in onda su Rai 1 il 17 settembre 2014. Per giustificare la propria contrarietà all'adozione e al ricorso alla fecondazione eterologa per le coppie omosessuali, il ministro Lorenzin aveva dichiarato che «tutta la letteratura psichiatrica, da Freud in poi, riconosce l'importanza per il bambino di avere una figura paterna e materna per la formazione della propria personalità». L'AIP è intervenuta dichiarando che tali asserzioni sono prive di fondamento empirico e disconoscono quanto appurato dalla ricerca scientifica internazionale e quanto espresso dalle più rappresentative società scientifiche a livello mondiale, invitando i responsabili delle istituzioni politiche a tenere in considerazione i risultati che la ricerca scientifica ha prodotto e messo a disposizione della società, in modo che si facciano promotori del rispetto delle persone e della corretta divulgazione scientifica, evitando di esprimere asserzioni infondate che hanno il solo risultato di rinforzare i pregiudizi e danneggiare le famiglie mono-genitoriali, le coppie omosessuali e, soprattutto, i loro bambini. Nel 2014, anche il Consiglio nazionale dell'Ordine degli psicologi (Cnop), sempre in risposta alle affermazioni del ministro Lorenzin, ha ribadito che la valutazione delle competenze genitoriali deve essere fatta senza pregiudizi rispetto all'orientamento sessuale ed affettivo degli individui e che «è necessario garantire la tutela dei diritti delle famiglie omo-genitoriali al pari di quelle etero-composte, senza discriminazioni e condizionamenti ideologici».

5. Famiglie e genitorialità omosessuali. Quali conclusioni?

Se i risultati della ricerca scientifica sono in grado di supportare potentemente che è mero pregiudizio considerare disfunzionale o pericolosa la famiglia omogenitoriale, su cosa si fondano o possono fondarsi le opposizioni e le resistenze politico-istituzionali o sociali rispetto a tale configurazione familiare/genitoriale? La risposta rimanda alla questione dell'omofobia istituzionalizzata; omofobia che non può e non deve essere considerata come un'opinione o un punto di vista, quanto più che altro un dispositivo che produce pregiudizio, discriminazione, stigmatizzazione, deumanizzazione, disconoscimento di incontrovertibili evidenze empiriche.

Le riflessioni sviluppate mettono, pertanto, nelle condizioni di riflettere sulla necessità di assume-

11. È possibile reperire una rassegna dei *policy statement* promulgati dalle più importanti associazioni mondiali al seguente sito: <http://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2014/07/Adoption-Policy-Statements-REVISED-04-02-2009.pdf>.

re modelli pluralisti e inclusivi in grado di leggere la complessità della realtà familiare e genitoriale oggi.

Assumere un approccio pluralista non vuol dire creare, come in modo manipolatorio si intende rimarcare, una presunta (nonché insensata e inesistente) dittatura delle minoranze, in cui il modello imperante diventi quello meno legittimato a livello sociale e politico, ma riconoscere a tutte le forme di famiglia e genitorialità pari dignità e pari opportunità, a prescindere dal fatto che siano eterosessuali o omosessuali.

Assumere un modello pluralista vuol dire riconoscere che la funzionalità o disfunzionalità delle famiglie non dipende dalla struttura (eterosessuale o omosessuale), ma dalla qualità dei legami e dei rapporti che in esse prendono forma. Viene, pertanto, spostato l'asse della valutazione del funzionamento familiare/genitoriale dal piano delle caratteristiche strutturali/morfologiche al versante dei processi interattivi e relazionali interni alle strutture stesse. Si tratta di modi diversi di organizzare i rapporti primari, ognuno dei quali ha proprie caratteristiche specifiche, ma tutti potenzialmente in grado di provvedere alle funzioni familiari e genitoriali. Rispetto a tali funzioni, nessuna forma familiare è di per sé più garantita di altre.

Assumere un modello pluralista vuol dire decostruire e contrastare le impostazioni pregiudizievoli tipiche di atteggiamenti negativi nei confronti delle famiglie omogenitoriali, che si fondano su posizioni che è possibile definire, in termini categoriali, come:

- *naturalistiche*: esiste un unico modello naturale di famiglia, ovvero la famiglia legittima è quella impostata sulla differenza biologica tra uomini e donne, condizione naturale per garantire la procreazione e, quindi, l'assolvimento delle funzioni genitoriali fortemente connesse alle differenze di genere dei coniugi/genitori;

- *essenzialiste*: esistono pochi elementi "essenziali" per descrivere un oggetto sociale; non esiste una complessità intrinseca all'oggetto famiglia, in quanto vi è un unico elemento che ne definisce essenza e struttura, ossia la differenza di genere dei coniugi;

- *eterocentriche*: l'eterosessualità è l'unico orientamento sessuale possibile; l'omosessualità è una deviazione patologica dell'orientamento sessuale; l'unica forma di famiglia possibile è quella costituita da una coppia eterosessuale.

La scelta di un modello pluralista consente di promuovere paradigmi di inclusione e valorizzazione delle differenze, in grado di superare ogni forma di dogmatismo che tenti di far passare per oggetti-

ve quelle credenze pregiudizievoli che sono frutto di processi di discriminazione storicamente e culturalmente determinati.

Assumere un modello pluralista vuol dire legare paradigmi di analisi politica, giuridica e istituzionale a forme familiari/genitoriali che già esistono e richiedono criteri di legittimazione e riconoscimento, riparando quello scollamento tra realtà e modelli di lettura della realtà stessa. In tal modo, si sottrae terreno e possibilità alla reiterazione di quei processi di discriminazione che sono intollerabili all'interno di società civili e democratiche che dovrebbero riconoscere il diritto di ogni individuo all'autodeterminazione, da intendersi come dinamica con profonde valenze relazionali, poiché essa non apre al relativismo, ma alla reciprocità, alla condivisione, al rispetto delle identità.

Assumere un modello pluralista vuol dire smontare la centralità di quel processo di "eterosessualizzazione" (estensione del modello eterosessuale) che investe le pratiche relazionali e i legami sociali inclusi in tale ambito, le configurazioni legittime dei legami non solo coniugali, ma soprattutto familiari e genitoriali.

Assumere un'ottica pluralista vuol dire addivenire a un'idea di famiglia omosessuale come dimensione che non determina disordine sociale, caos, minaccia, confusione, annientamento dei principi sociali, giuridici, antropologici su cui si regge la società, dal momento che tale concezione inerisce all'influenza di processi omofobici sulla base dei quali il sistema socio-culturale mette in atto una sorta di resistenza al cambiamento, favorevole al mantenimento dello *status quo* e capace di produrre la deumanizzazione delle persone omosessuali. Se il valore della famiglia è quello di consentire alla persona di realizzare la pienezza delle proprie relazioni, in base a quale criterio si può negare tale diritto, possibilità e opportunità alle persone omosessuali e ai/alle loro figli/e?

Assumere un modello pluralista vuol dire smantellare i concetti cardine dell'omofobia istituzionalizzata, che è ancora presente nella nostra contingenza storica e sociale. L'omofobia, così come la transfobia, non sono opinioni, ma forme di istigazione alla violenza legittimate da precisi dispositivi culturali. L'omofobia è un forte attivatore di pregiudizi che negano dignità, libertà, relazioni, democrazia, cittadinanza, civiltà.

Assumere un modello pluralista vuol dire affermare, rivendicare e tutelare inalienabili e inviolabili diritti umani di adulti/e e bambini/e.

Gli assegni della crisi familiare nella giurisprudenza più recente, tra *revirement* e perduranti incertezze

di Geremia Casaburi

L'assetto attuale dei rapporti patrimoniali tra i coniugi nella fase di conflitto, con particolare riferimento all'assegno di mantenimento nella separazione e a quello divorzile, è qui delineato tenendo conto della evoluzione – o rivoluzione – giurisprudenziale degli ultimi anni, che ha messo in discussione le fondamenta stesse degli istituti. Sono, infine, esaminate le criticità e le linee di tendenza emerse nella giurisprudenza di merito più recente.

1. Premessa / 2. Il “peccato originale” e la progressiva omogeneizzazione di separazione e divorzio / 3. L'assegno di separazione e quello di divorzio prima del *revirement* del 2017; 4. L'effimera svolta del 2017 / 5. Verso l'intervento delle sezioni unite / 6. Cass., sez. unite, 11 luglio 2018, n. 18287. I principi enunciati / 7. La funzione perequativa-compensativa dell'assegno / 8. Pregi e criticità dell'intervento delle sezioni unite / 9. I successivi interventi della prima sezione civile della Cassazione / 10. La giurisprudenza di merito / 11. Profili di “diritto” giurisprudenziale intertemporale

1. Premessa

Habent sua sidera lites, così recita uno (pseudo) brocardo già stigmatizzato, nientemeno, che da Calamandrei, al quale è, però, attribuito un gustoso aneddoto relativo a un pretore toscano di inizio Novecento che, anticipando in qualche modo certi suoi colleghi letterari tratteggiati da Piero Chiara, era solito decidere gettando il tocco contro il muro: se cadeva da una certa parte, aveva ragione l'uno; se cadeva dall'altra, vinceva l'avversario.

Da qui l'uso degli avvocati, edotti di quel costume, di accalcarsi nel cortile retrostante la camera di consiglio, con l'orecchio appoggiato al muro, in modo da capire in anticipo chi avesse vinto.

Le recenti vicende giurisprudenziali dell'assegno divorzile – e, in prospettiva, dei rapporti patrimoniali tra coniugi, ex coniugi, parti delle unioni civili, conviventi di fatto – mi induce a temere che, in fondo, il “metodo” di quel pretore d'*antan* offrisse maggiori garanzie di obiettività e di equo trattamento delle parti.

Andiamo per ordine, e in estrema sintesi, considerando che si tratta di questioni notissime (non solo agli addetti ai lavori).

Le disposizioni di riferimento sono immutate da decenni, può dirsi da generazioni: in primo luogo, quanto all'assegno periodico in favore del coniuge (ovvero dell'ex coniuge) in posizione di debolezza economica, l'art. 156 cc per la separazione (testo introdotto dalla storica riforma del 1975), l'art. 5, comma 6, legge n. 898/1970 per il divorzio (di poco più giovane, in quanto novellato dalla l. n. 74/1987).

I due istituti, l'assegno di mantenimento e quello divorzile, si reggono su principi e su criteri di determinazione profondamente diversi.

Profonde differenze concernevano anche gli istituti, per così dire, accessori, di tutela e di garanzia per il coniuge economicamente più debole (tanto per usare un'espressione sufficientemente generica e onnicomprensiva).

Così, ad esempio, quanto all'ordine di pagamento diretto dell'assegno da parte del terzo debitore del coniuge obbligato (in sostanza, da parte del datore di

lavoro), per la separazione è previsto un (sub)procedimento integralmente giudiziario (art. 156, comma 6, cc), mentre per il divorzio il procedimento è del tutto stragiudiziale (art. 8 l. n. 898/1970).

Nel complesso, poi, la disciplina del divorzio comprende un vero e proprio arsenale di disposizioni di rilevanza patrimoniale (così smentendo ogni interpretazione restrittiva del diritto all'assegno divorzile).

Infatti, al coniuge che ha conseguito l'assegno di mantenimento nella separazione) compete: una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro (art. 12-bis l. div.); la pensione di reversibilità (almeno una quota), in caso di premorte dell'altro (art. 9, commi 2 e 3, l. div.); qualora versi in stato di bisogno, un assegno periodico a carico dell'eredità (art. 9-bis l. div.); l'art. 5, comma 11 della stessa legge riconosce, inoltre, all'ex coniuge – che non ne gode altrimenti – l'assistenza sanitaria spettante all'altro, anche se non beneficia di un assegno (disposizione, questa, ormai del tutto residuale, ma non abrogata).

Inoltre l'assegno divorzile, su accordo delle parti, pur se sottoposto a un (vago) controllo di equità del giudice, può essere “tombalmente” corrisposto *una tantum*, in unica soluzione.

2. Il “peccato originale” e la progressiva omogeneizzazione di separazione e divorzio

Perché queste differenze?

Il “peccato” d'origine, ovviamente, sta nello stesso perdurare della distinzione, quanto alla definizione giudiziaria della crisi della famiglia matrimoniale, tra separazione e divorzio; più esattamente, quel che ormai è ingiustificabile è che, per conseguire il *divorzio* (mai qualificato con tale termine nella l. n. 898/1970, che “conosce” solo lo «scioglimento» e la «cessazione degli effetti civili del matrimonio») è necessario, nella immensa maggioranza dei casi, un previo periodo di separazione legale, giudiziale o consensuale che sia (art. 3, comma 1, n. 2 b, l. n. 898/1970), essendo statisticamente pressoché irrilevanti i casi di divorzio immediato, pur previsti dalla legge.

Il “dualismo” tra separazione e divorzio si rifletteva (e si riflette), appunto, nelle differenze che riguardano il regime dei profili patrimoniali sopra richiamate.

Fatto sta, però, che negli ultimi anni il rigore di quella distinzione di principio tra separazione e divorzio si è diluito, e di molto: è sempre più evidente, nella realtà giurisprudenziale (e, direi, in quella socio-culturale) che si tratta di istituti tendenzialmente omogenei, che fronteggiano la crisi matrimoniale.

È significativo che la l. n. 76/2016, all'art. 1, com-

mi 22-25, abbia *tout court* soppresso il riferimento, nella disciplina delle unioni civili, alla separazione, sicché vi è solo lo scioglimento.

Separazione e divorzio, certo e ovviamente, si distinguono in quanto nella prima, a differenza che nella seconda, il vincolo, lo *status* coniugale, sopravvive. Si tratta, però, di elemento soprattutto formale, da non sopravvalutare.

La separazione, in particolare, rappresenta il momento di “effettiva esautorazione” della vita matrimoniale, con la sospensione, nella realtà definitiva, di pressoché tutti i diritti e i doveri di natura personale nascenti dal matrimonio (e infatti, da oltre un trentennio, la giurisprudenza esclude il mutamento del titolo della separazione, da consensuale a giudiziale); proprio il venir meno di tali obblighi, già nella coscienza sociale, segna la fine del rapporto matrimoniale.

Anche sotto il profilo patrimoniale, la comunione legale tra i coniugi si scioglie ormai già in forza dell'ordinanza presidenziale nel giudizio di separazione, *ex art.* 191 cc, nel testo introdotto dalla l. n. 55/2015).

La separazione, in altri termini, non è più una semplice fase di sospensione della vita matrimoniale (e funzionale a una ripresa di questa), ma l'anticamera del divorzio.

Gli effetti giuridici che ne conseguono sono infatti di tale «*rilievo da consentire una sostanziale assimilazione alla situazione che caratterizza gli ex coniugi*»: così Cass., 4 aprile 2014, n. 7981 (in termini 20 agosto 2014), secondo cui – così innovando una giurisprudenza in senso opposto pluridecennale – la sospensione della prescrizione tra i coniugi, prevista in via generale dall'art. 2941, n. 1, cc, non si applica ai coniugi legalmente separati.

D'altro canto già Corte cost., 21 gennaio 2000, n. 17 aveva sostanzialmente equiparato (ai fini del riconoscimento del privilegio di cui agli artt. 2751 n. 4, e 2778, n. 17, cc) i crediti da assegno di separazione e di divorzio.

Soprattutto – ed è una “rivoluzione” culturale prima ancora che giuridica –, separazione e divorzio costituiscono l'oggetto di un vero e proprio diritto potestativo di ciascun coniuge (per quanto responsabile della crisi del rapporto), alla stregua di una concezione finalmente non più pubblicistica del matrimonio – *cf.* Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164.

Da qui, coerentemente, la possibilità (in caso di accordo) di conseguire l'una e l'altro senza l'intervento del giudice, con la negoziazione assistita o, addirittura, con una procedura amministrativa innanzi all'ufficiale di stato civile: *cf.* dl n. 132/14, convertito in l. n. 162/14, artt. 6 e 12, nel cui ambito vi è spazio anche per la determinazione di assegni post-coniugali (*cf.*, con riferimento al rito “municipale”, Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478).

Vi è di più.

La separazione e il divorzio (fermo l'anacronismo, già segnalato, del primo istituto quale ordinario presupposto del secondo) possono essere cronologicamente molto vicini: depongono in tal senso non solo il drastico abbreviamento del periodo di separazione legale per la proposizione della domanda di divorzio (di cui alla citata l. n. 55/2015, non a caso abitualmente indicata come legge del "divorzio breve"), ma anche la stessa giuridica possibilità (ampiamente utilizzata nella prassi) di conseguire decisioni anticipate sullo *status*, con la sentenza non definitiva di separazione giudiziale (art. 709-bis cc) e di divorzio (art. 4, comma 12, l. n. 898/1970).

Da qui, anche la possibilità di riunione dei giudizi relativi alle domande accessorie (almeno se lo consente il diverso stato di definizione), in diritto (ad esempio, quanto ai figli) o, almeno, in fatto ampiamente coincidenti (ad esempio, quanto alla ricostruzione della posizione economica dei coniugi, ai fini della decisione sulla domanda di assegno, di mantenimento o divorzile).

3. L'assegno di separazione e quello di divorzio prima del *revirement* del 2017

Si diceva, certo, della differenza dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno di mantenimento e di quello divorzile.

D'altronde, la pronuncia di divorzio opera *ex nunc*, dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia sullo *status*.

Ne segue, da un lato, che fino a tale pronuncia l'assegno resta di mantenimento; una volta che tale pronuncia sia intervenuta, non si configura la cessazione della materia del contendere nel giudizio di separazione personale che sia iniziato anteriormente e sia tuttora in corso, «ove esista l'interesse di una delle parti all'operatività della pronuncia e dei conseguenti provvedimenti patrimoniali»: *cfr.* Cass., 26 agosto 2013, n. 19555.

Specularmente, la domanda di modifica delle condizioni di divorzio, *ex art.* 9 della legge citata, è proponibile soltanto dopo il passaggio in giudicato della decisione che ha pronunciato il divorzio – *cfr.* Cass., 15 ottobre 2014, n. 21874, (*id.*, rep. 2014, voce cit., n. 106) –; in precedenza è configurabile solo la domanda di modifica *ex art.* 710 cpc (relativa, per quanto qui interessa, all'assegno di mantenimento).

Nella realtà giurisprudenziale, però, la differenza tra i due assegni era molto diluita. Il «diritto vivente», infatti, aveva riscontrato la loro obiettiva vicinanza, al punto da configurare sovente una sorta di interscambiabilità: d'altronde, per non pochi profili, l'elaborazione giurisprudenziale era comune, senza

significative differenziazioni (si pensi solo agli accertamenti in fatto).

In primo luogo, infatti, la giurisprudenza affermava costantemente che – ai fini della determinazione dell'assegno divorzile – l'assetto economico relativo alla separazione può rappresentare un valido indice di riferimento «nella misura in cui appaia idoneo a fornire utili elementi di valutazione relativi al tenore di vita goduto durante il matrimonio e alle condizioni economiche dei coniugi» (*cfr.*, *ex plurimis*, Cass., 15 maggio 2013, n. 11686; *cfr.* anche Cass., 30 novembre 2007, n. 25010, che ha confermato la statuizione del giudice di merito che aveva riconosciuto alla moglie un assegno divorzile in misura sensibilmente maggiore rispetto all'assegno di mantenimento, stabilito in sede di separazione).

Il profilo di vicinanza di maggior peso concerneva, però, la rilevanza del tenore di vita.

Infatti, l'assegno di mantenimento in sede di separazione, ai sensi del citato art. 156 cc, compete e tuttora compete (la giurisprudenza è stabile da circa un quarantennio) al coniuge, che «*non è in grado, con i propri redditi, di mantenere un tenore di vita analogo a quello offerto dalle potenzialità economiche di entrambi, da individuarsi con riferimento allo standard di vita familiare reso oggettivamente possibile dal complesso delle loro risorse economiche, in termini di redditività, capacità di spesa, garanzie di elevato benessere e di fondate aspettative per il futuro*». Così ancora Cass., 16 maggio 2017, n. 12196 – successiva quindi a Cass., n. 11504/2017 (di cui si dirà), che infatti è espressamente richiamata –, che ha confermato la sentenza di merito la quale aveva riconosciuto, in favore della moglie, che pure gode di una ottima posizione economica complessiva, un assegno di mantenimento pari a euro due milioni mensili, «*tenuto conto della ben superiore posizione del marito, definito uno degli uomini più ricchi al mondo, il quale oltretutto aveva ammesso di averle assicurato un tenore di vita "assolutamente al di fuori di ogni norma" e di disporre di un patrimonio "ultracapiante", senza che tale determinazione comportasse la realizzazione di uno scopo eccessivamente consumistico, o comunque fosse destinata alla capitalizzazione o al risparmio, tenuto anche conto della durata del matrimonio e al contributo da lei apportato alla vita familiare*».

Il tenore di vita, pertanto, era ed è il parametro di determinazione dell'assegno in oggetto. D'altronde, l'art. 156 cc enuncia che questo compete al coniuge che «non abbia adeguati redditi propri», espressione non dissimile da quella utilizzata, per l'assegno divorzile, dall'art. 5, comma 6, l.div.

Quanto a quest'ultimo, la giurisprudenza, almeno a partire dagli storici arresti delle sezioni unite del 1990 (si tratta di quattro sentenze "gemelle": Cass.,

29 novembre 1990, nn. 11489-11492), le quali avevano affermato che il presupposto per concedere l'assegno — con funzione solo assistenziale — è costituito «dall'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente (tenendo conto non solo dei suoi redditi, ma anche dei cespiti patrimoniali e delle altre utilità di cui può disporre) a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio».

Da qui, appunto, la profonda omogeneità (o almeno fortissima vicinanza) con l'assegno di mantenimento nella separazione, fermo che — la giurisprudenza l'aveva chiarito nei decenni successivi — nell'assegno di mantenimento la conservazione del tenore di vita rappresenta il parametro inderogabile di riferimento, mentre per l'assegno divorzile rappresenta il tetto massimo (astrattamente determinabile in sede di statuizione sull'*an debeat*), in quanto, in concreto, il relativo importo poteva essere “moderato”, fino all'azzeramento, alla stregua dei criteri di cui alla prima parte dell'art. 5, comma 6, l.div.

4. L'effimera svolta del 2017

Tale assetto, forse non del tutto lineare giuridicamente, ma ormai stabilizzato (con ovvi vantaggi in termini di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni), e ritenuto costituzionalmente legittimo da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, è profondamente e ormai irreversibilmente mutato.

Tanto, una prima volta, in forza di Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (seguita da non poche pronunce in termini della stessa Suprema corte), che — abbandonando del tutto il riferimento al tenore di vita — afferma, in estrema sintesi, che: a) il giudizio sulla domanda di assegno divorzile si articola in due fasi distinte e successive, sull'*an* e sul *quantum debeat* (come affermato anche dalla giurisprudenza precedente), informate rispettivamente ai principi dell'autoresponsabilità e della solidarietà economica, con riferimento agli ex coniugi nella loro dimensione individuale; b) nella prima fase, il giudice accerta la sussistenza delle condizioni di legge per il riconoscimento del diritto, ossia la mancanza, da parte del richiedente, di mezzi adeguati e l'impossibilità di procurarseli per ragioni obiettive, con esclusivo riferimento all'autosufficienza economica del medesimo, che è onerato della prova relativa; c) nella seconda fase, cui accede solo in caso di esito

positivo della prima, il giudice procede alla quantificazione in concreto dell'assegno, alla stregua degli ulteriori elementi indicati dall'art. 5 l.div.

In altri termini, mentre le sentenze del 1990 fondavano il diritto all'assegno divorzile sulla esigenza di conservare, al coniuge economicamente più debole, e sia pure solo tendenzialmente, il tenore di vita goduto o godibile nel corso della vita matrimoniale, la pronuncia del 2017 lega tale diritto — visto alla stregua di una previdenza sostanzialmente eccezionale, e infatti addirittura fondato sull'art. 23 Cost. — alla mancanza di autosufficienza economica da parte del richiedente.

Da qui una artificiosa contrapposizione tra i due assegni, con conseguenze obiettivamente paradossali, trattandosi delle stesse parti e dello stesso rapporto matrimoniale: al medesimo coniuge, economicamente debole, può essere riconosciuto un assegno di mantenimento anche elevatissimo, e — subito dopo (si è detto della acquisita vicinanza cronologica tra separazione e divorzio) — può essere *tout court* negato l'assegno divorzile.

Così, ad esempio, la (pur abbiente) Sig.ra M.B. (la moglie, nel giudizio deciso da Cass., n. 12196/17, cit.) del tutto legittimamente gode di un assegno di mantenimento, ex art. 156 cc, di due milioni di euro mensili, a carico dell'immensamente ricco Sig. S.B.; ella però — almeno, alla stregua di Cass., n. 11504/17 — non potrà conseguire neppure un euro a titolo di assegno divorzile (e, infatti, Corte appello Milano, sez. V, 16 novembre 2017, in *Foro it.* 2017, I, 3732, ha negato a quella stessa moglie l'assegno divorzile, alla stregua del nuovo indirizzo); sicché davvero è stato un curioso quanto evitabile scherzo del destino che le due sentenze, pur decise a molti mesi di distanza l'una dall'altra, siano state poi pubblicate nel giro di pochissimi giorni. Ciò perché quel medesimo tenore di vita matrimoniale, relevantissimo nell'ambito della separazione, perde ogni peso nel divorzio.

In altri termini, in uno stretto arco temporale, si può ormai passare da un regime a un altro sostanzialmente opposto, senza alcuna gradualità (è esattamente la vicenda delle parti di cui a Cass., n. 12196/17, cit.; a fronte di un assegno di separazione elevatissimo.

Alla stregua di quanto si è fin qui esposto, di contro, è evidente che una tale divergenza di regimi — per un rapporto che non può che svilupparsi prima nella separazione, poi nel divorzio — è giuridicamente inaccettabile.

Oltretutto, l'“allontanamento” tra assegno di mantenimento e assegno divorzile è sostanzialmente confermato anche dall'intervento delle sezioni unite della Cassazione, di cui si dirà, che pure ha superato, meritoriamente, i principi affermati da Cass. n. 11504/17.

5. Verso l'intervento delle sezioni unite

La Cassazione (la prima sezione civile, nonché quella "filtro", la sesta), come accennato, ha mostrato di adeguarsi all'arresto del 2017. Così Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, ha affermato l'applicabilità del nuovo indirizzo anche ai rapporti già definiti, per il tramite del procedimento di modifica, ex art. 9 l. n. 898/1970. Non sono mancati, però, tentativi di correzione: Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042, ha poi cercato di relativizzare il concetto (astratto e non previsto dalla l. n. 898/1970) di autosufficienza economica.

La stessa rimessione alle sezioni unite è stata fortemente e reiteratamente ostacolata dalle sezioni semplici surrichiamate, nonostante fosse palese il contrasto rispetto alle pronunce del 1990.

Così Cass., n. 2042/18, cit. (udienza del 10 ottobre 2017), l'ha ancora rifiutata, alla stregua di discutibili motivazioni di diritto intertemporale non considerate dalla prima pronuncia (Cass., n. 11504/17, cit.), pur se, al momento della pubblicazione, quella rimessione era ormai già stata disposta (nell'ottobre 2017) dal presidente aggiunto della Suprema corte, in quanto questione di massima di particolare importanza, ex art. 374, comma 2, cpc.

Così i criteri enunciati da Cass., n. 11504/17, sono stati confermati ancora da Cass., 4 giugno 2018, n. 14231 (udienza del 19 aprile, mentre quella delle sezioni unite si era già tenuta il 10 aprile).

Ancora più drasticamente, Cass., 16 marzo 2018, n. 6663 (udienza del 18 gennaio, allorché la rimessione alle sezioni unite era stata già disposta) non solo ha ribadito i criteri di cui a Cass., n. 11504/17, cit. (l'estensore, peraltro, è il medesimo), diffusamente enunciandoli, ma neppure ha esitato a decidere nel merito, dichiarando non dovuto l'assegno divorzile all'ex moglie richiedente, che l'aveva conseguito dal giudice di merito.

Non è questa la sede per ripercorrere i tanti, macroscopici profili critici dell'arresto del 2017; mi permetto di rinviare ai miei scritti (anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali) pubblicati sulle colonne de *Il Foro italiano*.

D'altronde, una tale sede può ormai essere solo una pubblicazione di storia del diritto, in quanto quell'arresto (nelle narcisistiche ambizioni di chi lo ha imprudentemente propugnato, destinato a durare per decenni) è stato spazzato via, dopo poco più di un anno, dalle sezioni unite finalmente intervenute (e che, pure, avrebbero dovuto pronunciarsi fin da subito per il chiaro disposto dell'art. 374, comma 3 cpc, platealmente violato da Cass., n. 11504/17, cit. e pronunce conformi).

Mi limito a segnalare che la giurisprudenza di merito, dopo una iniziale adesione (e non sono man-

cati uffici giudiziari più realisti del re, obnubilati dall'entusiasmo di assicurare una immediata e radicale applicazione dei principi affermati da Cass., n. 11504/17), si è mostrata sempre più restia a darvi seguito, a fronte delle insuperabili contraddizioni giuridiche, e soprattutto delle vere e proprie ingiustizie cui dava luogo.

Cfr., in particolare, Corte appello Napoli, in *Foro it.*, 2018, I, 1386, che ha ampiamente sviluppato i temi fatti poi propri dalle sezioni unite. Se ne riporta la massima:

«Posto che i principî di eguaglianza e di solidarietà tra i coniugi operano senza limitazioni anche nel divorzio e che, di conseguenza, l'assegno divorzile può assolvere, oltre la funzione assistenziale, anche quella perequativa e compensativa: a) le fasi di determinazione del diritto all'assegno (*an debeatur*) e di determinazione dello stesso (*quantum debeatur*) non sono rigidamente distinte, ma complementari, in quanto fondate sugli stessi canoni normativi, ivi compresi i criteri elencati nella prima parte dell'art. 5, 6° comma, l.div.; b) le nozioni di "autosufficienza" e di disponibilità di "mezzi adeguati" non sono astratte e parametrate a *standard* obiettivi, ma variabili, in relazione alla concreta vicenda matrimoniale, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, e tengono altresì conto della posizione sociale dei coniugi non solo come singoli, ma anche con riferimento alla pregressa vita comune; c) per i matrimoni di breve durata, con coniugi giovani e idonei al lavoro, prevale il principio di autoresponsabilità, sicché il canone dell'autosufficienza, ai fini del riconoscimento dell'assegno, va valutato con rigore; d) di contro, per i matrimoni di lunga durata, caratterizzati da una distribuzione asimmetrica degli impegni familiari, prevale il principio di solidarietà postconiugale, sicché l'assegno divorzile, sussistendo tutti i presupposti di legge, va riconosciuto e quantificato con riferimento, pur tendenziale, al pregresso tenore di vita coniugale».

6. Cass., sez. unite, 11 luglio 2018, n. 18287. I principi enunciati

L'intervento delle sezioni unite, Cass. n. 18287/18, generalmente ben accolto dalla dottrina, e – come si dirà – dalla giurisprudenza, in primo luogo di merito, ha scelto una terza via, tra quella indicata dalle sezioni unite del 1990 e l'"eresia" del 2017.

A ben vedere, però, le sezioni unite si concentrano proprio su Cass., n. 11504/17, cui muovono critiche radicali e distruttive.

Viene da dire, con il grande Sergio Endrivo, che «la festa appena cominciata è già finita»; versi che potrebbero essere fatti propri da non pochi mariti (almeno nella gran parte dei casi) che, dopo Cass. n.

11504/17, cit., potevano sperare di essere gravati da un assegno divorzile “light”, come sintetizzato dalla stampa, o anche di esserne *tout court* esonerati.

Quello che voleva essere un arresto rivoluzionario, frutto di una “eroica impresa”, nelle intenzioni destinato (come le pronunce del 1990) a durare per decenni, si è però rivelato una effimera insorgenza, dalla vita contrastata, non senza profili sottilmente misogini; né, poi, la fine è stata onorevole.

L’eredità che inevitabilmente l’orientamento ora superato ha lasciato, poi, è molto pesante: la frammentazione (ai limiti del caos) della giurisprudenza di merito, un gran numero di provvedimenti che, troppo fiduciosamente, si erano adeguati al nuovo corso da riformare (quando ancora possibile; e, ovviamente, non è il caso proprio delle statuizioni della Cassazione conformi all’arresto del maggio 2017), pagine e pagine di dottrina utili ormai solo per il macero (ma è il danno minore).

Torniamo alle sezioni unite.

Queste muovono proprio dal riferimento, centrale nelle pronunce del 2017/2018, all’art. 23 Cost. quale fondamento del diritto all’assegno (visto pertanto come misura pressoché eccezionale, addirittura paragonata al prelievo fiscale).

Si tratta, tuttavia, di un riferimento del tutto estraneo al contesto giuridico costituzionale cui deve riferirsi la solidarietà postconiugale, fondata piuttosto sugli artt. 2 e 29 Cost. (la prima disposizione è anche a fondamento delle unioni omoaffettive, come ricordato dalla Cassazione; peraltro, l’art. 5, comma 6, l.div. trova applicazione anche in caso di scioglimento delle unioni civili, ex art. 1, comma 25, l. n. 76/2016, disposizione invece non richiamata dalla sentenza in rassegna).

La prospettiva di Cass., n. 11504/17, è pertanto rovesciata. Quest’ultima oltretutto, osservano ancora le sezioni unite, Cass. n. 11504/17, sottovaluta (e, viene da aggiungere, mortifica) quei principî di autodeterminazione individuale e autoresponsabilità che, pure, ampiamente invoca, in quanto non ne coglie i fattori interrelazionali; da qui anche lo scarsissimo ruolo attribuito ai criteri determinativi indicati nella prima parte del sesto comma dell’art. 5 l.div.

In particolare, la pronuncia del 2017 non ha considerato, secondo le sezioni unite, che l’autodeterminazione (specie quella del coniuge richiedente) deve essere anche effettiva, e non sconnessa dall’altro fondamentale profilo della tutela della dignità personale (vi è un espresso riferimento all’art. 3, cpv., Cost.).

Da qui anche un riferimento rapido, ma illuminante, al perdurante squilibrio di genere che, nel nostro Paese, contrassegna l’accesso al lavoro e anche, in altro punto della sentenza, all’obiettivo deterioramento delle condizioni di vita che segue, di norma, al divorzio, quanto al coniuge meno dotato di capacità reddituali, economiche e patrimoniali.

Le sezioni unite, come accennato, hanno scelto una “terza via”, offrendo una propria lettura dell’art. 5, comma 6, l.div.

L’obiettivo dichiarato è quello di individuare un criterio elastico e “integrato”, concreto e capace di adeguarsi alla molteplicità dei modelli familiari che si presentano all’operatore.

Punto di partenza è la centralità, nella vita matrimoniale, ma anche in quella successiva allo scioglimento del vincolo (al di fuori di ogni suggestione criptoindissolubilista, tiene a precisare la sentenza in rassegna), del canone espresso dall’art. 29 Cost., che esprime un modello costituzionale di matrimonio fondato sull’uguaglianza, la solidarietà, la pari dignità dei coniugi, la libertà di scelta, la stessa reversibilità della scelta matrimoniale; nell’ambito della famiglia unita, ne costituisce una ricaduta l’art. 143 cc.

È a tale canone costituzionale che vanno rapportati i principî di autoresponsabilità e di autodeterminazione. Vi è, qui, un espresso (e fondamentale) riferimento alle scelte liberamente compiute dai coniugi all’inizio e nel corso della vita familiare, quanto alla definizione dei ruoli e ai compiti assunti da ciascuno di essi all’interno della famiglia, e che determinano il modello di vita familiare da essi stessi prescelto; beninteso, l’impegno all’interno della famiglia può condurre all’esclusione o alla limitazione della costruzione di un proprio percorso professionale o reddituale.

Tanto ha riflesso anche nella fase successiva della crisi, proprio in quanto i ruoli in questione, e le eventuali ricadute negative per uno dei coniugi, costituiscono un fattore decisivo nella definizione dei profili economico-patrimoniali anche postmatrimoniali. Il divorzio, infatti, cancella il vincolo e incide sullo *status*, ma non distrugge il passato, né tanto meno tutte le conseguenze delle scelte di vita e delle modalità di realizzazione della vita familiare.

Il giudice di merito deve, evidentemente, muovere dall’accertamento (rigoroso sotto il profilo probatorio; e qui vi è, forse, ancora un riflesso di Cass., n. 11504/17) della mancanza di mezzi adeguati da parte del coniuge richiedente, e dall’impossibilità di procurarsi per ragioni obiettive (presupposto, questo, non oggetto di esame da parte delle sezioni unite), secondo quanto indicato dall’art. 5, comma 6, l.div.

La nozione di *inadeguatezza*, certo, ha carattere relativo (che sembra inteso nel senso, più corretto, di “indeterminato”); da qui, l’esigenza di un giudizio comparativo di concretizzazione, ovvero “di determinazione” (come meglio avrebbero potuto dire le sezioni unite).

Sia le sezioni unite del 1990 che il *revirement* del 2017, al riguardo, hanno fatto ricorso a parametri estranei al testo normativo (il tenore di vita, nel primo caso; l’autosufficienza del richiedente, nell’altro), annota criticamente la sentenza in rassegna.

Questa – e qui ne è lo snodo forse decisivo – intende invece fondare il giudizio di inadeguatezza su parametri interni al medesimo art. 5, comma 6, l.div., in particolare su quelli, definiti anche “indici”, di cui alla prima parte del medesimo comma.

In altri termini, l'accertamento della inadeguatezza dei mezzi (e l'incapacità di procurarseli per ragioni obiettive) va ancorato alle caratteristiche concrete di conduzione della relazione familiare e alla ripartizione dei ruoli endofamiliari, fattori appunto valorizzati dall'art. 5, comma 6, prima parte, l.div. (che detta criteri, precisa la Cassazione, di pari grado, il che varrebbe anche a limitare la discrezionalità del giudice di merito).

Il giudice è quindi anche chiamato, più precisamente, alla valutazione dell'effettivo contributo offerto dal coniuge risultato economicamente più debole alla formazione del patrimonio comune (e di quello di ciascuno dei due), anche in relazione alle potenzialità future (riferimento, quest'ultimo, non chiarissimo).

Tale contributo, lo si ribadisce, è infatti il frutto di decisioni comuni, adottate in sede di costruzione della comunità familiare, nell'osservanza dei doveri di cui all'art. 143 cc (e, quindi, degli artt. 2 e 29 Cost.), sicché le ricadute positive non possono andare unicamente a vantaggio di un solo coniuge.

Da qui, allora, l'espressa e reiterata affermazione che – alla stregua del principio di solidarietà – l'assegno divorzile svolge, sì, una funzione assistenziale, ma anche, e in misura prevalente, equilibratrice e perequativo-compensativa (appunto espressa dai più volte richiamati criteri di cui all'art. 5, comma 6, prima parte, l.div.).

La nozione di inadeguatezza, osservano ancora le sezioni unite, ha in sé una funzione non solo assistenziale-alimentare, ma anche equilibratrice (in altro punto della motivazione, meno felicemente, la sentenza osserva che la funzione assistenziale si compone di un contenuto perequativo-compensativo che, però, in una prospettiva più ampia, è quello prevalente, *cf. infra*).

Il giudice di merito deve quindi procedere a una comparazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti (infatti tenute anche alla produzione della propria documentazione fiscale), avvalendosi, se del caso, dei poteri officiosi di cui dispone.

Da una tale comparazione può discendere l'accertamento di una sperequazione della posizione economico-reddituale dei coniugi. In tal caso, almeno allorché solo una parte non ha redditi propri, può venire in rilievo in via prevalente il profilo assistenziale dell'assegno, osservano le sezioni unite in un passo invero non chiarissimo (e poco coerente con la motivazione nel suo complesso) della sentenza.

Le fattispecie concrete sono però, di norma – osserva ancora quest'ultima –, più complesse.

Il giudice è allora chiamato a un accertamento ulteriore, dovendo valutare se una tale disparità economica, sussistente al momento del divorzio, discenda o meno dalle scelte condivise dai coniugi, in costanza di vita matrimoniale, circa la conduzione di quest'ultima e la divisione dei ruoli, con sacrificio delle aspettative professionali e reddituali della parte risultata, con il divorzio, economicamente più debole.

Rilievo cruciale hanno poi, sempre con riferimento a tale accertamento, la durata del matrimonio, ma anche l'età del coniuge richiedente.

Specie sotto tale ultimo profilo, il giudizio di inadeguatezza ha anche un contenuto prognostico quanto alla possibilità, per il richiedente, di recuperare quel pregiudizio attraverso una collocazione, o ricollocazione, nel mondo del lavoro.

7. La funzione perequativo-compensativa dell'assegno

In altri termini ancora – la sentenza delle sezioni unite è particolarmente insistente –, la disparità economica tra i coniugi costituisce elemento necessario, ma non sufficiente, per il riconoscimento dell'assegno divorzile. È infatti dirimente il fattore causale, dovendo accertarsi (come detto, con rigore) se quella condizione di squilibrio economico sia da ricondurre, trovandovi radice, alle determinazioni comuni e ai ruoli endofamiliari svolti (sempre in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente), che hanno comportato il sacrificio di aspettative professionali e reddituali da parte del coniuge che abbia assunto un ruolo prevalente o esclusivo all'interno della famiglia, pur avendo comunque contribuito in tal modo alla formazione del patrimonio comune e a quello di ciascuno dei due.

Il nesso causale tra la deteriore condizione economica del richiedente e il suo ruolo nella famiglia va, appunto, accertato con riferimento agli indicatori delle caratteristiche del matrimonio espresse dalla prima parte della disposizione in oggetto.

L'inadeguatezza dei mezzi, e l'impossibilità di procurarseli per ragioni obiettive, in altri termini, va desunta con rigore dalla valutazione – del tutto pari ordinata – degli indicatori più volte richiamati, espressione del principio di solidarietà anche postconiugale.

L'inadeguatezza, quindi, assume un contenuto prevalentemente perequativo e compensativo, senza essere limitato a quello assistenziale o al mero raffronto delle condizioni economiche delle parti. Come ulteriormente ribadito, essa va valutata non solo in relazione alla mancanza o insufficienza obiettiva dei

mezzi, ma anche (e soprattutto) in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita coniugale e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi solo per una parte.

Il profilo assistenziale, a sua volta, va contestualizzato con riferimento alla situazione effettiva in cui si inserisce la vita “postmatrimoniale” dei due ex coniugi, in chiave appunto perequativa e compensativa.

Nel complesso, il giudizio di adeguatezza/inadeguatezza va pertanto calato nel contesto sociale del richiedente, ed è dato sia dalle condizioni strettamente individuali del richiedente, sia dalle conseguenze delle scelte, specie se di “lunga durata”, adottate nel corso della vita familiare.

Il riconoscimento dell’assegno muove, sì, dalla comparazione delle condizioni economiche delle parti, ma — e qui il riferimento è più direttamente alla quantificazione (l’unico nella sentenza) — dovrà condurre a un importo non rapportato a un’astratta nozione di autosufficienza (vi è qui un’ulteriore critica alla pronuncia del 2017), ma tale da garantire all’avente diritto un livello reddituale adeguato al contributo da esso fornito nella realizzazione della vita familiare, appunto tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche sacrificate (sempre in considerazione anche della durata del matrimonio e dell’età del richiedente medesimo).

La funzione equilibratrice dell’assegno, sottolinea la sentenza, prendendo qui le distanze dalle sezioni unite del 1990, non è finalizzata alla ricostruzione del tenore di vita endoconiugale, ma solo al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall’ex coniuge più debole nella realizzazione dell’attuale situazione economica della famiglia.

Quanto sopra comporta l’abbandono di quello che rappresentava il principale elemento comune dell’indirizzo espresso dalle sezioni unite del 1990 e da quello più recente: la rigida contrapposizione tra la fase dell’*an debeatur* dell’assegno divorzile (fondato sulla valutazione della mancanza di mezzi adeguati da parte del coniuge richiedente l’assegno) e quella del *quantum debeatur* (da condurre alla stregua dei criteri indicati nella prima parte del sesto comma dell’art. 5, più volte citato.).

Di contro, alla stregua della pronuncia delle sezioni unite, il criterio attributivo e quello determinativo non sono più separati, ma si coniugano in quello ora delineato e definito, come accennato, “assistenziale-compensativo”.

8. Pregi e criticità dell’intervento delle sezioni unite

Le sezioni unite, ponendo gli artt. 2 e 29 Cost. alla base della disciplina economica, — compresa quella

relativa alla fase della crisi — della famiglia legittima, restituiscono allo stesso matrimonio, e alle unioni civili, quell’altissimo significato sociale e giuridico che la pronuncia del 2017 aveva svilito.

In altri termini, i principî di eguaglianza e di solidarietà, e la perdurante coesistenza di diritti e di doveri ampiamente inderogabili, accompagnano la coppia che ha scelto di ufficializzare il proprio legame innanzi alla società (col matrimonio o l’unione civile) anche nella fase successiva alla fine della vita comune.

Beninteso, resta acquisito che ciascun coniuge ha il diritto di divorziare; ma — al di là di ogni suggestione criptoindissolubilista — il passato comune non può essere cancellato del tutto, sicché il dovere di solidarietà può “convertirsi”, sussistendo le condizioni di legge, nel diritto di uno di essi a percepire dall’altro l’assegno divorzile.

Il principio di autoresponsabilità di entrambi i coniugi non può tradursi nell’irresponsabilità assoluta dell’uno nei confronti dell’altro.

Tutto questo è affermato o comunque sotteso, e con forza, dalla pronuncia delle sezioni unite, che ripristina (o, almeno, cerca di farlo) i diritti di tanti ex coniugi, in gran parte donne, messi da parte, “rottamati”, tanto per usare un neologismo in voga, da Cass., n. 11504/17, dimentica del carattere tuttora “asimmetrico” di tante famiglie italiane, anche di recente formazione.

È, poi, apprezzabile il superamento dell’assurda, e mai realmente praticata, distinzione tra la fase determinativa e quella di quantificazione dell’assegno, che non ha reale riscontro normativo — le sezioni unite hanno finalmente scoperto, viene da dire, che “il re è nudo”.

Non mancano criticità o, comunque, profili che avrebbero richiesto un maggiore approfondimento; d’altronde le sezioni unite, di norma, pronunciano principi generali, la cui concreta attuazione è rimessa alla giurisprudenza, non solo di merito.

La stessa marginalizzazione della funzione assistenziale dell’assegno divorzile (invece centrale sia per le sezioni unite del 1990 che per la pronuncia del 2017) non è priva di ambiguità, o almeno presenta delle possibili implicazioni meritevoli di sviluppo futuro: ad esempio, potrebbe esservi più ampio spazio per i cd. accordi prematrimoniali (il cui divieto si è fino ad ora fondato, essenzialmente, proprio sulla centralità di quella funzione, e dei diritti indisponibili che ne conseguono).

Di converso, la centralità acquisita dalla funzione perequativo-compensativa che si pensava superata dalla novellazione del 1987 (anche in tal caso senza reale riscontro normativo) rischia di trasformare il giudizio sull’assegno divorzile in una sorta di rendiconto di tutto quanto realizzato, o non realizzato, da

ciascuno dei coniugi nel corso della vita comune, con conseguente esasperata patrimonializzazione di tutti i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, e che hanno invece in primo luogo una dimensione umana, irriducibile, nel profondo, a una lettura solo economica.

Deve, però, riconoscersi che la statuizione delle sezioni unite, ponendo al centro non il (pur necessario) accertamento della disparità economica tra i coniugi, ma le cause di quest'ultima, valorizza pienamente, nella fase della crisi (evitando i rischi della formazione di rendite di posizione), il ruolo svolto da ciascun coniuge nel corso della vita comune, e che rappresenta l'essenza stessa del matrimonio-rapporto; sono salvaguardati, in particolare, il lavoro domestico e la cura per i figli – cui, stranamente, la sentenza non fa alcun cenno –, così come la conseguente rinuncia a un'autonoma e piena affermazione professionale.

In definitiva trova tutela, nella delicatissima fase della dissoluzione (che attiene allo status, ma non sempre anche ai legami familiari), il carattere *asimmetrico* di tante famiglie cui si è fatto cenno.

Certo, le sezioni unite, al dichiarato scopo di limitare la discrezionalità dei giudici di merito, affermano la pari ordinazione – deve ritenersi in astratto, non in concreto – di tutti i criteri enunciati dalla prima parte dell'art. 5, comma 6, l.div. (di fatto pretermessi da Cass., n. 11504/17).

Tuttavia è palese che, già in astratto, di tali criteri o indicatori Cass., n. 18287/18, non senza sottile contraddizione, valorizza soprattutto il «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune», da valutare alla stregua del fattore «tempo», pur centrale.

Il riferimento qui non è solo alla durata del matrimonio, richiamata dal medesimo sesto comma, ma anche all'età del richiedente l'assegno (che, al più, può rapportarsi alle «condizioni dei coniugi»).

Quest'ultimo profilo è di grande rilievo, perché la Cassazione non esita ad affermare che il giudizio non è solo storico, in quanto volto al passato (alla ricostruzione della vita matrimoniale), ma anche volto al futuro, e quindi prognostico, in relazione alla concreta possibilità di inserimento (o di pieno inserimento) nel mondo del lavoro del richiedente medesimo.

Potrebbe dunque affermarsi che l'assegno competerà, ovvero competerà in misura maggiore, a chi ha poco futuro, o meno futuro, rispetto al passato comune con l'ex coniuge.

L'assegno divorzile, allora, a fronte di matrimoni di breve durata, ovvero di coniugi richiedenti giovani e dotati in concreto di capacità lavorativa, sarà tendenzialmente negato o riconosciuto in misura molto contenuta.

L'istruttoria, nelle cause divorzili, si preannuncia perciò molto complessa e combattuta (non senza difficoltà quanto all'esatta distribuzione dell'onere della prova), ben più di quanto lo sia attualmente, e il giudice di merito è anche chiamato – le sezioni unite lo affermano chiaramente – a esercitare con ampiezza i poteri ufficiosi di cui è investito.

Un tale appesantimento dei giudizi, ovviamente, rischia di essere problematico anche quanto ai tempi processuali, che si dilateranno.

Vi è di più.

Il «ritorno» della funzione compensativa potrebbe favorire anche quello della funzione risarcitoria (ve ne è qualche cenno nella sentenza): il riferimento è a quel tuttora oscuro parametro delle «ragioni della decisione», suscettibile di letture ben più invasive di quelle offerte, fino ad ora, dalla giurisprudenza. Se così sarà, l'assegno divorzile dovrà essere riconosciuto e quantificato anche tenendo conto delle cause e delle responsabilità sottese al divorzio (il che pone delicatissime questioni di coordinamento con la precedente separazione, specie con riferimento alla pronuncia di addebito).

Vi è spazio per un rilievo finale: posto che l'assegno divorzile svolge ormai, in forza dell'arresto delle sezioni unite, essenzialmente una funzione perequativa-compensativa, non si comprende per quale ragione tale diritto non possa essere riconosciuto (e, se già riconosciuto, va revocato) in caso di stabile convivenza dell'avente diritto con altra persona, come invece affermato, sulla falsariga di quanto enunciato per l'assegno di mantenimento dalla giurisprudenza più recente – *cf.*, per la separazione, Cass., 27 giugno 2018, n. 16982; per l'assegno divorzile, Cass., 3 aprile 2015, n. 6855; 21 luglio 2017, n. 18111; 5 febbraio 2018, n. 2732.

9. I successivi interventi della prima sezione civile della Cassazione

Nei mesi successivi all'intervento delle sezioni unite, la prima sezione civile, competente in materia di diritto di famiglia, è rimasta ampiamente silente e, certo, delegittimata: le sezioni unite ne hanno clamorosamente smentito la svolta del 2017. Solo negli ultimi mesi sono state pubblicate pronunce di sicuro interesse, conformi ai principi enunciati da Cass., n. 18287/18, e di cui sono stati sviluppati taluni temi.

Di particolare interesse è Cass., 5 marzo 2019, n. 6386.

Nella specie, il giudice di merito aveva revocato l'assegno divorzile a carico dell'ex marito, a fronte di sicure sopravvenienze (il peggioramento delle condizioni economiche di quest'ultimo, pensionato, ma

anche un obiettivo miglioramento di quelle dell'ex moglie, che dispone di congruo reddito proprio).

La Suprema corte ha confermato tale statuizione — alla stregua della pronuncia delle sez. unite — rilevando che non sono (più) operanti né la funzione assistenziale (la sentenza in rassegna non esita a richiamare l'autosufficienza economica dell'ex moglie, così operando i criteri di determinazione dell'assegno individuati da talune pronunce del 2017-2018, disattese proprio dal citato arresto delle sez. unite) né quella perequativo-compensativa, neppure evocata — forse però perché, all'epoca della decisione di merito, ora confermata, tale funzione (certo presente nell'art. 5 l.div.) non era adeguatamente valorizzata dalla giurisprudenza allora prevalente.

Così la massima non ufficiale:

«Posto che l'assegno divorzile svolge una funzione sia assistenziale che perequativa e compensativa, e va determinato alla stregua dei canoni enucleati da Cass. 18287/18, non si discosta da questi ultimi e va pertanto confermata la pronuncia di merito che, in sede di revisione delle condizioni di divorzio, ai sensi dell'art. 9 l. divorzio, ha revocato l'obbligo di corrispondere tale assegno a carico dell'ex marito, per il venir meno sia della richiamata funzione assistenziale, a causa della sopravvenuta riduzione della capacità reddituale dell'uomo, conseguente al suo pensionamento, mentre ormai l'ex moglie è del tutto autosufficiente economicamente, in quanto titolare di un reddito medio di euro 3.000 mensili, sia di quella perequativo-compensativa, atteso che la beneficiaria neppure aveva dedotto quale fosse stato il suo contributo alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'ex coniuge».

Cass., n. 6386/19, cit., merita attenzione proprio perché espressione di una (non univoca) tendenza sia della prima sezione civile che della sesta (la sezione «filtro») a «salvare», per quanto possibile, i provvedimenti di merito in materia di assegno divorzile, pur se pronunciati (evidentemente) sotto l'«impero», per così dire, dei criteri giurisprudenziali ora superati dalle sezioni unite (l'uno, come detto, per quasi un trentennio; quello più recente per poco più di un anno), sempre che, nella sostanza, l'iter motivazionale non si sia discostato dai canoni appunto evidenziati dalla pronuncia più recente, incentrati sulla funzione sia assistenziale che perequativo-compensativa dell'assegno divorzile.

La norma di riferimento, oltretutto, l'art. 5 l.div., è immutata dal 1987. Si vedano, in proposito, anche Cass., 6 marzo 2019, n. 6536; 28 febbraio 2019, n. 5975; nonché 14 febbraio 2019, n. 4523, la quale ha confermato la sentenza della Corte d'appello di Catania, che aveva a sua volta confermato l'assegno divorzile in favore dell'ex moglie alla stregua del criterio della conservazione tendenziale del tenore di vita —

criterio ora superato. Tuttavia, secondo la Suprema corte, i giudici di merito hanno valorizzato anche gli altri parametri di cui all'art. 5 l.div., facendo quindi ricorso con prudenza al criterio del tenore di vita ed evitando ogni forzatura, di fatto in «singolare sintonia» con quanto statuito dalle sezioni unite (si era trattato, oltretutto, di un matrimonio di lunga durata).

Si confronti, però, anche Cass., 29 gennaio 2019, n. 2480, la quale ha cassato la sentenza di merito che, pur sempre alla stregua del criterio del tenore di vita, aveva ridotto l'importo dell'assegno divorzile riconosciuto alla moglie in primo grado. Il giudice di rinvio, afferma la Suprema corte, dovrà ora adeguarsi ai nuovi parametri. È anche affermato che il mancato riconoscimento dell'assegno di mantenimento, in sede di separazione, di per sé non preclude il riconoscimento dell'assegno divorzile, pur se costituisce certo un elemento da considerare anche ex art. 5 l.div., in quanto fornisce utili elementi di valutazione sulle condizioni economiche dei coniugi; sostanzialmente in termini, cfr. Cass., 8 febbraio 2019, n. 3869; 6 marzo 2019, n. 6533; 6 marzo 2019, n. 6534.

Quanto ai profili probatori, è di grande rilievo Cass., 17 aprile 2019, n. 10782 che, nel ribadire che la funzione dell'assegno divorzile non è quella di ricostituire il tenore di vita coniugale, come appunto enunciato dalle sezioni unite, afferma che incombe sul coniuge richiedente l'onere della prova (in quanto fatto costitutivo del diritto azionato) che la sperequazione reddituale e patrimoniale in essere all'epoca del divorzio sia direttamente causata dalle scelte comuni di vita degli ex coniugi, per effetto delle quali un coniuge (richiedente l'assegno) abbia sacrificato le proprie aspettative professionali e reddituali per dedicarsi interamente alla famiglia, in tal modo contribuendo decisamente alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune.

Di sicuro interesse è Cass., n. 11178/19, che ha cassato una pronuncia di merito che aveva confermato il diritto della ex moglie all'assegno divorzile alla stregua, però, dei principi enunciati dalle sezioni unite del 1990; il giudice del rinvio dovrà pertanto rivalutare la questione alla stregua di Cass., n. 18287/18. A tale riguardo, la sentenza osserva che nel giudizio di rinvio saranno ammissibili nuove prove, che servano a supportare il nuovo accertamento, non operando la preclusione di cui all'art. 345, comma 3, cpc.

In sostanza, quindi, e nonostante il carattere chiuso del giudizio di rinvio, vi è spazio per la rimessione in termini delle parti.

Infine, tra le pronunce più recenti a conferma dell'arresto delle sezioni unite, cfr. Cass., 7 maggio 2019, nn. 12022, 12024 e 17039, nonché 17 maggio 2019, n. 13415.

10. La giurisprudenza di merito

Di grande interesse le pronunce di merito successive alla sentenza delle sezioni unite, che ne hanno sviluppato taluni temi rimasti parzialmente in ombra, ad esempio quanto ai profili probatori. Inoltre, e soprattutto, è stato riconosciuto un ruolo assolutamente centrale alla funzione perequativa-compensativa, ben oltre lo stesso enunciato del 2018 (senza tuttavia escludere la configurabilità di un assegno solo assistenziale, da determinarsi però con particolare rigore, sostanzialmente alla stregua dei criteri già espressi dal *revirement* del 2017).

Tra i primissimi provvedimenti noti, vi è Trib. Pavia, 23 luglio 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 320 (in nota sono richiamati ulteriori provvedimenti).

Pur prestando adesione alla pronuncia delle sezioni unite, la sentenza sviluppa, come espressamente enunciato, profili “rimasti in ombra” in quella pronuncia.

In particolare, al fine esplicitato di evitare che l’assegno determini una locupletazione ingiustificata, la sentenza esclude che la funzione perequativa-compensativa surrichiamata possa essere intesa come volta a superare (quasi in una prospettiva macroeconomica, che non può essere quella giudiziaria) le sperequazioni che tuttora esistono nel mercato del lavoro, specie a danno delle donne (la sentenza delle sez. unite alludeva, in un punto, alle perduranti discriminazioni di genere nella società italiana).

Particolare rilievo è poi attribuito al giudizio prognostico *ex ante*, “controfattuale” (il termine non è nella sentenza) sulle aspettative lavorative sacrificate dal coniuge richiedente l’assegno in ragione del matrimonio (il giudizio, appunto, va condotto “come se” il matrimonio non ci fosse stato). Nella specie, tale giudizio non è favorevole alla moglie, che, laureata in scienze politiche, rinunciò a lavorare come giornalista seguendo il marito nelle diverse città dove questi si era trasferito per lavoro, conseguendo poi brillantissimi risultati, anche economici. Infatti, secondo il tribunale, che ricorre a dati di comune esperienza, la donna, se anche avesse lavorato come giornalista, al termine della carriera non si sarebbe trovata in una situazione patrimoniale migliore di quella attuale (tenuto conto che, al di fuori delle “grandi firme”, i redditi dei giornalisti non sono particolarmente elevati).

Inoltre, e soprattutto, il tribunale esclude che vi sia una significativa disparità tra la posizione economica degli ex coniugi; infatti la moglie gode di un rilevante reddito da capitale e d’altronde i due, in sede di separazione, avevano già diviso il patrimonio comune, con attribuzioni che tenevano conto dell’apporto dato dalla moglie alla (brillante) carriera del marito con proprio sacrificio, sicché, in sostanza, la funzione

perequativa-compensativa sopra richiamata è stata già ampiamente assolta.

Così la massima, non ufficiale:

«L’assegno divorzile va determinato in base ai parametri indicati da cass., sez. un., 18287/18, anche alla stregua di un giudizio prognostico “controfattuale”, come se il matrimonio non ci fosse stato, sulle aspettative sacrificate dal richiedente rispetto alla situazione che si crea con il divorzio, sulla scorta di fatti rientranti nella comune esperienza e delle presunzioni semplici, tenendo conto, in particolare: a) del tipo di modello familiare in concreto voluto e posto in atto dalla coppia, b) della circostanza che l’assegno divorzile non può comunque ovviare alle sperequazioni che esistono nel mercato del lavoro, atteso che, diversamente, si favorirebbero scelte matrimoniali basate sulla convenienza economica (nella specie, il tribunale ha negato l’assegno divorzile all’ex moglie, in quanto non vi è una significativa disparità economica tra i due, entrambi benestanti, che, in sede di separazione, già avevano proceduto alla divisione del patrimonio comune con attribuzioni che avevano tenuto conto dell’apporto dato dalla moglie al marito e alla famiglia, con sacrificio della propria carriera professionale, che però, verosimilmente, non le avrebbe comunque garantito, se pure si fosse sviluppata, una più favorevole posizione economica)».

Analogo rigore è espresso da Trib. Treviso, 1° marzo 2019 (in *Foro it.*, di prossima pubblicazione sul fascicolo n. 6/2019), che, nel ribadire la centralità della funzione perequativa-compensativa, afferma che il diritto all’assegno (che presuppone la disparità economico-patrimoniale tra le parti) è proporzionato, anche nel *quantum*, ai sacrifici fatti dal richiedente. In altri termini, quanto più il richiedente si è speso per la famiglia, tanto maggiore sarà l’assegno cui può aspirare (tanto anche in una prospettiva temporale: la durata del matrimonio è essenziale).

Vi è, però, di più: la sentenza configura, in sostanza, anche una diversa tipologia di assegno divorzile solo assistenziale (qui inteso, anche nel *quantum*, come alimentare) e che spetta, in ultima analisi, a chi non abbia i mezzi adeguati per vivere e non sia in grado di procurarseli da solo.

Né mancano profili sottilmente sanzionatori: nella specie, l’assegno è stato negato all’ex moglie, pur priva di reddito proprio, perché – in concreto – ella avrebbe potuto inserirsi (o meglio, reinserirsi) nel mondo nel lavoro, sia per l’età che per la professionalità acquisita, sicché la sua inerzia al riguardo (la donna, in un non breve arco di tempo, si era limitata a inviare dei *curricula* a possibili datori di lavoro) è apparsa colpevole.

Pure improntata a rigore è Corte appello Napoli, 10 gennaio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 658, che in

particolare ha sviluppato il tema della rilevanza dei contributi ricevuti dal richiedente dall'altro coniuge, quello economicamente più forte, oltre alla rilevanza del criterio delle ragioni della decisione (espressamente richiamato dall'art. 5, comma 6, l.div.).

La Corte partenopea ha, comunque, riconosciuto particolare rilievo alla funzione perequativa-compensativa dell'assegno e, quindi, al ruolo del contributo dato dal richiedente alla vita della famiglia; non è escluso un assegno divorzile meramente assistenziale, sempre però che il richiedente non sia economicamente autosufficiente (autosufficienza da intendersi in senso relativo, tenuto conto del contesto socio-economico della famiglia). Da qui, nella specie, la revoca dell'assegno riconosciuto in primo grado alla ex moglie, pur a fronte di una notevole sperequazione economica rispetto all'ex marito e nonostante, tra l'altro, la lunga durata del matrimonio: infatti la donna, da un lato, aveva ampiamente beneficiato delle contribuzioni dell'altro (godendo così di un altissimo tenore di vita); dall'altro, non aveva però contribuito a sua volta al benessere e alla vita della famiglia; il suo relativo benessere, infine, ha impedito il riconoscimento di un assegno anche solo assistenziale.

Trib. Civitavecchia, 14 settembre 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3724, attraverso un'attenta ricostruzione in fatto, anche cronologica, della posizione economica dei coniugi, ha accertato che la moglie, nell'arco di un lunghissimo rapporto matrimoniale, aveva ampiamente contribuito alla vita della famiglia, consentendo così al marito di conseguire un notevole successo professionale, che si riflette nella elevata redditività dell'uomo; da ciò la conferma dell'assegno divorzile (benché la donna disponesse di un modesto reddito, comunque notevolmente inferiore a quello del marito).

Infine, Trib. Roma, 11 ottobre 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3724, pure ha aderito espressamente all'insegnamento delle sezioni unite, al punto che non vi è alcun richiamo agli orientamenti precedenti. In particolare, con Cass., n. 18287/18, cit., i giudici romani riconoscono che, nell'ambito del giudizio di determinazione-quantificazione dell'assegno, debba non solo accertarsi l'eventuale sperequazione della posizione economica delle parti, ma anche se e in che misura questa sia il frutto di scelte condivise, assunte in costanza di matrimonio, alla luce del contributo fornito da ciascuno di essi alla vita e al benessere comune. Nella specie, tale disparità reddituale patrimoniale sussiste sicuramente, alla stregua di un puntuale esame del materiale istruttorio disponibile.

Tuttavia — e qui hanno sicuramente inciso i *revirement* giurisprudenziali in materia — il Tribunale (pur se non è affermato espressamente) non dispone di elementi specifici circa il contributo dato alla formazione del patrimonio comune e di ciascuno di essi;

si tratta di una situazione, come accennato, destinata a presentarsi con frequenza.

Nondimeno, l'assegno divorzile è stato riconosciuto alla moglie, in posizione economica sicuramente peggiore rispetto a quella del marito; la sentenza fa espresso ricorso alle presunzioni, ritenendo che proprio dalla disparità economica possa desumersi il contributo surrichiamato della moglie, nel corso della non breve vita matrimoniale, che ha determinato un sicuro vantaggio per il marito. Ha, inoltre, pesato, ai fini della decisione, la non corretta condotta processuale del marito (che ha omesso di esibire la documentazione reiteratamente richiesta: *cfr.*, al riguardo, Trib. Roma, 17 aprile 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 2188).

Il Tribunale, inoltre — ed è profilo di sicuro rilievo —, ha anche valorizzato, sempre per la determinazione-quantificazione dell'assegno, la circostanza che al marito era stata addebitata la separazione; in altri termini, attraverso il richiamo alle «ragioni della decisione» è qui riconosciuta, sia pure in subordine, anche la funzione risarcitoria dell'assegno divorzile, comunque sottesa alla pronuncia delle sezioni unite.

Di contro (così escludendosi la rilevanza del progresso tenore di vita), è stato ritenuto irrilevante che la posizione economica del marito sia migliorata in forza di una successione ereditaria.

Non mancano pronunce relative alle conseguenze economiche dello scioglimento delle unioni civili.

Tra le prime, *cfr.* Trib. Pordenone, 13 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1451, secondo cui il presidente del tribunale, con l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 4, comma 8, l.div., disposizione applicabile ai sensi dell'art. 1, comma 25, l. n. 76/2016, può attribuire alla parte che ne abbia fatto richiesta l'assegno divorzile (come accennato, pure richiamato dall'art. 1, comma 25, l. cit.), e da determinarsi secondo i parametri di cui a Cass., n. 18287/18, tenendo però anche conto del periodo di convivenza anteriore alla costituzione dell'unione civile.

Ciò sul presupposto, invero del tutto inedito in giurisprudenza, che le parti non avevano alcuna altra possibilità di legalizzare la loro unione anteriormente alla l. n. 76/2016.

11. Profili di “diritto” giurisprudenziale intertemporale

Il rapido succedersi di tre orientamenti giurisprudenziali difformi, pur con riferimento a una norma rimasta invariata, ha determinato notevoli incertezze, specie nei giudizi di appello (ma, si è detto, di quelli di rinvio), nonché nei procedimenti di modifica delle condizioni di divorzio, ai sensi dell'art. 9 l.

n. 898/1970 (i continui *revirement* di cui si è detto hanno comportato la moltiplicazione delle domande di modifica, aumento, diminuzione, revoca di assegni fissati alla stregua di criteri ormai non più seguiti).

Di rilievo è, allora, Corte appello Palermo, 26 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 319.

Si tratta di un decreto pronunciato *ex art.* 9 l. n. 898/1970, quindi a fronte di una domanda di modifica di condizioni di divorzio disposte con precedente provvedimento; si consideri che, ai sensi dell'art. cit., può procedersi alla modifica solo a fronte di giustificati motivi, graniticamente individuati dalla giurisprudenza, nell'intervento di circostanze di fatto sopravvenute significative, che abbiano alterato l'assetto della posizione economica delle parti considerata dal (primo) giudice.

Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, pur ribadendo l'esigenza dell'intervento (e della prova, da parte del richiedente) di sopravvenienze, aveva però affermato che il nuovo assetto dovrà essere valutato dal giudice secondo i «nuovi» criteri per la determinazione dell'assegno divorzile che, all'epoca, erano quelli enunciati dalla sentenza, poi superati da Cass., n. 18287/2018, cit.

La Corte d'appello di Palermo ha richiamato, nell'individuare e riconoscere la sussistenza delle sopravvenienze in fatto, proprio Cass., n. 15481/17,

«applicando» però, ovviamente, quanto ai canoni per il riconoscimento dell'assegno divorzile, quelli affermati dalle sezioni unite.

Da qui, nella specie, la revoca dell'assegno divorzile (con riferimento a una fattispecie altamente conflittuale, che già ha dato luogo a un intervento della Suprema corte): il mutamento delle condizioni degli ex coniugi (migliorate quelle della ex moglie, peggiorate quelle dell'altro) ha infatti consentito di negare — coerentemente con Cass., n. 18287/18 — ogni contributo della donna alla brevissima vita coniugale, sicché non vi è una esigenza perequativa-compensativa da soddisfare.

I giustificati motivi, può allora informarsi, sono anche le “sopravvenienze” giurisprudenziali, che rendono rilevanti fatti, sì, preesistenti, ma (in passato) non rilevanti, quale ad esempio proprio la contribuzione data da ciascun coniuge alla vita familiare.

Cfr., infine, Trib. Treviso, 27 maggio 2019, di prossima pubblicazione su *Il Foro italiano*, che, nel corso di un giudizio divorzile, allorchè (prima dell'intervento delle sez. unite) erano già decorsi i termini per le richieste istruttorie *ex art.* 183, comma 6 cpc, ha rimesso le parti in termini (evidentemente dopo la sentenza delle sez. unite) in applicazione dell'art. 153 cpv cpc; tanto richiamando anche Cass., n. 11179/2019, cit., in tema di giudizio di rinvio.

Opponibilità dello *status familiae*, identità biologiche e buona fede nei procedimenti di ricongiungimento familiare

di Paolo Morozzo Della Rocca

Le verifiche da svolgere quando sia richiesto il visto per il ricongiungimento familiare dovrebbero limitarsi ad accertare l'autenticità dei documenti prodotti e, solo in casi estremi, imporre indagini biologiche ai richiedenti, ma le prassi del tutto diversificate degli uffici consolari, in genere, ampliano ingiustificatamente i loro poteri istruttori, incorrendo nel concreto rischio della lesione dei diritti connessi alla tutela dei dati personali dei cittadini stranieri, anche se minori.

1. I poteri consolari di indagine / 2. La prevalenza del requisito di autenticità dello *status* sulle verità biologiche / 3. Il contrasto tra la minore età legale e l'età biologica / 4. Accertamento delle verità biologiche e violazioni del diritto alla *privacy* / 5. Le violazioni del dovere di buona fede e correttezza nell'azione amministrativa / 6. L'accertamento dello stato coniugale

1. I poteri consolari di indagine

Come è noto, le verifiche riguardo all'effettività delle relazioni familiari dichiarate al momento della richiesta di nulla osta al ricongiungimento familiare sono svolte dagli uffici consolari nel Paese di origine o di residenza del chiamato/i al ricongiungimento.

Quest'ultimo, quindi, entro sei mesi dal rilascio del nulla osta (a pena di decadenza dal procedimento), dovrà recarsi presso l'ufficio consolare italiano competente per il rilascio del visto di ingresso, sottoponendosi alla verifica dei requisiti anagrafici e di stato civile richiesti dalla legge. Peraltro, un secondo termine di decadenza di un anno (a partire dalla data del primo appuntamento presso gli uffici consolari) per il deposito della documentazione richiesta per il rilascio del visto è invalso presso la rete consola-

re, benché la sua legittimità sia stata contestata dalla giurisprudenza¹.

Il rilascio del visto da parte dell'ufficio consolare competente (quello situato nel Paese di residenza, non necessariamente coincidente con il Paese di cittadinanza dell'interessato) è subordinato all'accertamento dell'autenticità della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età², nonché – nei casi richiesti – della documentazione comprovante lo stato di salute e la vivenza a carico. Ai sensi dell'art. 29, comma 1-bis, Tui, se gli stati riguardanti i figli minori, i figli maggiorenni e i genitori «non possono essere documentati in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di una autorità riconosciuta o comunque quando sussistano fondati dubbi sulla autenticità della predetta

1. Cfr. Trib. Torino, 19 febbraio 2013, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2013, p.176 (testo integrale: www.francoangeli.it/Area_RivistePDF/getArticolo.ashx?idArticolo=48762).

2. Sulle problematiche relative all'accertamento della minore età, cfr. M. Malena, *Accertamento della minore età e diritto all'unità familiare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2007, pp. 66 ss. e P. Morozzo della Rocca, *Il diritto al ricongiungimento familiare e le indagini consolari sulla veridicità delle attestazioni contenute nella certificazione di stato civile straniera*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, pp. 117 ss.

documentazione, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi dell'art. 49 DPR 5 gennaio 1967, n. 200, sulla base dell'esame del DNA, effettuato a spese degli interessati».

L'art. 29, comma 1-bis, subordina quindi l'espletamento degli esami del DNA alla mancanza dell'autorità competente al rilascio della documentazione di stato civile, oppure alla sussistenza di fondati dubbi sull'autenticità della documentazione presentata, dove il requisito di autenticità riguarda l'effettiva legittimità del potere documentativo da parte dell'autore del documento, mentre tutt'altra questione è quella della verità o affidabilità delle dichiarazioni contenute nel documento. Al riguardo, può osservarsi che, almeno in linea di principio, l'art. 29 del testo unico richiama l'autorità consolare, una volta verificata l'autenticità del documento, a considerare quest'ultimo valido ed efficace ai fini della procedura di rilascio del visto.

La norma – al pari di quella contenuta all'art. 2, comma 2-bis, del regolamento, che a breve verrà esaminata – pone un onere squilibrato sui richiedenti il visto, addossando loro i costi degli accertamenti ulteriori anche nel caso che non siano loro a mancare della documentazione di stato civile autentica, ma sia invece l'autorità consolare a nutrire dubbi su tale autenticità.

Il problema riguarda soprattutto l'attività più onerosa, che è costituita oggi dall'esame del DNA, spesso imposto agli interessati anche al di fuori dei casi in cui ne sarebbe prevista la necessità. La direttiva 2003/86/CE, all'art. 5, par. 2, prevede infatti che «ove opportuno, per ottenere la prova dell'esistenza di vincoli familiari, gli Stati membri possono convocare per colloqui il soggiornante e i suoi familiari» e solo in via residuale è menzionata la possibilità di altre indagini che siano ritenute necessarie³. Tale disposizione è interpretata dall'Unione europea nel senso che gli Stati membri possono valutare se occorre raggiungere la prova del rapporto di famiglia attraverso interviste o altre indagini, compreso il test del DNA, ma tali indagini non sono ammesse se ci sono «altri mezzi idonei e meno invasivi per stabilire l'esistenza di un rapporto di parentela»⁴.

L'art. 29, comma 1-bis, Tui va, però, coordinato con la disposizione regolamentare (cronologicamente precedente) di cui all'art. 2, comma 2-bis, DPR n.

394/1999, applicabile, a differenza del primo, anche ai coniugi, ai termini del quale, «*Ove gli stati, fatti e qualità personali (...) non possono essere documentati mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di una autorità riconosciuta o della presunta inaffidabilità dei documenti, rilasciati dall'autorità locale, rilevata anche in sede di cooperazione consolare Schengen locale, ai sensi della decisione del Consiglio europeo del 22 dicembre 2003, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi dell'articolo 49 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 200, sulla base delle verifiche ritenute necessarie, effettuate a spese degli interessati*».

A differenza dell'art. 29, comma 1-bis, la norma regolamentare non ha, quale presupposto, il dubbio sull'autenticità del documento amministrativo, ma la mancanza di un'autorità riconosciuta oppure la «*presunta inaffidabilità dei documenti, rilasciati dall'autorità locale*».

Al riguardo va, però, osservato come l'art. 29, comma 1-bis, costituisca disposizione speciale rispetto all'art. 2, comma 2-bis del regolamento, in quanto riguarda specificamente le richieste di visto per ricongiungimento familiare e la prova dei relativi legami di sangue mediante analisi di laboratorio (vi rimane estraneo, quindi, lo stato di coniugio). Ciò dovrebbe – anche se nella prassi non è così – rendere residuale il ricorso da parte dei consolati all'art. 2, comma 2-bis, del regolamento, il cui ambito di applicazione, originariamente, avrebbe peraltro dovuto riguardare le procedure di rilascio dei visti di breve periodo (oggetto della cooperazione consolare Schengen)⁵, al fine di contrastare il cd. “rischio migratorio”, ma è invece stato esteso, più genericamente, a tutte le procedure di rilascio del visto.

2. La prevalenza del requisito di autenticità dello status sulle verità biologiche

Malgrado nella prassi i consolati tendano ad abusare della facoltà di svolgere ulteriori indagini e di richiedere altra documentazione o analisi di laboratorio agli interessati (conseguenza, questa, più che ovvia del fatto che il costo di tali analisi rimane

3. Così C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001, p. 293.

4. *Communication from the commission to the European Parliament and the council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification*, Bruxelles, 3 aprile 2014, par. 3.2.

5. Cioè della competenza del consolato del Paese membro presente nel Paese terzo in funzione di servizio rispetto a visti che riguardano soggiorni di breve durata programmati in altri Paesi membri. Peraltro, la decisione del Consiglio Ue del 22 dicembre 2003 ha nel frattempo perso efficacia a seguito dell'adozione del «codice visti» con il regolamento n. 810 del 2009.

a esclusivo carico del richiedente il visto e, dunque, non costa nulla all'amministrazione che le pretende), l'oggettiva veridicità di quanto dichiarato nella documentazione presentata non dovrebbe normalmente essere oggetto di verifiche ulteriori, soprattutto se queste ultime sono mirate all'accertamento di mere verità biologiche, dato che gli stati familiari, per essere autentici, non devono necessariamente corrispondere al fatto naturale della filiazione, specie là dove sia comunque intervenuto (secondo le regole previste dalla legge del luogo) il possesso di stato⁶; o, comunque, quando l'atto di riconoscimento del figlio non sia stato o non sia più impugnabile e non vi siano elementi per ritenere che esso sia stato preordinato alla domanda di ricongiungimento familiare⁷.

Insomma, là dove il sistema di stato civile straniero persegua il fine – ben conosciuto e condiviso dal nostro stesso sistema di stato civile – di privilegiare la stabilità e la realtà delle relazioni di filiazione premiandole rispetto alla ricerca della verità biologica (costituendo caso mai quest'ultima, entro i limiti e i modi fissati dalla legge, un diritto degli interessati, ma non certo una potestà pubblica svincolata dalle regole del diritto civile)⁸, davvero non si vede perché, contraddicendo alle direttive del nostro diritto di famiglia, dovremmo negare l'autenticità dello *status* di filiazione che, sulla base di consimili direttive, è attestato dall'autorità straniera a ciò competente.

Può dunque essere approvato quell'orientamento giurisprudenziale che, anche in caso di risultato nega-

tivo del DNA, o di rifiuto degli interessati a sottoporvisi (spesso motivato dal costo economico dell'operazione), ha ritenuto di dovere comunque riconoscere l'efficacia dei documenti autentici di stato civile. Osserva la Cassazione che l'amministrazione consolare «non può negare in via di principio valore probatorio alla documentazione ufficiale dello *status filiationis* proveniente dalle competenti autorità del Paese di nascita dell'interessato» ancorché questa non sia assistita dalla medesima fede privilegiata riconosciuta agli atti di stato civile adottati dalle autorità italiane⁹. Spetta, di conseguenza, prima all'amministrazione ed, eventualmente, al giudice valutare caso per caso, e nella consapevolezza del summenzionato principio di efficacia probatoria, la forza di eventuali elementi contraddittori con la documentazione ufficiale e le plausibili ragioni di tale contrasto¹⁰.

Sebbene sul punto la norma sembri chiara, la giurisprudenza ha inoltre dovuto ribadire che l'imposizione agli interessati di analisi di laboratorio è legittimata solo dalla mancanza di documentazione autentica o dall'emersione di adeguati elementi di contraddizione rispetto a essa, in modo da contemperare il disposto dell'art. 29, comma 1-bis, Tui con l'art. 33, comma 3, della legge n.218/1995¹¹.

Questo orientamento ha trovato applicazione, segnatamente, sia a casi nei quali le autorità consolari avevano dubitato dell'effettiva minore età del figlio da ricongiungere, sia casi nei quali era stata richiesta l'ulteriore prova del fatto della filiazione.

6. Figura, questa, declinante nel diritto europeo, ma ancora protagonista in Paesi dove, alla fragilità dei sistemi dello stato civile, si accompagna la difficoltà di contemperare il diritto formale (in gran parte, di derivazione europea) con il cd. "diritto tradizionale". Il tema – ben studiato, soprattutto dai giuristi delle ex potenze coloniali – suscita sempre curiosità e sorprese sul piano antropologico e giuridico, come nel caso dell'obbligo del fratello della donna rimasta incinta da non coniugata ad assumere la paternità del nato, facendolo entrare nella propria famiglia. In argomento A. Deluz, *Mès pères et mès mères. Arrangements familiaux chez les Gouro de Côte d'Ivoire*, in Z.K.S. Dahoun, *Adoption et cultures: de la filiation a l'affiliation*, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 97 ss.

7. Del resto, corrisponde alla stessa prospettiva assunta dal diritto italiano della filiazione – specie a seguito della riforma del 2012 – il consolidamento del rapporto di filiazione fondato sul riconoscimento non veritiero all'esaurirsi del termine di impugnazione dall'atto annullabile, che non può essere comunque superiore a cinque anni (beninteso, con la sola eccezione dell'impugnazione senza termine da parte del riconosciuto). È stato di conserva affermato, sia pure da una dottrina risultata minoritaria, che il mancato riconoscimento da parte del genitore biologico, sebbene consapevole, potrebbe non costituire un atto illecito omissivo ove il mancato riconoscente ne calcoli esattamente gli effetti non pregiudizievoli per il procreato, rendendo in tal modo possibile il formarsi di uno stato civile maggiormente corrispondente all'interesse del minore. Così P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 182 ss. In senso contrario però si vedano le argomentazioni formulate da E. Carbone, *Sull'obbligatorietà del riconoscimento nella filiazione non matrimoniale*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 519 ss.

8. Sull'orientamento del diritto italiano della filiazione nel senso di un passaggio dal *favor veritatis* (affermato in modo non recessivo, in opposizione al *favor legitimitatis*) alla valorizzazione della stabilità del rapporto di filiazione, cfr. A. Cordiano, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 108 ss.

9. Anche riguardo all'atto straniero, occorre valutare se esso raccolga le dichiarazioni dei privati o giunga, invece, ad attestare i fatti costituenti il presupposto del diritto vantato dal soggetto. Al riguardo, cfr., tra gli altri, A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 693 ss.

10. In tal senso Cass., 2 febbraio 2018, n. 4379; Cass. civ., 18 giugno 2013, n. 15234

11. Corte appello Milano, sez. persone, minori e famiglia, 12 febbraio 2013, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2013, pp. 143 ss. (testo disponibile online: www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/corte%20appello%20milano%20101%202012.pdf).

3. Il contrasto tra la minore età legale e l'età biologica

Riguardo, in particolare, alla prova del requisito della minore età, è anche da chiedersi se questa sia in sé da considerarsi un dato meramente biologico o se, invece, costituisca un dato amministrativo dotato di una sua verità autonoma rispetto al dato di natura rimasto oscuro.

È noto come la corrispondenza tra i dati risultanti dai registri dello stato civile e i fatti registrati possa essere variamente inesatta dal punto di vista cronologico e come, nei diversi ordinamenti giuridici, anche in ragione della loro efficienza, sia diversamente modulata la disciplina della dichiarazione (anche e, soprattutto, tardiva) della nascita, esistendo Paesi dove sono altissime le percentuali di mancata registrazione alla nascita.

A mio parere, dovrebbe certamente prevalere l'età anagrafica così come registrata in via amministrativa rispetto all'età biologica, ogni qual volta tale dato amministrativo abbia effettivamente regolato, scandendone i momenti salienti, la vita dell'interessato. Viceversa, dovrebbe essere considerato falso il dato amministrativo che attribuisca all'interessato un'età diversa da quella con la quale egli ha vissuto o sta vivendo le proprie relazioni sociali e giuridiche.

Esemplificando, non può dirsi falsa l'attribuzione in via amministrativa dell'età di diciassette anni a un soggetto che, in caso di esame densiometrico-osseo, risulterebbe invece avere un'età compresa tra i venti e i ventidue anni, se egli risulti essersi iscritto al liceo come quattordicenne tre anni prima e abbia ottenuto l'anno precedente un provvedimento amministrativo riferibile nel suo Paese ai minori che abbiano raggiunto i sedici anni di età. Diverso è, invece, il caso del ventenne straniero accreditatosi come minorenne mediante la presentazione di un atto di stato civile ottenuto corrompendo l'ufficiale di stato civile del suo Paese¹².

4. Accertamento delle verità biologiche e violazioni del diritto alla *privacy*

Non sembra che le prassi consolari si siano poste il problema del diritto alla *privacy* dei soggetti coinvolti nelle indagini genetiche. Emblematico il caso di

una donna somala – cittadina di un Paese nel quale la cultura dei rapporti familiari non sempre garantisce l'incolumità della donna di cui si venga a conoscere l'adulterio – la quale, avendo ricevuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Italia, aveva richiesto il ricongiungimento con i propri figli minori di età. Il consolato, non accontentandosi della dichiarazione di assenso dei due padri esercitanti la responsabilità genitoriale rispettivamente sul figlio più grande e su quello più piccolo, ha però richiesto la prova del DNA per appurare che anch'essi fossero i rispettivi genitori biologici. Ciò ha messo in pericolo – più che in imbarazzo – la madre (accertata tale anche sul piano delle risultanze del DNA), la quale ben sapeva che le indagini genetiche avrebbero dimostrato che il primo marito non era padre del suo primogenito, in quanto da lei concepito con quello che sarebbe poi divenuto il suo secondo marito.

5. Le violazioni del dovere di buona fede e correttezza nell'azione amministrativa

Il giudice ordinario ha dovuto spesso censurare la mancanza di correttezza e di diligenza degli uffici consolari, come nel caso in cui il consolato si era astenuto – per ben quattro anni – dal rilascio del visto per ricongiungimento familiare dei figli minori di età, giustificando il silenzio inadempimento con l'emergere di «alcune irregolarità formali concernenti il cognome dei figli apparentemente diverso da quello del padre (Abdulle invece che Cabdulle)» a fronte, però, dell'esame del DNA fornito dal richiedente e confermativo del rapporto biologico di procreazione, cui era peraltro seguita, nei successivi tre anni, l'inerzia dell'amministrazione. La violazione dell'obbligo di fornire una risposta in tempi ragionevoli, avendo leso un diritto fondamentale della persona «che, come tale, non può essere sacrificato a tempo indeterminato da un comportamento omissivo della p.a.», ha comportato la condanna, oltre che al rilascio del visto, al risarcimento del danno non patrimoniale subito dal ricorrente¹³.

Particolarmente emblematica è la vicenda conclusasi con la condanna della Francia, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, al risarcimento dei danni morali. Alla base della vicenda v'è, come spesso

12. Opportunamente, Trib. Roma, 20 luglio 2015, n. 11006, in *Immigrazione.it* (<https://immigrazione.it/giurisprudenza/ambito/32/4>), ha ritenuto coerente la minore età anagrafica indicata nell'atto dello stato civile straniero del giovane risultato già maggiorenne dalle indagini mediche ordinate dal consolato italiano, in quanto tali risultanze vanno apprezzate tenendo conto del margine di errore che esse comportano e che è fissato in un *range* di due anni.

13. Trib. Torino, sez. I civ., ord. 3 marzo 2015, in *Immigrazione.it*.

accade in Africa, la disorganizzazione del sistema di stato civile camerunese, tale da fare ritenere al consolato non veritieri i certificati di nascita presentati dalla madre nel richiedere il ricongiungimento familiare con i suoi due figli. Tuttavia, la donna aveva supplito sia mediante la rettificazione in via giudiziaria degli atti di nascita presso la magistratura camerunese, sia mediante la sottoposizione all'«esame del DNA, con esiti a lei favorevoli, senza però ottenere il rilascio del visto per i suoi figli, sopraggiunto solo a seguito della pendenza della sua azione davanti alla Corte europea, a quattro anni dalla richiesta di ricongiungimento»¹⁴.

6. L'accertamento dello stato coniugale

Riguardo alla prova dello stato di coniuge, si pongono soprattutto due questioni. La prima è quella relativa all'efficacia della documentazione autentica nei casi in cui il consolato sia in dubbio (e quanto possa essere ampio il margine del dubbio non v'è norma che possa specificarlo) o abbia il sospetto che, nonostante la sua autenticità, questa non sia tuttavia veritiera e, comunque, non sia pienamente attendibile.

In questi casi, la giurisprudenza tende a circoscrivere il compito dell'ufficio consolare all'accertamento della «autenticità della documentazione comprovante i presupposti di parentela, coniugio, minore età o stato di salute», ritenendo che, invece, non gli compete eccepire «l'inattendibilità delle certificazioni»,

salva, appunto, «la verifica dell'autenticità in sé del documento»¹⁵.

La seconda questione riguarda invece la tutela del diritto all'unità familiare nei casi in cui la documentazione autentica manchi per cause non dipendenti dalla negligenza degli interessati i quali si dichiarino coniugi e attestino questo loro *status* con altri elementi di prova.

Al riguardo, va riscontrata la scarsa attitudine dei nostri consolati a considerare e tutelare le posizioni di buona fede dei richiedenti il visto per ricongiungimento familiare, intendendo con tale espressione l'evidenza dello sforzo collaborativo dei richiedenti nel dare informazioni e attuare comportamenti finalizzati a dare dimostrazione, almeno, del possesso di stato in quelle situazioni nelle quali la mancanza di documentazione ufficiale, avente ad oggetto la celebrazione del matrimonio, non sia a loro imputabile.

La scarsa attitudine degli uffici consolari a porsi in relazione con i richiedenti in ottemperanza al principio di buona fede trova limite e censura in un orientamento del Consiglio di Stato, il quale ha infatti da tempo affermato che, ove non sia possibile riconoscere valore fidefacente alle certificazioni di stato civile perché non provenienti dall'autorità locale competente (che, nel caso di specie, non esisteva più), l'ambasciata italiana non può per ciò solo rifiutare il visto di ingresso, ma è suo onere accertare se la documentazione presentata sia comunque idonea, in relazione alla genuinità della stessa e alle circostanze del caso¹⁶.

14. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, 10 luglio 2014, *Senigo Longue e altri c. Francia*.

15. *Cfr.* Trib. civile e penale di Torino, sez. IX civ., ord. 6 dicembre 2011, in *Gli stranieri*, n. 1/2012, pp. 151 ss. Nel medesimo senso, su fattispecie pressoché identica, *cfr.* Trib. Genova, 1° agosto 2011, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2011, pp. 164 ss.

16. Così Cons. Stato, parere 3 dicembre 2003, n. 3280, in *Foro it.*, 2004, III, 399 ss.

Genere e genere di famiglia *

di *Laura Ronchetti*

Il contributo propone un'analisi dell'ordinamento italiano che interroghi la dimensione giuridica dell'autonomia procreativa delle donne e delle diseguaglianze di fatto esistenti tra i generi nella riproduzione sociale. Se le nostre Costituenti affermarono il carattere sociale e pubblico del lavoro di riproduzione sociale sulla base del principio dell'uguaglianza sostanziale, oggi assistiamo al prepotente ritorno di una spinta verso la privatizzazione della famiglia e dei rapporti di forza endofamiliari.

1. La famiglia e il genere / 2. La funzione sociale della maternità in Assemblea costituente / 3. Contro l'«essenziale» funzione familiare delle donne, le donne conquistarono i diritti sociali / 4. Le condizioni “di fatto” e l'eguaglianza: *L'onorevole Angelina* / 5. Procreazione e riproduzione sociale / 6. «Sono di genere femminile e quindi sempre infide»: “malvezzo” duro a morire, anzi più vivo che mai nel ddl Pillon

1. La famiglia e il genere

La famiglia è il luogo, la formazione sociale nella quale si organizza e si struttura gran parte della riproduzione della società. Tale riproduzione sociale consiste in una serie di lavori di cura delle cose e delle persone, la quale è tradizionalmente svolta dalle donne a titolo gratuito; peraltro, un ruolo determinante nella riproduzione nel suo insieme è rappresentato dalla procreazione in sé. Mentre sarebbe sempre possibile, se non improcrastinabile, una diversa e più equa divisione sessuale del lavoro di riproduzione sociale, non più basata su una gerarchia tra i sessi che impone ruoli di genere all'interno delle famiglie e anche al di fuori di esse, solo il corpo della donna può procreare, cioè compiere l'insieme degli atti e dei processi che consentono di trasmettere la vita. Quest'asimmetria tra i sessi nella procreazione è, dal mio punto di vista, un punto di ancoraggio indefettibile per ogni rifles-

sione giuridica che coinvolga la maternità, i rapporti familiari e il concetto stesso di famiglia.

L'ordinamento dovrà, allora, essere analizzato anche in considerazione del determinante ruolo della procreazione in sé nell'intera riproduzione sociale per la prosecuzione della specie umana e di quanto questo ruolo possa essere svolto soltanto dalle donne. L'asimmetria tra i sessi nella procreazione è infatti alla base dei perenni tentativi da parte del diritto di dominare il potere procreativo delle donne. Qual è la considerazione che il nostro ordinamento ha dell'autonomia procreativa delle donne? Quanto la maternità non è confinata a mero affare privato, ma ha conquistato una dimensione sociale e politica di assoluto rilievo, fondativa delle forme della convivenza?

Una seconda questione investe, invece, le condizioni “di fatto” esistenti nel resto del lavoro riproduttivo: in altri termini, della cd. divisione sessuale nel lavoro della riproduzione sociale. I diritti sociali

* - Il presente contributo è parte della relazione tenuta all'Università di Bergamo, il 5 ottobre 2018, nel convegno intitolato «70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo», in corso di pubblicazione a cura di A. Lorenzetti e B. Pezzini.

non sono proprio quei diritti che liberano le donne dal peso della riproduzione sociale attribuendone la responsabilità all'intera società e alle sue istituzioni pubbliche? Come l'ordinamento considera e pondera le diseguaglianze in base al genere rilevabili nel lavoro di riproduzione sociale? La stessa dimensione pubblica del lavoro di cura che spazio trova nel diritto civile e in particolare nel diritto di famiglia?

2. La funzione sociale della maternità in Assemblea costituente

Già le donne elette in Assemblea costituente dimostrarono di avere una grande consapevolezza del ruolo cruciale svolto dalle donne nella complessiva riproduzione della società e dell'impossibilità di subordinare tale riconoscimento a condizioni giuridiche o sociali di inferiorità. È interessante ricordare quel dibattito a pochi mesi dall'anniversario dei settant'anni dell'entrata in vigore della Costituzione. Spesso, infatti, si è criticato l'assorbente interesse delle donne Costituenti per la famiglia e il "materno", ma a ben vedere la loro attenzione era rivolta alla concretezza della realtà sociale, incentrata sulle condizioni di fatto che andavano assicurate a tutti, ma soprattutto a tutte le donne, nel godimento di diritti sociali indispensabili per poter svolgere in maniera libera e dignitosa e, dunque, autonoma la propria esistenza.

Nota è il contributo assiduo e costante, con funzioni di relatrici e correlatrici, in particolare di quattro Costituenti che presero parte attivamente ai lavori della prima «*Diritti e doveri dei cittadini*» (Iotti - Pci) e della Terza sottocommissione «*Diritti e doveri eco-*

nomici e sociali» (Federici - Dc; Merlin - Psi; Noce - Pci) della commissione incaricata di elaborare e proporre il progetto di Costituzione da discutere in aula, divenuta nota con il nome di "Commissione dei 75".

Teresa Noce, sin dal 26 luglio 1946¹, pone il problema della *funzione sociale della maternità* perché «la maternità non deve essere considerata soltanto in funzione della famiglia, ma anche dello Stato, appunto perché è un problema di natura sociale». Nella sua relazione, ribadisce che la maternità non è solo un «affare privato». È l'occasione per fare uscire dal privato la famiglia e riconsegnarla alla sua dimensione schiettamente politica: non è più ammissibile una famiglia «antidemocratica» – come la definì Nilde Iotti – che relega le donne in una condizione di inferiorità che impedisce loro di sviluppare liberamente la propria personalità². Se, per Iotti, i diritti e i doveri del padre e della madre sono identici, per contro il correlatore, uomo democristiano, afferma che «pur essendo d'accordo che sia oramai superato il concetto della inferiorità della donna, che non ha più bisogno dell'autorizzazione maritale per la stipulazione di negozi giuridici, non si sentiva di sconvolgere il diritto della famiglia ad avere un capo, che *per la natura stessa della famiglia*, deve essere il padre»³.

Contemporaneamente, in Terza sottocommissione⁴, Angelina Merlin ribadisce che «il riconoscimento della funzione sociale della maternità non interessa solo la donna, o i figli, ma l'intera società»⁵. Mentre Merlin e Noce parlano di lavoratrici e figli, la democristiana Maria Federici vuole che il soggetto sia la famiglia, ma al tempo stesso propone un articolato che parla di «donna-capofamiglia» e propone la tutela delle «famiglie irregolari»⁶.

1. Atti dell'Assemblea costituente, resoconto sommario, Terza commissione, 26 luglio 1946, p. 5.

2. Nella sua relazione, Nilde Iotti afferma che «uno dei coniugi poi, la donna, era ed è tuttora legata a condizioni arretrate che la pongono in stato di inferiorità e fanno sì che la vita familiare sia per essa un peso e non fonte di gioia e aiuto per lo sviluppo della propria persona. Dal momento che alla donna è stata riconosciuta, nel campo politico, piena eguaglianza col diritto di voto attivo e passivo, ne consegue che la donna stessa dovrà essere emancipata dalle condizioni di arretratezza e di inferiorità in tutti i campi della vita sociale e restituita a una posizione giuridica tale da non menomare la sua personalità e la sua dignità di cittadina».

3. Il 30 ottobre 1946 la Prima sottocommissione della Commissione per la Costituzione inizia la discussione sulla famiglia, con le relazioni di Nilde Iotti e Camillo Corsanego: il relatore (Dc) dichiara di non essere riuscito a formulare un'articolazione unica con la onorevole Iotti, secondo la quale i diritti e doveri del padre e della madre sono identici mentre a suo giudizio deve stabilirsi il principio della prevalenza del *pater familias*. Il terzo punto di disaccordo è dovuto alla richiesta della correlatrice di affermare in Costituzione il principio che i figli illegittimi debbono avere la stessa identica posizione giuridica di quelli legittimi. Il relatore aggiunge, infine, che «Altro punto non proprio di disaccordo, ma di differenziazione, è in ordine alla indissolubilità del matrimonio. A tale proposito la onorevole Iotti, pur avendo dichiarato (...) che non avrebbe fatto proposte relative al divorzio, non si è sentita d'altra parte di accedere alla dichiarazione opposta, cioè che lo Stato garantisce l'indissolubilità del matrimonio».

4. Il 13 settembre 1946, la Terza sottocommissione della Commissione per la Costituzione inizia la discussione generale sulle garanzie economico-sociali per l'assistenza della famiglia partendo dalla relazione dell'onorevole Angelina Merlin e dalle relazioni delle correlatrici Maria Federici e Teresa Noce. Nella relazione, Merlin afferma che «il concetto dell'uguaglianza dei diritti della donna nei confronti dell'uomo (...) ha un'importanza decisiva nella formazione della famiglia».

5. 13 settembre 1946, resoconto, p. 34.

6. Terza sottocommissione, 18 settembre 1946, resoconto, p. 45. Noce insiste sul fattore economico. Nel confronto tra l'impostazione di Noce e quella di Merlin e Federici, passerà questa seconda, meno stringente. Noce propone anche un articolo: «Lo Stato italiano garantisce

3. Contro l'«essenziale» funzione familiare delle donne, le donne conquistarono i diritti sociali

Di estremo rilievo è che molte Costituenti si opposero all'aggettivo «essenziale» riferito alla «funzione familiare» delle lavoratrici proposto da Aldo Moro⁷, il quale trova sostegno nel collega Ottavio Mastrojanni, che concorda sul fatto che «il fenomeno dilagante dell'attività della donna nel campo sociale e politico, come nel campo del lavoro comune, ha portato come conseguenza l'indebolimento della compagine familiare e dell'educazione dei figli», mentre «la funzione naturale della donna è quella che *la natura* le ha attribuito, comprendente non solo la procreazione, ma anche la difesa e l'educazione dei figli». E, più avanti: «si verrebbe ad ammettere il principio che si possa anteporre alla funzione naturale biologica della donna, la funzione economica e sociale. Di conseguenza, ritiene che la parola “essenziale” abbia un significato dal quale non si possa prescindere, nel senso che si deve ritenere che la donna rimanga quanto è più possibile nella sua *funzione naturale*, e che il resto della sua attività nella vita pubblica e lavorativa sia considerato come accessorio e non come essenziale».

In aula, dieci donne⁸ presentarono un emendamento, svolto da Merlin, che proponeva di sopprimere la parola «essenziale» perché «consacrerebbe un principio tradizionale, ormai superato dalla realtà economica e sociale, il quale circoscrive l'attività del-

la donna nell'ambito della famiglia». La condizione di “addetta alla famiglia” della donna viene immediatamente collegata all'assenza di diritti sociali e economici: «nessuna assistenza sanitaria viene loro prodigata nel periodo delicato ed importante della maternità, né vi sono nidi, scuole, istituti sanitari per i bimbi, per sorvegliarli ed accoglierli nel tempo in cui la madre è impegnata nel suo lavoro. Io penso che la Costituzione, assicurando una adeguata protezione alla madre ed al bimbo, avrebbe garantito la difesa alla società tutta intera»⁹.

Con questo obiettivo, a partire dalle condizioni concrete delle donne, Merlin aveva presentato una proposta sul diritto al lavoro aggiungendo l'idea di «piani economici per garantire il minimo di vita, o altrimenti, l'assistenza»¹⁰; Noce aveva chiarito la differenza tra previdenza e assistenza, affermando espressamente che l'assistenza è «per quelle persone che non fanno un lavoro salariato e in modo particolare [del]le madri di famiglia, [del]le cosiddette casalinghe, le quali, pur non facendo un lavoro salariato, sono utili alla collettività, in quanto hanno cura dell'allevamento dei bambini»¹¹. Quando un costituente le risponde che si tratterebbe di beneficenza, Noce ribatte che «non si tratta di assistenza sotto forma di carità pubblica, sia pure sociale, ma di qualche cosa che sorge da un diritto»¹² perché «la donna lavoratrice non è soltanto l'operaia, bensì anche quella che, avendo una numerosa prole da allevare, non può lavorare»¹³ e chiede per essa l'assistenza, un salario.

ad ogni donna, qualunque sia la sua posizione sociale e giuridica, la possibilità di procreare in buone condizioni economiche, igieniche e sanitarie», in Terza sottocommissione, 13 settembre 1946, resoconto, p. 40.

7. 8 ottobre 1946, Prima sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

8. Nadia Gallico Spano, Teresa Noce Longo, Teresa Mattei, Elettra Pollastrini, Rita Montagnana Togliatti, Angelina Merlin, Maria Madalena Rossi, Adele Bei, Leonilde Iotti, Angiola Minella, insieme con gli onorevoli Barbareschi, Carmagnola, Mariani, Vischioni, De Michelis, Costantini, Merighi.

9. 10 maggio 1947, quando l'Assemblea costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del titolo terzo della parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti economici». Angelina Merlin aggiunge che: «Se la Costituzione deve essere quell'atto fondamentale e solenne per cui si traducono in norme i rapporti fra le esigenze etiche, sociali, economiche e gli ordinamenti giuridici, non potevamo che dar valore di legge ad una rivoluzione già compiuta nella nostra coscienza di donne. Noi sentiamo che la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità (...) [A]nche nella casa, in troppe case, la funzione della maternità si svolge contemporaneamente al lavoro ed in condizioni inumane. Non soltanto nella Sicilia, nell'Italia meridionale e centrale, ma anche nelle progredite regioni dell'Italia settentrionale, vi sono case nelle quali le donne svolgono un lavoro senza avere per sé e per i loro bambini una speciale, adeguata protezione». Sul punto cfr. F. Covino, *Donna Lavoratrice (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl. (Aggiornamento)*, 2015, pp. 138-141, nonché M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia: evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2018, in particolare p. 46.

10. 30 settembre 1946, resoconto, p. 15.

11. Atti Assemblea costituente, Terza sottocommissione, 11 settembre 1946, resoconto, p. 21.

12. *Ibid.*, p. 25.

13. Terza sottocommissione, 13 settembre 1946, p. 38.

La correlatrice Federici insiste¹⁴: «noi crediamo che non si possa arrivare (...) tanto facilmente al salario familiare ed allora chiediamo almeno che le disposizioni generali, gli orari, la durata del lavoro, i permessi ed i congedi, tengano presente che la donna lavoratrice, oltre al suo lavoro, dinanzi alla macchina, dinanzi allo scrittoio, o in qualsiasi altra occupazione di carattere materiale o intellettuale, ha anche una grande funzione da svolgere: (...) [I]o credo che appartenga alla esperienza di tutti (...) che la donna dispieghi nella famiglia un complesso grandioso di attività, il cui valore è notevolissimo anche *dal punto di vista economico*».

Merlin esprime la concretezza della visione dell'uguaglianza che le Costituenti veicolano: da subito, afferma che sarebbe necessario il diritto di ogni persona ad avere assicurato «il minimo necessario per l'esistenza, e precisamente agli alimenti, agli indumenti, all'abitazione e all'assistenza sanitaria»¹⁵.

Tutti questi interventi dimostrano quanto fosse prioritario, per superare le disuguaglianze di genere costruite intorno alla dicotomia tra la sfera privata della famiglia e quella pubblica della produzione, affermare la più ampia pubblicizzazione e socializzazione del lavoro di riproduzione sociale, anche in nome del suo valore economico. Le Costituenti si batterono per il diritto alla salute, per il diritto all'istruzione, per il diritto all'assistenza e alla previdenza, ben consapevoli che, in assenza di un intervento pubblico a spese della collettività, il peso della cura dei malati, dei bambini, degli inabili al lavoro sarebbe ricaduto sulle loro spalle.

4. Le condizioni “di fatto” e l'eguaglianza: *L'onorevole Angelina*

I profili qui richiamati sono proprio quelli per i quali lotta la protagonista del film di Luigi Zampa, *L'onorevole Angelina* (con nome che ricorda la Merlin), uscito con i lavori della Assemblea costituente ancora in corso, nel 1947: Anna Magnani rappre-

senta la capacità di mobilitazione delle donne (solo delle donne e delle donne da sole) della borgata di Pietralata a Roma per rivendicare acqua, cibo, casa, trasporti, condizioni igieniche e sanitarie decorose. Mette in scena quanto la piena partecipazione alla vita collettiva delle donne comporti necessariamente una ridefinizione dei ruoli dei sessi all'interno della famiglia e dell'intera società. Angelina sa “baccagliare” talmente bene che le borgate potrebbero portarla in Parlamento facendola diventare “Onorevole”, ma presto si trova messa all'angolo: la borgata la rinnega, la pubblica sicurezza la mette in prigione, il marito la vuole lasciare perché non è più lui il *capofamiglia*. Il film coglie l'inadeguatezza delle relazioni tra i sessi e della società: Angelina ripristina il ruolo del marito come capofamiglia, rinuncia alla candidatura parlamentare anche se non smetterà di baccagliare per quei diritti necessari per vivere un'esistenza libera perché dignitosa.

In questa protagonista ritroviamo quanto magistralmente detto in Assemblea costituente da Teresa Mattei¹⁶: «In una società che da lungo tempo ormai ha imposto alla donna la parità dei doveri, che non le ha risparmiato nessuna durezza nella lotta per il pane, nella lotta per la vita e per il lavoro (...) nessuno sviluppo democratico, nessun progresso sostanziale si produce nella vita di un popolo se esso non sia accompagnato da (...) un effettivo progresso e una concreta liberazione per tutte le masse femminili e non solamente nel campo giuridico, ma non meno ancora nella vita economica, sociale e politica del Paese». Mattei non pensa che il diritto, da solo, possa modificare la cultura: «È purtroppo ancora radicata nella mentalità corrente una sottovalutazione della donna, fatta un po' di disprezzo e un po' di compatimento, che *ha ostacolato* fin qui grandemente o ha addirittura vietato l'apporto pieno delle energie e delle capacità femminili in numerosi campi della vita nazionale. Occorre che *questo ostacolo sia superato*». Nel denunciare la cultura patriarcale, dunque, Mattei ricorre alle parole che poi saranno scolpite nel principio di uguaglianza sostanziale che ha reso la nostra democrazia una forma di Stato costituzionale sociale.

14. Il 10 maggio 1947, nella seduta antimeridiana, l'Assemblea costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del titolo terzo della parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti economici».

15. Terza sottocommissione, 13 settembre 1946, p. 33.

16. Il 18 marzo 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente prosegue la discussione generale delle «Disposizioni generali» del progetto di Costituzione della Repubblica italiana. Teresa Mattei aggiunge che: «Nasce e viene finalmente riconosciuta nella sua nuova dignità, nella conquistata pienezza dei suoi diritti, questa figura di donna italiana finalmente cittadina della nostra Repubblica. Ancora poche Costituzioni nel mondo riconoscono così esplicitamente alla donna la raggiunta affermazione dei suoi pieni diritti. Le donne italiane lo sanno e sono fiere di questo passo sulla via dell'emancipazione femminile e insieme dell'intero progresso civile e sociale. È, questa conquista, il risultato di una lunga e faticosa lotta di interi decenni. Il fascismo, togliendo libertà e diritti agli uomini del nostro Paese, soffocò, proprio sul nascere, questa richiesta femminile fondamentale, ma la storia e la forza intima della democrazia ancora una volta hanno compiuto un atto di giustizia verso i diseredati e gli oppressi».

Per far capire a quale cultura si riferisse, Mattei parte dalla sua esperienza diretta e racconta che «Un onorevole Deputato, che sta negli ultimi settori della destra» si sia così espresso, «con la solita aria di disprezzo (...): “Sono di genere femminile e quindi sempre infide” (ilarità). È questo un malvezzo (...). Per questa ragione io torno a proporre che sia migliorata la forma del secondo comma dell’articolo 7» – l’attuale art. 3 – «nel seguente modo: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli d’ordine economico e sociale che limitano «di fatto» – noi vogliamo che sia aggiunto – la libertà e l’eguaglianza degli individui e impediscono il completo sviluppo della persona umana”»¹⁷.

Come si è dimostrato è una malevola voce quella che sminuisce l’apporto delle donne Costituenti, attribuendo loro “solo” la disciplina della famiglia e della maternità: esse introducevano, al contrario, quel «di fatto» che consente di calare il principio di uguaglianza nella concretezza delle relazioni socio-economiche, permettendo di parlare di eguaglianza sostanziale; rivendicavano reddito per il lavoro domestico sotto forma di assistenza e servizi; lottavano per una trasformazione radicale della famiglia quale formazione sociale che doveva garantire lo sviluppo della personalità e il reciproco sostegno e aiuto senza subordinazioni di genere.

5. Procreazione e riproduzione sociale

Innegabile, dunque, la consapevolezza di alcune donne alla Costituente sulla dimensione sociale della maternità come parte significativa della riproduzione dell’intera società e quanto questa rivendicazione sia strettamente connessa alla dimensione dell’eguaglianza sostanziale. A distanza di settant’anni è importante verificare, dunque, se e quanto l’ordinamento attuale esprima un’analogia consapevolezza con l’obiettivo di superare le disegualianze di genere o se, viceversa, manifesti una tendenza a disconoscere l’asimmetria tra i sessi nella procreazione e la disparità di fatto esistente tra i generi nel lavoro di cura e di riproduzione sociale.

Sotto il profilo del riconoscimento dell’asimmetria tra i sessi nella procreazione, come ho tentato di argomentare in altre occasioni¹⁸, sono convinta che la garanzia giuridica dell’autonomia sessuale e procreativa delle donne non sia ancora piena. Proprio in tema di procreazione, dove l’asimmetria tra i sessi è radicale e non superabile, l’autodeterminazione delle donne non è presa in considerazione, perché ogni forma di garanzia costituzionale è ricondotta alla salute psico-fisica ex art. 32, con la totale assenza di qualunque rilievo della libertà personale, del profilo della scelta libera e responsabile. Eppure il 2018, oltre a essere l’anniversario della Costituzione, è stato anche quello della legge n. 194 del 1978, che portava a compimento una nuova accezione della maternità cominciata con la legge sui consultori del 1975, lo stesso anno della riforma del codice di famiglia: al riconoscimento del “valore sociale della maternità” si affiancava il “diritto alla procreazione cosciente e responsabile”.

Maternità come scelta e non come destino sociale. Procreazione solo se desiderata, per evitare donne prigioniere del loro stesso corpo. In quegli anni, comincia ad affermarsi la fecondazione assistita dalla tecnica come potenziamento dell’autonomia procreativa delle donne, a prescindere dalla sessualità e, quindi, dall’altro sesso. Invece, con la legge n. 40, del 2004 la questione diventa, non di maternità, ma di genitorialità. Non solo si tratta di genitorialità basata sul cd. paradigma eterosessuale, ma è evidente che il legislatore diffida apertamente della donna che non sia accompagnata in modo stabile da un uomo: l’accesso alla fecondazione assistita è consentito solo alle coppie e non alla donna in quanto tale (art. 5, l. n. 40/2004)¹⁹. Se la capacità fecondativa vede i due sessi condividere lo stesso ruolo nelle scelte e nelle responsabilità procreative, non può non rilevare il dato di fatto, incontrovertibile, che gli uomini non possono né iniziare né portare a termine una gravidanza, né partorire. Questa differenza fondamentale, che emerge chiaramente nella legge sull’interruzione volontaria della gravidanza alla quale accede “la donna”, nella disciplina sulle tecniche di fecondazione assistita perde del tutto rilievo giuridico, contrariamente a quanto previsto in altri ordinamenti (Regno Unito e Spagna)²⁰, che riconoscono l’accesso alle tecniche alla singola donna. Con la sentenza n. 162

17. Segnala l’intervento di Mattei, mettendolo in connessione con il lavoro di Merlin e Noce sul concetto di assistenza, C. Giorgi, *Il principio di eguaglianza: culture politiche e dibattito costituente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2018, pp. 9 ss, in particolare pp. 40-41.

18. Da ultimo, rinvio al mio *La dimensione costituzionale dell’autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. Caielli - B. Pezzini - A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Cirsd, Torino, 2019.

19. In questa sede, dedicata all’autodeterminazione della singola persona, si critica il paradigma della coppia in sé per l’accesso alle tecniche.

20. Cfr. C. Casonato e T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2006. In Spagna, dal

del 2014²¹, la Corte costituzionale ha, sì, introdotto un elemento di autodeterminazione, di cui ho lamentato l'assenza nella ricostruzione giuridica e, in particolare, costituzionalistica sulle vicende relative al corpo delle donne²². Si tratta, tuttavia, di un'autodeterminazione connessa non alla autonomia procreativa della donna, ma al diritto della coppia alla formazione di una famiglia²³.

Eppure, le Costituenti ottennero di avere in Costituzione, all'art. 31, un secondo comma che sancisce la protezione della maternità, «favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Oltre la procreazione in sé, tuttavia, come evidenziavano le donne Costituenti, c'è un'intera esistenza di riproduzione sociale: prima, dopo e a prescindere dalla procreazione.

È sulla base di questa consapevolezza che alcune costituenti, alcune femministe degli anni settanta nonché parte del femminismo contemporaneo ritengono che il lavoro familiare, domestico e di cura, non salariato, dovrebbe essere fonte di un diritto a un reddito monetario, anche sotto forma di servizi e assistenza.

Oltre all'assistenza pubblica nelle sue varie sfaccettature, mai davvero soddisfacente, il diritto ha

riconosciuto un valore pure economico, oltre che sociale, al lavoro familiare che coinvolge anche i rapporti interprivati: gli alimenti all'ex coniuge economicamente svantaggiato (statisticamente, la donna) esprimono il riconoscimento del valore economico del lavoro familiare svolto, del contributo personale dato da ciascuno nella conduzione familiare e nella formazione del patrimonio di entrambi; infatti, l'assegno, oltre ad avere natura assistenziale del coniuge più debole, ha anche una natura "compensativa" dell'impegno personale al benessere complessivo della famiglia che deve essere considerata nella definizione degli alimenti (art. 5, comma 6, l. n. 898/1970)²⁴. L'assegno di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, che fa sorgere un credito *iure proprio* in capo al coniuge affidatario, non è rimesso a una illimitata autonomia privata dei coniugi, ma è determinato dal giudice in proporzione alle sostanze e alle capacità di lavoro di ciascuno dei genitori.

Sebbene sarebbe necessario operare una radicale trasformazione della divisione sessuale del lavoro (di cura²⁵ e non), che a mio parere non sarà mai soddisfacente se contemporaneamente non verrà ripensato il rapporto tra riproduzione sociale e produzione²⁶, non è possibile ignorare la perdurante sperequazione "di

1988, può accedere alle PMA ogni donna maggiorenne con capacità d'agire e, dal 2006, a prescindere dallo stato civile e dall'orientamento sessuale.

21. Con la decisione n. 162 del 2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di inseminazione cd. "eterologa", la Corte costituzionale afferma che «la scelta (...) di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà (...) riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.», «poiché concerne la sfera privata e intima ed intangibile della persona umana [che] non può che essere incoercibile» e si caratterizza per «la libertà e volontarietà dell'atto». Sull'accesso alla donazione dei gameti in Italia, si rinvia alle analisi di F. Angelini, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 214 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa, in Istituzioni del federalismo*, n. 1/2015, pp. 61-87.

22. Si rinvia al mio *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo*, 11 aprile 2006, www.costituzionalismo.it/articoli/207.

23. Come rileva M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. Fecondazione eterologa*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 22, «il divieto di procreazione medicalmente assistita cd. "eterologa" veniva, altresì, ritenuto lesivo del diritto all'autodeterminazione delle coppie in relazione alle proprie scelte procreative, pregiudicando in modo irragionevole il diritto della coppia di vedersi riconosciuto il diritto delle "giuste esigenze della procreazione", enucleato dal Giudice costituzionale in occasione della fondamentale decisione n. 151 del 2009, e di fondare una famiglia».

24. In questo senso, da ultimo, Corte di cassazione, ordinanza n. 18287 del 11 luglio 2018, sez. unite civili: «Le Sez. Unite hanno affermato che ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, dopo le modifiche di cui alla l. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, "ove il coniuge più debole abbia rinunciato alle proprie aspettative professionali per assolvere agli impegni familiari" (...)».

25. B. Fischer e J. Tronto, *Toward a Feminist Theory of Caring*, in E. Abel e M. Nelson (a cura di), *Circles of Care*, State University of New York Press, Albany (NY), 1990, pp. 36-54, hanno prospettato una lettura politica e democratica della cura che ha molto a che fare con la qualità della vita che concorriamo a determinare. In Italia il pensiero femminista che propone «il "paradigma della cura" come un rovesciamento dei modi e delle forme del pensare e del vivere», come scrive B. Pomeranzi, *Sulla violenza. Ancora / Cura come resistenza allo spirito dei tempi*, in *Donne e altri*, 15 marzo 2018, (www.donnealtri.it/2018/03/sulla-violenza-ancora-cura-come-resistenza-allo-spirito-dei-tempi), è espresso ne *La cura del vivere*, documento de «Il gruppo del mercoledì» (Fulvia Bandoli, Maria Luisa Boccia, Elettra Deiana, Laura Gallucci, Letizia Paolozzi, Bianca Pomeranzi, Bia Sarasini, Rosetta Stella, Stefania Vulterini), in *Leggendaria*, supplemento al numero di settembre 2011 (vds.: www.donnealtri.it/2011/10/la-cura-del-vivere).

26. A. Del Re, *Produzione-Riproduzione*, in Aa.Vv., *Lessico marxiano*, Manifestolibri, Roma, 2008, p. 111, constata che «se la riproduzione degli individui è analizzata nell'arco della vita delle persone, risulta evidente che ciascuno di noi è stato prodotto da qualcuno e per parti non irrilevanti della vita è stato o sarà dipendente da qualcuno che si occupa della sua riproduzione e del suo benessere. Se si

fatto” dei tempi di vita dalle donne dedicati alla cura, alla crescita e alla dedizione rivolti ai soggetti dipendenti – dai bambini agli anziani, fino ai malati –, oltre che al presunto indipendente e autosufficiente uomo con il quale convivono. In base all’ultimo *Rapporto Istat* in argomento, abbiamo contezza che «sin da bambine, le donne svolgono più lavoro familiare e hanno meno tempo libero dei coetanei. La differenza inizia a manifestarsi già tra gli 11 e i 14 anni e aumenta sensibilmente al crescere dell’età. Il lavoro familiare (domestico e di cura) rappresenta il 21,7% della giornata media delle donne (5h13’), contro il 7,6% di quella degli uomini (1h50’)» con percentuali ancora più squilibrate nel fine settimana. Questo squilibrio dei carichi di lavoro non retribuito corrisponde a un indice del 64% che, nonostante la sua enormità, fa ben sperare rispetto alla rilevazione del 2009: rispetto a dieci anni fa è aumentato di 12’ al giorno il tempo dedicato dagli uomini adulti al lavoro familiare (1h50’) che, seppure di entità limitata, è un’accelerazione rispetto alle tendenze di fondo visto che in precedenza il contributo maschile era aumentato di soli 17’ in vent’anni»²⁷.

Con questi dati, che dimostrano come “di fatto” la libertà e l’uguaglianza delle donne sia “limitata”, vorrei ricordare che la drastica riduzione delle prestazioni sociali per favorire l’autonomia dei soggetti non solo ha comportato un aumento del lavoro riproduttivo delle donne, ma ha aperto la strada alla privatizzazione della famiglia. Si tratta di una privatizzazione intesa non come rispetto delle libere scelte delle persone che la compongono, ma proprio come ritrarsi della dimensione e dell’intervento pubblico a fronte di asimmetrici e impari rapporti di forza endofamiliari.

6. «Sono di genere femminile e quindi sempre infide»: “malvezzo” duro a morire, anzi più vivo che mai nel ddl Pillon

Il modello familiare patriarcale, eteronormato, privatizzato trova attualmente la sua massima espressione nel ddl Pillon²⁸, che esprime con chiarezza una

visione delle madri come cattive educatrici, mogli parassitarie e approfittatrici, con l’obiettivo di cancellare il cammino fatto sull’autodeterminazione di genere dal 1948 in poi: le madri, una volta separate dal *pater familias*, sono “infide”, le uniche responsabili del poco tempo speso dai padri per prendersi cura dei loro figli. A prescindere dall’effettiva sorte che spetterà a tale ddl, la visione dei rapporti familiari di cui è portatore deve essere analizzata proprio dal punto di vista della messa in discussione del riconoscimento del lavoro di riproduzione sociale.

Per porre rimedio alla presunta persistente violazione del diritto dei padri a crescere i loro figli – diritto che, in base alle statistiche prima richiamate, gli uomini (di media certamente, non individualmente, ma il ddl prevede una disciplina da applicare a tutte le coppie) esercitano con notevole moderazione in costanza di matrimonio o convivenza – il ddl compie una significativa de-giurisdizionalizzazione della materia familiare, riportandola ad affare privato, ai meri rapporti di forza basati sulle disegualianze economiche tra i generi nonché, direttamente, sulla violenza contro le donne e i minori.

La separazione, in tutti i casi in cui sia coinvolto un minore, viene affidata alla mediazione familiare obbligatoria, quale condizione di procedibilità per l’accesso al giudice precostituito per legge. Si tratta, dunque, di una forma di privatizzazione della sfera familiare²⁹, affidata a nuove e sconosciute figure di liberi professionisti pagati al 50 per cento dai coniugi. Non si tratta, quindi, di un approfondimento dell’autonomia della famiglia in sé, che anzi si troverebbe dal legislatore costretta a sottoscrivere un “piano genitoriale” che stabilisce tutto quanto concerne la vita dei figli.

Soprattutto, il ddl prevede che per legge i minori siano affidati in modo paritario tra i due genitori: una bigenitorialità intesa come parificazione dei tempi di frequentazione genitoriale imposta per legge, e avente come minimo dodici pernottamenti al mese. A fronte della pervasività della legge, al giudice viene lasciato un ruolo notarile: in caso di rifiuto o di esito negativo del percorso di mediazione, qualora la conflittualità persista, il giudice potrà proporre ai genito-

assume nell’analisi come fondamentale la riproduzione della forza lavoro, si diverge radicalmente da ogni ideologia liberista che veda l’individuo esclusivamente nell’istante in cui è sano, adulto, vive da solo e basta a se stesso. Il partire dalla riproduzione degli individui mette in evidenza l’improponibilità scientifica di un’analisi dei rapporti sociali che si attesti sulle capacità produttive degli individui, escludendo la relazione e la riproduzione».

27. Istat, *Anno 2014. I tempi della vita quotidiana*, 23 novembre 2016, in www.istat.it/it/files//2016/11/Report_Tempidivita_2014.pdf.

28. Disegno di legge n. 735 di iniziativa dei senatori Pillon, Candura, Pellegrini, Ostellari, Piarulli, D’Angelo, Evangelista, Giarrusso, Riccardi: *Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*, www.senato.it/service/PDF/PDF-Server/BGT/01071882.pdf.

29. Sulla giustizia riparativa come privatizzazione, vds. A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Franco Angeli, Milano, 2018, in particolare p. 182.

ri di nominare un coordinatore genitoriale, con poteri decisionali che il giudice si limita a recepire.

Unico margine di apprezzamento lasciato al giudice si ha nei «comprovati» casi di violenza e abuso sessuale nei confronti del minore *ex art. 337-ter*, comma 2³⁰: in tal caso, il giudice «può» decidere per l'affidamento esclusivo all'altro genitore e, per di più, solo a titolo «temporaneo». Ma anche nell'affido esclusivo deve, in ogni caso, essere garantito il diritto del minore alla bigenitorialità, con adeguati tempi di frequentazione del minore con l'altro genitore, che quello affidatario ha l'obbligo di favorire e garantire salva diversa, motivata e discrezionale valutazione del giudice.

Questa iniziativa legislativa si dichiara in attuazione di una risoluzione del Consiglio di Europa: si tratta della risoluzione n. 2079 (non «1079», come scritto nella relazione di accompagnamento)³¹ che, nel tentativo di rafforzare la responsabilità paterna in un contesto di forte squilibrio tra i sessi nella cura e nell'educazione dei figli, raccomanda, oltre l'introduzione di congedi obbligatori per i padri che il legislatore italiano neanche prende in considerazione, di «*introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation, tout en limitant les exceptions aux cas d'abus ou de négligence d'un enfant, ou de violence domestique, et en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants*». Sin dal titolo della risoluzione, si evince subito che la residenza alternata non è rigidamente paritaria, ma si basa proprio sulla ponderazione dei bisogni e degli interessi dei minori e giammai può diventare un *boomerang* contro chi subisce violenza domestica. Il ddl, dunque, travisa il senso della risoluzione andando oltre anche quanto richiesto dallo stesso «contratto di governo»³² e violando drammaticamente l'art. 48 della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contra-*

sto della violenza contro le donne e della violenza domestica, aperta alla firma a Istanbul l'11 maggio 2011, che stabilisce il divieto di fare ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione³³.

Dal linguaggio del ddl, invece, emerge l'idea che la violenza endofamiliare (divenuta neutra dal punto di vista di genere) sia prodotta inevitabilmente dalla «conflittualità», quindi dalla provocazione che porta all'esasperazione³⁴. Anzi, nel ddl si ipotizza che le donne accusino falsamente il *partner* di violenza per avere benefici nelle cause civili di separazione e divorzio e per «alienare» l'affetto dei figli nei confronti dei padri. Il giudice potrà disporre provvedimenti molto punitivi «in ogni caso ove riscontri accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori».

A ciò di aggiunga che l'art. 14 del ddl rende impossibile per il nucleo genitore/minore vittime di violenza fuggire dalla casa familiare e, anzi, affida all'autorità di pubblica sicurezza il compito di ricondurre immediatamente il minore presso il luogo di residenza in base alla mera segnalazione dell'altro genitore e non su ordine dell'autorità giudiziaria.

Contestualmente, «il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» deve essere assicurato da ciascun genitore, altrimenti si macchierà di «abusi familiari» che possono portare alla perdita della responsabilità parentale e, comunque, alla «inversione della residenza abituale» o addirittura al «collocamento presso una struttura» del minore. Questi nuovi «Ordini di protezione contro gli abusi familiari» (art. 342-*bis* cc) «possono essere applicati – nell'esclusivo interesse del minore – anche quando, pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori, il figlio minore manifesti comun-

30. «Salvo comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore in caso di: 1) violenza; 2) abuso sessuale; 3) trascuratezza; 4) indisponibilità di un genitore; 5) inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore» (art. 11).

31. Per la discussione in Assemblea parlamentare, 2 ottobre 2015 (36° seduta), vds.: doc. 13870, *Rapport de la commission sur l'égalité et la non-discrimination*, relatrice: F. Hetto-Gaasch; doc. 13896, *Avis de la commission des questions sociales, de la santé et du développement durable*, relatore: S. Schennach) – testo adottato dall'Assemblea nella stessa seduta (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=22220&lang=FR>).

32. Disponibile online (http://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf): «Diritto di famiglia. Nell'ambito di una rivisitazione dell'istituto dell'affidamento condiviso dei figli, l'interesse materiale e morale del figlio minore non può essere perseguito se non si realizza un autentico equilibrio tra entrambe le figure genitoriali, nel rapporto con la prole. Pertanto sarà necessario assicurare la permanenza del figlio con tempi paritari tra i genitori, rivalutando anche il mantenimento in forma diretta senza alcun automatismo circa la corresponsione di un assegno di sostentamento e valutando l'introduzione di norme volte al contrasto del grave fenomeno dell'alienazione parentale».

33. Ratificata in Italia con l. n. 77 del 27 giugno 2013.

34. Soprattutto il mediatore «deve altresì adoperarsi per impedire o per risolvere gravi conflittualità che possono produrre ogni forma di violenza endofamiliare, anche informando le parti della possibilità di ottenere l'aiuto di altri specialisti» (art. 1, comma 2, lett. k).

que rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi»³⁵.

Altrettanto dirompente è quanto previsto dal punto di vista dei rapporti economici. Secondo l'indagine EU-Silc, pubblicata nel 2011, le donne separate, divorziate o riconiugate a rischio di povertà sono il 24% rispetto al 15,3% degli uomini nella stessa condizione e rispetto alle altre donne (19,2%), condizione determinata, all'origine, proprio dall'impari divisione sessuale del lavoro domestico e di quello salariato. Su questo fronte, il ddl Pillon prevede l'eliminazione dell'assegno di mantenimento dei figli perché ciascun genitore provvederà a loro nella metà del tempo di propria competenza, senza peraltro prevedere alcuno strumento volto a tutelare il nucleo genitore/minore in caso di inadempimento dell'altro genitore. Anzi, abroga le pene previste dall'art. 570-*bis* per «il coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affida-

mento condiviso dei figli» (art. 21). A ciò si aggiunga la previsione del pagamento, a prezzi di mercato, della locazione della casa familiare di proprietà dell'altro coniuge.

Il soggetto economicamente debole – statisticamente, la donna – non solo in molti casi non potrà permettersi di restare nella casa familiare, ma rischia anche di vedersi tolta la responsabilità familiare per «inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore».

Altro che tutela della maternità, altro che salario familiare.

Il «malvezzo» di cui parlava Teresa Mattei non solo è duro a morire, ma a settant'anni dalla Costituzione è più vivo che mai. Per questo le garanzie costituzionali dell'autonomia delle donne devono essere approfondite e non possono essere agganciate alla mera tutela della salute psico-fisica, ma devono coinvolgere il concreto esercizio della libertà personale presidiata dall'obiettivo del pieno sviluppo della personalità e dell'effettiva partecipazione alla vita consociata.

35. Art. 17 (*Modifica all'art. 342-bis del codice civile*): «All'articolo 342-bis del codice civile (Ordini di protezione contro gli abusi familiari) dopo il comma 1, è aggiunto il seguente: "Quando in fase di separazione dei genitori o dopo essa la condotta di un genitore è causa di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui agli artt. 342 ter e 342 quater. I provvedimenti di cui a quest'ultimo articolo possono essere applicati – nell'esclusivo interesse del minore – anche quando – pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori – il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo ad uno di essi"».

Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro *

di Anna Lorenzetti

Lo scritto affronta il tema della maternità reclusa definita quale irriducibile ossimoro, per la sua difficile compatibilità con il contesto penitenziario. Ricostruendo l'evoluzione normativa e la giurisprudenza costituzionale, sono evidenziate, *de iure condendo*, le prospettive di riforma e la complessità delle operazioni di bilanciamento il cui centro deve essere l'interesse del bambino coinvolto.

1. La maternità e i diritti della donna e del minore in ambito carcerario / 2. La tutela della maternità reclusa: le origini storiche e l'evoluzione normativa / 3. Le colpe dei padri non ricadano sui figli, ma quelle delle madri sì: lo scenario attuale e le possibili prospettive

1. La maternità e i diritti della donna e del minore in ambito carcerario

Trattare di maternità e carcere significa risalire alle radici di un ossimoro, alla luce della strutturale incompatibilità dell'assolvimento della funzione materna, nel contesto penitenziario italiano¹.

Infatti, la maternità e, solo in via residuale, la paternità² delle persone private della libertà personale mettono in luce come la pena detentiva impatti inevitabilmente anche sulla condizione della prole, generando una «infanzia rubata in termini di continuità, affettività e serenità»³. Spesso, la madre reclusa è l'unica responsabile della cura del minore che, di

fatto, si trova così a dover “scontare” una pena senza aver commesso alcun reato⁴. Due sono le alternative ugualmente problematiche che possono prospettarsi. Da un lato, vi è infatti la possibilità che, in alcuni casi consentiti dalla legge, la madre detenuta possa tenere con sé il minore durante l'espiazione della pena o durante la misura cautelare, generando una “carcerizzazione” vissuta in prima persona senza aver commesso alcun reato. Diversamente, potrebbe verificarsi il forzato distacco in ragione della detenzione che provoca la separazione dalla madre reclusa, con una brusca interruzione del legame affettivo di cui l'ordinamento è chiamato a prendersi carico, in primo luogo, in nome dei diritti del minore coinvolto⁵.

* - L'Autrice desidera ringraziare sentitamente Alessandro Albano per l'attenta rilettura del presente lavoro, per i preziosi suggerimenti e per gli spunti di riflessione offerti.

1. Per un inquadramento generale, vds. D.M. Schirò, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, pp. 242 ss.
2. La tutela della paternità è infatti avvenuta estendendo, in casi eccezionali, quanto previsto per le madri e nel solo caso di impossibilità di quest'ultima. Vds. *infra*.
3. M.P. Giuffrida, *Studio sulle donne ristrette negli istituti penitenziari*, DAP - Gruppo di lavoro Icam, Roma, 3 aprile 2009.
4. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa, Lecce, 2013, p. 184.
5. Ripercorre le possibili vicende del rapporto di filiazione, a seguito della carcerazione della madre, J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, Milano, 2018, pp. 120 ss.; O. Robertson, *Collateral Convicts: Children*

In chiave introduttiva, appare peraltro necessario precisare alcune questioni che possono aiutare nella messa a fuoco del carattere problematico del tema. In primo luogo, occorre tenere presente come il contesto carcerario rappresenti di per sé un ambito profondamente problematico, al cui interno si assiste a un sistematico tradimento del senso costituzionale della potestà punitiva statale secondo cui «le pene *devono* tendere alla rieducazione»⁶. A fronte di un'affermazione che assegna all'autorità pubblica il dovere di proiettare le pene in chiave di risocializzazione, è certo che le modalità di espiatione inneschino una tensione con l'orizzonte tracciato in Costituzione. Il dubbio di un contrasto con la tutela dignitaria della persona reclusa riguarda in specie la garanzia nell'accesso a diritti sociali, dunque al lavoro, alle prestazioni sanitarie, all'istruzione, ma in generale la pienezza

nella tutela delle libertà di chi viva uno stato di detenzione.

È da tenere in considerazione anche il possibile impatto sulle modalità di espiatione della pena del cd. "sovraffollamento carcerario", spesso acriticamente utilizzato nel dibattito quale prova del tradimento dello statuto costituzionale della pena, argomentazione autoevidente al punto da non essere neppure bisognosa di precisazioni. Come noto, in simile fenomeno è stata riconosciuta una "violenza" della lingua italiana, che ha coniato un «superlativo di un superlativo» per rappresentare la realtà del contesto carcerario⁷, le cui condizioni sono state stigmatizzate a più riprese dalle istituzioni⁸, in particolare dalla Corte costituzionale⁹, e condannate dalla Corte europea dei diritti umani che le ha ritenute «ai limiti della tortura»¹⁰. Raccogliendo gli spunti

of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011, Quaker United Nations Office - Human Rights & Refugees Publications, Ginevra, marzo 2012. Vds. le risoluzioni del Parlamento europeo: 26 maggio 1989, sulla situazione di donne e bambini in carcere; 13 marzo 2008, sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare; 15 dicembre 2011, sulle condizioni detentive nell'Ue; 27 novembre 2014, sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia; 5 ottobre 2017, sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione. Vds. anche le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, tra cui le raccomandazioni: R(87)3 e R(2006)2, sulle regole penitenziarie europee; R(2000)1469, sulle madri e i neonati in carcere; R(2018)5, concernente i bambini figli di detenuti.

6. Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, comma 3, A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2014, www.penalecontemporaneo.it/upload/1402260085PUGIOTTO%202014c.pdf.

7. Così ricordano Franco Corleone e Andrea Pugiotto, nell'introduzione al volume *Il delitto della pena*, Ediesse, Roma, 2012. Sul tema, vds. l'importante lavoro di A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2016, p. 1204; S. Buzzelli (a cura di), *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Sandro Teti Editore, Roma, 2012, p. 12, riferisce come già il termine "affollamento" sarebbe sufficiente a descrivere la concentrazione di un numero esorbitante di persone, l'ammasso, la ressa, oltre cui pare profilarsi il collasso.

8. Si veda la posizione del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena*, op. cit., pp. 253 ss.

9. Vds. Corte cost., 279/2013, con nota di A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2014, pp. 129-135; M. Ruotolo, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/2/obiettivo-carcere_guardando-al-futuro_con-un-occhio-al-passato_235.php. La questione di legittimità costituzionale riguardava la possibilità di inserire, tra le ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (con "addizione" all'art. 147 cp), la detenzione destinata a svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità in ragione del sovraffollamento. Pur riconoscendo la violazione del senso di umanità della pena, la Corte ha tuttavia deciso per l'inammissibilità, a fronte della pluralità di possibili soluzioni e in ragione dei limiti del proprio intervento, che consentono di adottare sentenze di accoglimento manipolative, di tipo additivo, solo in presenza delle cd. "rime obbligate", ritenute assenti nel caso *de quo*. Ha così rimesso al legislatore la scelta del "come", ricordando che non sarebbe «tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa» e che dunque, in caso di inerzia, provvederà con «le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità». A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta online*, 26 novembre 2013, www.giurcost.org/studi/Ruggeri30.pdf; E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Quad. cost. (Forum)*, 16 dicembre 2013, www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0033_nota_279_2013_malfatti.pdf; R. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 20 febbraio 2014, www.giurcost.org/studi/basile1.pdf. Sulle ordinanze di remissione, vds. G. Dodaro, *Il sovraffollamento delle carceri: rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 428 ss.

10. Le condizioni carcerarie sono state per anni oggetto di critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Anche la Corte Edu ha qualificato il trattamento italiano come inumano e degradante (Cedu, 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*; 8 gennaio 2013, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di F. Rimoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1187 ss.; F. Viganó, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013, www.penalecontemporaneo.it/d/1990-sentenza-pilota-della-corte-edu-sul-sovraffollamento-delle-carceri-italiane-il-nostro-paese-chiamat; P. Zichittu, *Considerazioni a margine della sentenza*

di chi ha provato a problematizzare la questione, è importante tuttavia riflettere sulla portata che il cd. “sovraffollamento” assume – come questione giuridica – sul piano interno nella sua fenomenologia e nell’interpretazione che, negli anni, la Corte di Strasburgo ha messo a punto. Questi elementi inducono non tanto a svilire il sicuramente significativo impatto, sulla qualità della pena, delle ridotte dimensioni di spazio disponibile per la persona reclusa, quanto piuttosto a contestualizzarlo alla luce delle numerose variabili necessariamente da considerare per una valutazione di insieme. Ci si riferisce non soltanto ai parametri numerici da utilizzare per

una valutazione degli spazi, ma anche, ad esempio, all’inclusione, nel computo complessivo, della mobilia, dei servizi igienici, così pure alla considerazione anche di altri fattori come la libertà di movimento all’interno della cella o la permanenza al di fuori della cella per la maggior parte della giornata¹¹. Una corretta interpretazione della questione del sovraffollamento non soltanto eviterebbe quella eterogeneità dei fini che è stata stigmatizzata dalla dottrina e che, in ultima analisi, rischia di scalfire i diritti e la libertà delle persone reclusi¹², ma eviterebbe altresì di “schiacciare” la problematicità del contesto carcerario a questo solo aspetto, aspetto che impedisce

Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 161 ss; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 11 ss.; M. Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il caso dell’Italia*, in *Federalismi*, 17 maggio 2013, <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=22424>. Imprescindibile, il riferimento a M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

11. La questione è complessa, ma merita un approfondimento alla luce della prevalente interpretazione – sia in dottrina sia nella giurisprudenza di merito e di legittimità – che intende la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come agganciata al requisito spaziale dei 3 mq *pro capite* al di sotto dei quali si configurerebbe un trattamento inumano e degradante e, dunque, una automatica violazione dell’art. 3 Cedu (*contra*, vds. però A. Albano e F. Picozzi, *Considerazione in tema di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell’arte*, in *Archivio penale web*, n. 1/2015, pp. 1-15; *Id.*, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2679). Per quanto queste siano le conclusioni della pronuncia *Torreggiani c. Italia*, sono state le successive – fluviali – pronunce del giudice convenzionale a mettere a fuoco criteri sempre più puntuali nel definire quando il sovraffollamento generi una violazione dell’art. 3 Cedu, configurando una forma di trattamento inumano e degradante. Ci si riferisce, in particolare, a *Muršić c. Croazia*, 16 ottobre 2016, ric. n. 7334/13, su cui vds. A. Albano, *Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte europea dei diritti dell’uomo in Muršić c. Croazia: un caso icastico*, in *Rass. penit. crim.*, n. 3/2015, p. 168. Nel dettare una sorta di catalogo sulle modalità di computo degli spazi, la Corte ha superato gli automatismi che relegano a “forte presunzione” (e non a violazione automatica) la detenzione in spazi particolarmente esigui, che può essere compensata da altre condizioni (ad esempio, la permanenza al di fuori della cella per la maggior parte della giornata). La Corte ha pure indicato le modalità della misurazione degli spazi (al netto del servizio igienico e al lordo della mobilia), ferma restando la necessità di garantire la libertà di movimento nella cella (secondo quello che viene definito il “test Ananyev”, derivato da *Ananyev e altri c. Russia*, 10 gennaio 2012 (ric. nn. 42525/07 e 60800/08), § 148. Sbrigativamente, ma in modo certamente non conforme a queste indicazioni, la Corte di cassazione e la magistratura di sorveglianza hanno ritenuto vincolanti le indicazioni di Strasburgo quanto alla soglia minima di 3 mq, da garantire in modo inderogabile, mentre vistose incertezze vi sono state quanto alle modalità del calcolo (in specie quanto all’inclusione del mobilio e del bagno). Vds. *inter alia*, *Cass.*, 13 dicembre 2016, n. 52819. Per una attenta ricostruzione dei diversi orientamenti e una valutazione dell’impatto di tale erronea interpretazione, vds. A. Albano e F. Picozzi, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfoosi della sentenza Muršić*, in *Cass. pen.*, nn. 7-8/2018, pp. 2875-2888. Curiosamente, con quello che è stato criticamente definito come “doppio standard”, se il giudice della legittimità ritiene vincolante l’indicazione della giurisprudenza convenzionale ai fini dell’inquadramento come trattamento inumano e degradante della detenzione in spazi ristretti, così non è rispetto alle strutture penitenziarie di altri Paesi, rispetto ai quali i parametri di valutazione utilizzati paiono maggiormente accomodanti. Sul punto, vds. A. Albano e F. Picozzi, *Il doppio standard della Cassazione in tema di condizioni detentive inumane e degradanti*, in *Cass. pen.*, n. 11/2018, pp. 3641 ss. È importante ricordare pure come, in seno al Consiglio d’Europa, ogni singolo Stato adotti propri criteri di computo del sovraffollamento, di fatto falsando le classifiche comparative, che comunque sono riportate sulla base di dati non sempre realistici. Simile aspetto è stato peraltro rilevato, ma non superato, vds. il *report* di M.A. Aebi e N. Delgrande, *Space I. Council of Europe Annual Penal Statistics. Prison populations. Survey 2012*, Strasburgo, 2014, in www3.unil.ch/upmu/space/space-i/annual-reports, p. 56. Infatti, «[c]omparisons of prison overcrowding should be conducted cautiously as the rules for establishing the capacity of penal institutions vary from country to country», che comunque riporta tabelle di natura comparativa. Al netto delle considerazioni di merito, queste precisazioni, acutamente addotte da una dottrina sinora minoritaria che, da tempo, ha rilevato l’impossibilità di comparare grandezze non omogenee (*supra*), consentono di relativizzare le ingenerose classifiche che proiettano l’Italia come “seconda solo alla Serbia” nel tasso di sovraffollamento e di ricordare come, ad esempio, sul piano interno, venga utilizzato un criterio assai più generoso dei 3 mq *pro capite*, ossia «9 mq, se per una persona», ai quali vanno aggiunti «ulteriori 5 mq per ciascun detenuto nelle camere detentive multiple», previsti per la quantificazione degli spazi delle camere da letto nelle civili abitazioni (Ministero della sanità, dm 5 luglio 1975). Per quanto possa apparire un tecnicismo, la questione non è soltanto di natura numerica, posto che il mancato rispetto non può considerarsi immediatamente giustiziabile. Resta, infine, problematica l’assenza di una definizione normativa del sovraffollamento.

12. Palesa simile rischio A. Albano, *Prime osservazioni, op. cit.*, p. 157, laddove, in un lavoro di commento al caso *Muršić*, rileva come la rigidità nel computo dello spazio minimo vitale rischi di tradursi in una derogabilità *in peius* delle condizioni complessive di vivibilità delle celle, ad esempio rispetto alla presenza della mobilia, che è certamente un progresso, ma che, misurando la superficie al netto dei mobili, rischia di innescare una spirale regressiva orientata all’eliminazione degli arredi dalle camere di pernottamento, fino all’installazione di letti a scomparsa.

di prestare attenzione alle ulteriori dimensioni, così condizionando le possibili soluzioni al problema.

Vi è una ulteriore considerazione che fa da sfondo alla trattazione della maternità reclusa, posta la sua necessaria riconduzione nell'alveo delle specificità della criminalità femminile, spesso prevalentemente orientata verso tipologie di reato espressione più di marginalità sociale che di allarme sociale¹³. In aggiunta, le donne ree manifestano un peculiare rapporto tra restrizione in carcere, affettività e genitorialità, rispetto alla condizione femminile¹⁴, di cui occorre necessariamente tenere conto parlando di maternità reclusa.

Sotto questo profilo, la questione è da inquadrare nel contesto di una assai poco indagata riflessione sulla condizione femminile all'interno delle carceri¹⁵. Poco assunta quale parametro sulla cui base valutare

l'attuazione dei progetti di risocializzazione delle persone reclusi, tanto da un punto di vista strutturale, quanto gestionale e organizzativo, la maternità in carcere – fisicamente ed emotivamente diversa¹⁶ – vive «una dimensione penitenziaria quasi marginale»¹⁷. La stessa organizzazione penitenziaria, pensata e realizzata soltanto al maschile, ha regole comportamentali che rappresentano il prodotto di un'elaborazione tipicamente maschile¹⁸, senza attenzione all'ambito emozionale¹⁹, perpetrando un approccio che intende la differenza femminile come scostamento/deviazione dallo *standard* maschile, assunto quale punto di riferimento privilegiato dallo stesso sistema normativo²⁰.

Ampiamente riconosciuto dagli organismi internazionali²¹, simile aspetto è confermato anche dalla limitatezza degli studi sulla criminalità e sulla crimi-

13. J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, op. cit., p. 122, richiama la dottrina che ha rilevato come, spesso, le donne con prole reclusa per reati come furto, rapina, truffa, violazione della legge sulla droga, sfruttamento della prostituzione, riduzione in schiavitù non possono fruire di misure alternative poiché senza il domicilio necessario per l'ottenimento della detenzione domiciliare, in casi frequenti trattandosi di donne straniere e/o rom e sinte.

Altro aspetto che meriterebbe un approfondimento a sé stante riguarda la constatazione che molte donne si trovino a essere condannate al carcere per crimini applicati, nella sostanza, al solo genere femminile. Si pensi, in alcuni contesti stranieri, all'adulterio, alla violazione delle regole sull'abbigliamento, alla prostituzione, persino alla violenza sessuale subita, che è in reato in molti ordinamenti. Così C.A. Romano e L. Ravagnani, *La detenzione al femminile in una prospettiva sovranazionale*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 267 ss., spec. p. 276.

14. Si veda, in proposito, l'attento lavoro di B. Giors, *Il diritto all'affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, op. cit., 59 ss. che richiama la questione dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita e le difficoltà di concepimento, ad esempio, per coloro che sono destinate a lasciare l'istituto in età non più fertile (pp. 95 ss.).

15. G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, op. ult. cit.; M. De Pascalis, *Uno sguardo al carcere femminile - Prefazione*, in L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison*, op. cit., pp. 7 ss. e in particolare, p. 13. Vds., però, gli studi di C. Pecorella e C. Juanatey Dorado, *Madres con hijos en prisión: una visión comparada de los sistemas penitenciarios español e italiano*, in C. Juanatey Dorado e N. Sánchez-Moralada Vilches (a cura di), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 311-341; C. Pecorella, *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella II Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 663-689. Va ricordato come, nel 2016, venne promossa dalla «International Association Women Judges» (IAWJ), ossia dall'associazione mondiale delle magistrato, una conferenza mondiale proprio con l'obiettivo di avviare una riflessione sul tema. Sul piano interno, nello stesso anno, l'«Associazione Donne Magistrato Italiane» (ADMI) aveva dedicato alla condizione femminile reclusa il proprio convegno associativo, le cui riflessioni sono raccolte nel volume D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, in specie nel contributo di C.M. Lendaro, *Dalla 13^a Conferenza biennale 2016 I.A.W.J-International Association Women Judges – (Washington D.C., 2016) al Convegno A.D.M.I. “Donne e carcere – normativa, criticità e soluzioni” (Lecce, 2016)*, pp. 239 ss.

16. I. Casciaro, *Esecuzione e carcere: uno sguardo alle problematiche femminili*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., p. 124.

17. M. De Pascalis, *Uno sguardo*, op. cit., p. 7; G. Fabini, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, in Associazione Antigone, *Torna il carcere - XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione*, disponibile al seguente link: www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/03-detenzione-femminile.

18. I. Casciaro, *Esecuzione e carcere*, op. cit.; M. De Pascalis, *Uno sguardo*, op. cit., p. 7.

19. Per quanto esuli dal presente lavoro, si rinvia a chi ha affrontato le specificità del tema, rilevando come la detenzione del minore con la madre tenda a innescare sentimenti di inadeguatezza e di privazione di autorevolezza genitoriali indotti dallo stato detentivo. Infatti, se il rapporto affettivo simbiotico con la madre si esprime in un contesto chiuso, delimitato da sbarre e caratterizzato da rumori anomali rispetto alla società esterna (si pensi ai chiavistelli), nonché da poca luce e aria, diventa una pressione reciproca. M.L. Fadda, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *Ristretti orizzonti*, aprile 2010, www.ristretti.it/commenti/2010/aprile/pdf12/articolo_fadda.pdf.

20. M. Miravalle, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, op. cit., pp. 31 ss.

21. L. Ravagnani, C.A. Romano, *Women in Prison*, op. cit., p. 14. Gli Autori ricordano come, nel preambolo alle «United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders» (cd. «Bangkok Rules», ossia le regole del-

nologia femminile²² che, anche in questo ambito²³, confinano la condizione femminile alla invisibilità²⁴, quasi all'insignificanza per il diritto penale²⁵. La questione si pone come ancor più problematica per quanto riguarda la garanzia nell'accesso ai diritti sociali che, quale strumento di inveroamento dell'uguaglianza costituzionale, dovrebbero esser garantiti anche (o meglio, soprattutto) per le persone reclusi a prescindere dal genere. Un efficace esempio è rappresentato dalla valutazione delle patologie derivanti dalla reclusione, che pure non trova alcuno studio specifico rispetto alla condizione femminile, fatta eccezione per le patologie o le necessità tipiche della maternità, che certamente non può però ritenersi dimensione esauritiva.

Vi è un ultimo elemento da considerare come necessario presupposto della presente analisi. Posta l'assenza di considerazione del minore coinvolto, alla luce della visione "adultocentrica" del sistema peni-

tenziario²⁶, occorre tenere conto di come molte delle questioni problematiche connesse alla maternità reclusa possano essere validamente estese anche a quante vivono la maternità all'interno delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (cd. Rems), che hanno sostituito gli ospedali psichiatrici giudiziari (Opg)²⁷ o che sono trattenute nei centri di permanenza per i rimpatri (ex Cie)²⁸.

2. La tutela della maternità reclusa: le origini storiche e l'evoluzione normativa

In una prospettiva storica, mentre la necessità di una reclusione separata sulla base del sesso è presente fin dal 1600²⁹ e la criminalità femminile raccoglie attenzione già nel positivismo giuridico³⁰, il tema della condizione detentiva per le madri rappresenta una

le Nazioni Unite, adottate dall'Assemblea generale nel dicembre 2010, relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato), venga riportato come la maggior parte delle prigioni siano pensate per detenuti uomini. Sulle *Bangkok Rules*, vds. P.H. Van Kempen e M. Krabbe (a cura di), *Women in prison. The Bangkok Rules and Beyond*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017; I. Casciaro, *Esecuzione e carcere, op. cit.*, pp. 125 ss.

22. Vds., però, L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison, op. cit.*; G. Fabini, *Donne e carcere, op. cit.*, la quale ricorda che le donne vengono più frequentemente condannate alla pena detentiva per reati legati al patrimonio, alla droga e contro la persona; J. Long, *Essere madre dietro le sbarre, op. cit.*

23. È solo possibile, in questo scritto, dare rapidamente conto di come la questione dello schiacciamento del femminile in una prospettiva che lo confina nell'alterità dal maschile, dunque marcandolo implicitamente con un segno di disvalore, attraversa tutto il dibattito femminista. Specificamente, quanto all'universo carcerario, vds. S. Ronconi e G. Zuffa, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma, 2014.

24. C. Cantone, *La detenzione al femminile*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere, op. cit.*, pp. 185 ss., rileva la specificità non soltanto dell'analisi criminologica, ma anche di quella psico-sociale e trattamentale, evidenziando come la marginalità numerica porti con sé il rischio di rendere invisibile la condizione femminile. Vds. S. Squilloni, *La criminalità femminile come differenza tra i sessi: teorie classiche*, in *Psicolab*, 26 giugno 2008, www.psicolab.net/2008/la-criminalita-femminile-come-differenza-tra-i-sessi-teorie-classiche.

25. L. De Cataldo Neuburger, *Dati e tendenze della criminalità femminile in prospettiva internazionale*, in *Id.* (a cura di), *La criminalità femminile tra stereotipi culturali e malintese realtà*, atti del convegno di Noto, 1995, Cedam, Padova, 1996, p. 65.

26. J. Long, *Essere madre dietro le sbarre, op. cit.*, pp. 111 ss., rileva come ogni valutazione della magistratura di sorveglianza sia incentrata sulla pericolosità sociale dell'autore di reato e sulle sue prospettive di reinserimento sociale, elemento che tende inevitabilmente, ma inesorabilmente, a far scivolare in secondo piano l'interesse del minore, anche in ragione dell'ancora incerta collaborazione fra autorità giudiziaria (penale, civile e di sorveglianza), amministrazione penitenziaria e servizi sociali territoriali.

27. M. Miravalle, *Dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza: un approccio socio-giuridico*; G. Rivellini, *Luoghi e trattamento della criminalità femminile condizionata dal disturbo mentale. Dati nazionali, analisi e prospettive*; F. Pennazio e V. Villari, *Imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza: esistono differenze di genere?*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette, op. cit.*, rispettivamente pp. 367, 391 e 483.

28. Vds. M. Consito, *La detenzione amministrativa dello straniero: profili generali*, e C. Mazza, *Le donne del Centro di permanenza per i rimpatri di Ponte Galeria*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette, op. ult. cit.*, rispettivamente pp. 505 e 527.

29. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison, op. cit.*, p. 15, secondo cui non vi era alla base soltanto la necessità di proteggere le donne da possibili abusi da parte della popolazione reclusa maschile, ma anche l'idea di proteggere quest'ultima dall'immoralità femminile.

30. Per un'analisi sul dibattito, all'interno della scuola positiva, intorno all'imputabilità al femminile, ispirate a un'idea di diversità come inferiorità, fisica e mentale, delle donne, vds. I. Ferrero, *"Eva delinquente": la scuola positiva e l'imputabilità al femminile*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette, op. cit.*, 489. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison, op. cit.*, p. 15, ricostruiscono il duplice filone di pensiero che, da un lato, argomentava circa la diversa e minore imputabilità della donna in ragione della sua inferiorità giuridica, che doveva dunque condurre a una risposta correttiva più che punitiva e, dall'altro, sosteneva un'imputabilità pari a quella degli uomini. A.

questione relativamente recente³¹. Solo nella metà dell'Ottocento si pose, per la prima volta, il problema della maternità delle detenute, giungendo alla conclusione per cui non si potesse consentire la presenza di minori in carcere, in particolare dopo i tre anni, dovendosi preferire l'affido alla famiglia di origine o l'orfanotrofio³². Per le madri recluse, si raccomandava comunque un trattamento adeguato alla particolare condizione³³.

Consapevole della delicatezza di questa fase della vita, anche il legislatore penale del 1930 aveva rivolto attenzione al rapporto tra la madre detenuta e la prole, attraverso il possibile differimento dell'esecuzione della pena per la donna incinta e la madre di prole in tenera età. Di regola, la presenza in carcere di un minore era preclusa (con il divieto, per i minorenni, persino della possibilità di visita) e solo in via eccezionale le madri con bambini di età inferiore ai due anni potevano essere autorizzate dalla direzione dell'istituto a tenere con sé i figli in carcere, presumendo una inidoneità educativa del genitore che conduceva alla interruzione della relazione con i figli nel loro stesso interesse³⁴.

In tempi più recenti, sono state introdotte ulteriori normative per mitigare l'impatto che la detenzione della madre può generare in termini di interruzione dei rapporti affettivi con la prole o, alternativamen-

te, quale "carcerizzazione degli infanti", attraverso la previsione di meccanismi volti a favorire l'espiazione della pena all'esterno delle strutture detentive nei primi anni di vita del bambino³⁵.

Una tappa fondamentale è costituita dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, che colloca al centro del sistema la figura del detenuto³⁶, non più subordinata rispetto all'amministrazione. Nel configurare per la persona reclusa o internata un vero e proprio "diritto a prestazioni sanitarie"³⁷ e nel riconoscere che il diritto alla salute spetta «alla pari dei cittadini in stato di libertà»³⁸, la normativa richiama la necessità di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, ma anche – specificamente – dell'assistenza sanitaria per la gravidanza e la maternità, oltre che dell'assistenza pediatrica ai bambini che le donne recluse possono tenere in istituto durante la primissima infanzia. Così, presso ogni istituto penitenziario per donne, furono previsti servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere. Per le detenute madri, era inoltre contemplata la possibilità di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni, con il connesso obbligo dell'amministrazione penitenziaria di organizzare appositi asili nido per la cura e l'assistenza dei bambini³⁹. Pur nella salvaguardia della relazione materna, l'ingresso di un minore di tre anni in carcere rappresentava, comunque, una soluzione problema-

Pennini, *Note sulla detenzione femminile in Piemonte dall'antico regime all'Ottocento*, e M. Riberi, *La criminalità femminile in Piemonte attraverso le sentenze degli organi giudiziari (1802-1861)*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, op. cit., rispettivamente, pp. 182 e 157 ss.

31. Al dibattito sulla detenzione non si accompagnò, infatti, una pari riflessione sulla condizione femminile. S. Trombetta, *Punizione e carità. Carceri femminili nell'Italia dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 26.

32. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison*, op. cit., p. 16, si riferiscono alle riflessioni elaborate in seno al V Congresso penitenziario internazionale di Parigi, nel 1857.

33. S. Trombetta, *Punizione e carità*, op. cit., p. 62; I. Ferrero, "Eva delinquente", op. cit., p. 489.

34. Vds. gli artt. 146 e 147 cp, nella loro originaria formulazione. Anche il regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato con rd 18 giugno 1931, n. 787 («Regolamento degli istituti di prevenzione e pena»), in vigore fino al 1975, all'art. 43, prevedeva per i bambini sino ai due anni di età la possibilità di rimanere presso le madri, consentendo la cd. "carcerazione degli infanti". Vds. D.M. Schirò, *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, n. 11/2018, p. 110, e J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, op. cit., pp. 117 ss.

35. G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2018, pp. 231 ss.; G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, op. cit., 196 ss.

36. Art. 1, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative» - d'ora in avanti: o.p.

37. Art. 1, comma 1, d.lgs n. 230/1999. M. Ruotolo, *Salute e carcere*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Mimesis, Milano, 2012, p. 60; *Id.*, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002; *Id.*, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; *Id.*, *Carcere e inclusione sociale*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passigli, Firenze, 2012, pp. 125-138; *Id.*, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in Aa. Vv., *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, atti del 41° Convegno nazionale SEAC, Herald, Roma, 2009, pp. 90-105; M. Caredda, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2015, pp. 1-31 (www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201502_519.pdf).

38. Il Ssn deve assicurare «livelli di prestazione analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi» (art. 1, comma 2, lett. a, d.lgs n. 230/1999).

39. Vds. art. 11, commi 8 e 9, o.p.

tica poiché rendeva il successivo distacco forse ancor più drammatico. Inoltre, recludeva il bambino in un “contesto punitivo”, certamente povero di stimoli, insalubre e non idoneo alla creazione di un rapporto affettivo fisiologico con la figura genitoriale e – in generale – all’apprendimento, così fondamentale nei primi anni di vita⁴⁰.

Proprio nella consapevolezza della problematicità del tema, nel 1986, con la cd. “legge Gozzini”, dal nome del suo promotore, era così stata introdotta una modifica all’ordinamento penitenziario, prevedendo la detenzione domiciliare per la madre di prole in tenera età e garantendo al bambino un’assistenza materna continuativa in ambiente familiare o comunque extramurario⁴¹. In particolare, nel caso di una donna incinta, o madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente, che fosse condannata, si prevedeva la possibilità di scontare, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se parte residua di maggior pena, nonché la pena dell’arresto, fatto salvo il caso dell’elevata pericolosità sociale della madre⁴². La Corte costituzionale aveva successivamente esteso anche al padre questa possibilità, ma solo in caso di decesso della madre o di sua assoluta impossibilità di assistenza alla prole. Le argomentazioni avevano richiamato l’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, e il riconoscimento dei diritti della famiglia, del dovere-diritto dei

genitori di cura della prole con pari responsabilità, nonché delle provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità. Inoltre, era stata richiamata la tutela dell’infanzia che rende incompatibile con l’art. 3, in connessione con gli artt. 29, 30 e 31 Cost., la previsione a favore delle sole madri⁴³. Analogamente a quanto avviene per la detenzione domiciliare ordinaria, la detenzione domiciliare speciale può essere concessa anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o è in condizioni che le rendono assolutamente impossibile provvedere alla cura dei figli, né vi è modo di affidare la prole ad altri⁴⁴.

Nel 2001, con la cd. “legge Finocchiaro”, dal nome dell’allora Ministra per le pari opportunità⁴⁵, il legislatore pose al centro il fascio dei diritti e delle libertà del bambino coinvolto, riconosciuto come titolare di un diritto all’assistenza materna in modo continuato e in ambiente familiare⁴⁶. Così, fu introdotta la possibilità di differire l’esecuzione della pena non pecuniaria per la donna incinta e per la madre di un bambino di età inferiore a un anno, insieme a una serie di altre vicende di ambito sanitario per la persona interessata⁴⁷. Il differimento è possibile anche nel caso in cui la madre abbia un figlio di età non superiore ai tre anni, mentre per le condannate madri con figli di età non superiore ai dieci anni è possibile essere ammesse alla detenzione domiciliare, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di

40. J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, op. cit., pp. 118 ss. che dà conto degli studi sul benessere dei bambini reclusi, ponendo in bilanciamento l’interesse del minore alla vita familiare rispetto a quello a non venire a contatto con una struttura carceraria, certamente poco idonea.

41. Art. 47-ter, o.p., aggiunto dalla l. 10 giugno 1986, n. 663, «Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà». Si tratta di una disposizione modificata a più riprese da: dl 13 maggio 1991, n. 152, conv. mod. l. 12 luglio 1991, n. 203; dl 14 giugno 1993, n. 187, conv. mod. l. 12 agosto 1993, n. 296; l. 27 maggio 1998, n. 165, cd. “Legge Simeone” (che ha aumentato prima a cinque, poi a dieci anni l’età-soglia del figlio in presenza della quale la madre può essere ammessa alla detenzione domiciliare); dl 24 novembre 2000, n. 341, conv. mod. l. 19 gennaio 2001, n. 4; l. 5 dicembre 2005, n. 251; l. 21 aprile 2011, n. 62; dl 1 luglio 2013, n. 78, conv. mod. l. 9 agosto 2013, n. 94; dl 23 dicembre 2013, n. 146, conv. mod. l. 21 febbraio 2014, n. 10. R. Mastrotauro, *La detenzione domiciliare*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., pp. 103 ss.

42. Secondo gli artt. 58-quater e 4-bis o.p., l’accesso alle misure alternative, inclusa la detenzione domiciliare, era precluso a soggetti per quei reati che destano maggiore allarme sociale, quali ad esempio l’appartenenza a forme di criminalità organizzata, con una scelta giudicata poco attenta ai bisogni del minore; L. Caraceni, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2018, pp. 257 ss.; R. Mastrotauro, *La detenzione domiciliare*, op. cit., pp. 108-109 e 114 ss., su cui è intervenuta Corte cost., n. 239/2014, dichiarando l’incostituzionalità, su cui v. *infra*. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, op. cit., pp. 196 ss.

43. Corte cost., n. 215/1990.

44. Art. 47-quinquies, comma 7, o.p.; G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit.; G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, op. cit., pp. 196 ss.

45. La legge 8 marzo 2001, n. 40: «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori» – fu detta anche “legge otto marzo” poiché approvata in questa data. Vds. P. Canevelli, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 807; L. Cesaris, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 547.

46. R. Mastrotauro, *La detenzione domiciliare*, op. cit., p. 104, ritiene invece che, sino a quel momento, vi fosse una preminenza della tutela della maternità più che dell’infanzia.

47. Così, per le persone affette da AIDS conclamata, da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave.

ulteriori delitti e vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. La legge aveva pure introdotto l'istituto della detenzione domiciliare speciale, che consente alle detenute condannate a pene superiori a quattro anni, madri di bambini di età non superiore a dieci anni, di poter scontare il residuo di pena presso la propria abitazione o in altro luogo di cura, assistenza o accoglienza, dopo aver espiato un terzo della pena in carcere o quindici anni in caso di condanna all'ergastolo. Ai tribunali di sorveglianza compete la facoltà di concedere la detenzione domiciliare e fissare le modalità di attuazione. Per la madre detenuta che non avesse ottenuto la detenzione domiciliare ordinaria o la detenzione domiciliare speciale, erano inoltre state ampliate le possibilità di provvedere alla cura dei figli, in un ambiente non carcerario, per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata⁴⁸. Fu, inoltre, prevista l'assistenza esterna dei figli minori, con l'estensione dei benefici alle detenute madri di bambini sopra i dieci anni di età. Per evitare abusi e un uso strumentale della maternità, erano state previste alcune condizioni per l'ammissione alle misure alternative, ossia l'assenza di rischio di recidiva e la dimostrazione della concreta possibilità di ripristinare la convivenza con i figli. Tuttavia, ciò aveva generato una maggiore difficoltà di accesso ai benefici per le detenute socialmente deboli o in condizioni di particolare fragilità, ad esempio, in quanto tossicodipendenti o straniere senza fissa dimora, dunque materialmente impossibilitate ad accedere alla detenzione domiciliare.

Nel 2011, proprio per superare i limiti messi in luce dall'applicazione della cd. "legge Finocchiaro", fu introdotta la possibilità di espiare la prima parte

di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) all'esterno del carcere, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri e presso case protette⁴⁹. Gli «istituti a custodia attenuata per madri» (Icam) sono speciali strutture dotate di sistemi di sicurezza "non invasivi", non riconoscibili dai bambini e pensate per poter ricreare un'atmosfera prossima a un normale ambiente familiare, spesso colorate, senza sbarre, armi o uniformi, nei quali i figli delle detenute possono rimanere fino ai sei anni⁵⁰. Qualora non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, si può così evitare sin dall'inizio l'ingresso in carcere, consentendo lo svolgimento dei compiti di cura, assistenza e accoglienza, in strutture maggiormente idonee a dei bambini⁵¹. Al giudice è dunque richiesta una valutazione di compatibilità fra l'esecuzione in forma "attenuata" della custodia e le esigenze cautelari, non operando alcun automatismo⁵². Nel caso di impossibilità a scontare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la pena può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite, affidate ai servizi sociali e agli enti locali, dovendosi tuttavia segnalare uno stato di inattuazione per l'assenza di finanziamenti. Per le madri condannate per delitti cd. "ostativi"⁵³ è consentita l'ammissione sia alla detenzione domiciliare ordinaria, nelle ipotesi in cui è possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, a prescindere dall'entità della pena da espiare⁵⁴, sia alla detenzione domiciliare speciale⁵⁵. In tal modo, si è reso possibile l'accesso a tale istituto anche per le madri condannate a pene detentive superiori a quattro anni, o che devono ancora scontare più di quattro anni di pena, purché abbiano già scontato almeno un

48. Art. 21-bis, o.p., modificato dall'art. 5, l. n. 40/2001.

49. Art. 284, comma 1, cpp.

50. C. Vergine, *La vicenda cautelare: le modalità esecutive delle misure custodiali*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., pp. 79 ss.

51. Vds. l. 21 aprile 2011, n. 62, «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, di modifica del co.1, art. 47-quinquies»; S. Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2011, www.penalecontemporaneo.it/d/520-legge-21-aprile-2011-n-62-disposizioni-in-tema-di-detenute-madri; G. Di Rosa, *La detenzione delle donne con figli minori e l'istituto a custodia attenuata per madri (I.C.A.M.) di Milano*, in *Cass. pen.*, n. 12/2009, pp. 4899 ss.; G. Longo e A. Muschitiello, *L'accoglienza dei bambini negli Istituti Penitenziari della Lombardia – l'esperienza pilota dell'ICAM di Milano*, in *Quad. ISSP*, n. 13/2015, pp. 129 ss.; G. Dosi, *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, in *Guida dir.*, n. 17/2011, p. 9; F. Fiorentin, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, in *Guida dir.*, n. 23/2011, p. 46; *Id.*, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2616; P. Pittaro, *La nuova normativa sulle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 870; L. Scomparin, *Una "piccola" riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *Legisl. pen.*, 2011, p. 597. Di matrice empirica, vds. G. Manzelli, *La prima esperienza degli istituti a custodia attenuata per detenute madri*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., p. 211.

52. C. Vergine, *La vicenda cautelare*, op. cit., pp. 96-97.

53. Si tratta dei reati indicati nell'art. 4-bis o.p.

54. Art. 47-ter, comma 1-ter, o.p.

55. Art. 47-quinquies, comma 1-bis, o.p.

terzo della pena, o almeno quindici anni in caso di condanna all'ergastolo⁵⁶.

Con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, la normativa è stata ulteriormente modificata⁵⁷, consentendo alle madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni e prevedendo per la cura e l'assistenza dei bambini appositi asili nido⁵⁸. Si è così data attuazione alla legge delega che prevedeva la «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età»⁵⁹. Nella bozza di testo normativo, era presente un generale riferimento ai figli minori per le donne che stanno scontando una condanna, rispetto a cui si prevedeva il rinvio della pena o la detenzione domiciliare⁶⁰. Per le misure cautelari, il riferimento operato era invece ai bambini fino a un anno i cui interessi cedono, però, di fronte a esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁶¹ «che non possono essere ignorat[e] nel corretto bilanciamento tra esigenze dell'accertamento e bisogni di tutela della salute psico-fisica del minore»⁶². Si tratta dunque di superare un determinato livello di pericolo che, qualora le misure cautelari applicate siano diverse da quelle

carcerarie⁶³, raggiunge una soglia di certezza quanto al verificarsi dell'evento temuto.

Il testo approvato ha confermato la connessione fra le tutele e l'età del minore, con la libertà della madre fino al terzo anno di vita anche in caso di condanna in via definitiva⁶⁴, la detenzione domiciliare⁶⁵ e l'assistenza extramuraria⁶⁶ fino ai dieci anni, senza tuttavia considerazione per le età successive, fatto salvo il caso di grave disabilità⁶⁷ e la doverosa garanzia di colloqui e contatti, mediante permessi e visite per la salvaguardia del rapporto. Infatti, «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni», mentre «Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido»⁶⁸.

Dunque, anche all'indomani dell'approvazione della modifica legislativa, un figlio abile di età superiore ai sei o ai dieci anni, a seconda che si tratti di una misura cautelare o dell'applicazione della pena, continua a non godere della continuità nel rapporto materno, salvo il caso in cui si tratti del prosieguo di una tutela già accordata nei limiti di età previsti, superati durante la privazione della libertà⁶⁹.

La riforma ha ridimensionato gli automatismi e le preclusioni ostative all'accesso ai benefici, senza comportarne tuttavia il definitivo superamento, poiché son comunque fatti salvi «i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati»

56. F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, n. 11/2011, p. 2626.

57. D.lgs 2 ottobre 2018, n. 123, art. 11, lett. e.

58. Art. 14 o.p.

59. Art. 1 comma 85, lett. s, l. n. 103/2017.

60. Art. 47-ter, comma 1-ter, o.p.

61. Art. 275, comma 4 cpp, secondo cui il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere per la donna incinta o madre di prole con una età inferiore ai sei anni con lei convivente viene meno qualora sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Si tratta di quella che è stata definita una presunzione di segno contrario, ossia di "non necessità" della custodia: così, vds. R. Adorno, *La vicenda cautelare: presupposti e criteri di scelta delle misure de libertate*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., p. 57. Come ricorda D.M. Schirò, *L'interesse del minore*, op. cit., pp. 114-115, tuttavia, anche nell'ipotesi in cui vi siano esigenze cautelari, il giudice potrebbe disporre la custodia della madre di prole in tenera età in un luogo diverso dal carcere, in specie in un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove tuttavia le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano.

62. Relazione illustrativa, p. 5.

63. R. Adorno, *La vicenda cautelare*, op. cit., p. 62.

64. Artt. 146, 147 e 211-bis cp.

65. Art. 47-ter e 47-quinques o.p.

66. Art. 21-bis o.p.

67. Sono state fatte proprie le conclusioni della pronuncia Corte cost., n. 350/2003, ampliando le tutele al «figlio affetto da disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'articolo 4 della medesima legge»; il dettato normativo sembrerebbe prescindere dalla convivenza, con una operatività anche in rapporto alla detenzione domiciliare speciale, destinata ai genitori (madri in primo luogo) condannati a pene detentive medio-lunghe o all'ergastolo.

68. D.lgs n. 123/2018, art. 11, comma 7, lett. e, n. 3), di modifica all'art. 14 o.p.

69. Il limite di età del figlio deve infatti sussistere al momento in cui si chiede accesso al beneficio, non quando il tribunale delibera o nel prosieguo. Vds. L. Cesaris, *Per una più efficace tutela del rapporto genitoriale: la proroga della detenzione domiciliare comune*, in G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 319.

che danno seguito a «condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»⁷⁰.

In generale, ha però garantito come *diritto*, dunque come pretesa azionabile, l'assegnazione «a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari», comunque riconoscendo valore ai legami affettivi⁷¹.

È stata poi prevista la detenzione delle donne «in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali»⁷², garantendo altresì «Tramite la programmazione di iniziative specifiche (...) parità di accesso (...) alla formazione culturale e professionale»⁷³. Quanto all'assistenza sanitaria, la previsione per cui «In ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere»⁷⁴ può essere letta in una duplice ottica poiché pare consentire che, nelle strutture miste, possa non esservi una assistenza specifica, vanificando la pienezza nel godimento di un diritto fondamentale.

Negli anni, la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese circa le previsioni legislative in materia, non sempre considerate in linea con il dettato costituzionale. Ha così dichiarato incostituzionale la mancata esclusione della detenzione domiciliare speciale, prevista dalla legge a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, dal regime di rigore che prevede il divieto di concessione dei benefici penitenziari per chi – detenuto e internato a seguito di alcuni gravi delitti – non collabori con la giustizia. La Corte ha precisato la necessità di una valutazione circa l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, valorizzando il prioritario interesse del minore a mantenere un rapporto con la madre⁷⁵.

In via tendenziale, la giurisprudenza costituzionale si è orientata a riconoscere primazia alla instaurazione o al mantenimento di un rapporto quanto più possibile “normale” tra madri detenute e figli in tenera età⁷⁶, riconoscendo un rilievo prioritario alla tutela del minore, particolarmente meritevole di protezione⁷⁷, e ampliando le tutele riconosciute per via legislativa. Ha, così, progressivamente esteso le origi-

70. Così il criterio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 85, lett. e, l. n. 103/2017; G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit., p. 249.

71. D.lgs n. 123/2018, art. 11, comma 7, lett. e, n. 1), di modifica all'art. 14 o.p. Sul tema specifico dell'affettività della madre detenuta, vds. B. Giors, *Il diritto all'affettività*, op. cit.; M. Masi, *Brevi considerazioni sul diritto all'affettività della detenuta nella dinamica dei principi europei*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., p. 255.

72. D.lgs n. 123/2018, art. 11, comma 7, lett. e, n. 3), di modifica all'art. 14, comma 5, o.p.

73. D.lgs n. 123/2018, art. 11, comma 7, lett. h, n. 1), di modifica all'art. 19 o.p.

74. D.lgs n. 123/2018, art. 1, comma 8, di modifica all'art. 11 o.p.

75. Corte cost., n. 239/2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies o.p. e, in via consequenziale, dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lett. a e b, o.p., ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Vds. A.M. Capitta, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in Arch. pen., n. 3/2014; L. Pace, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Giur. cost., n. 5/2014, pp. 3948 ss.; F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, ivi, pp. 3940 ss.; G. Tabasco, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in Arch. pen., n. 3/2015; U. Zingales, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2015, pp. 186 ss.; F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, www.penalecontemporaneo.it/d/3395-la-consulta-dichiara-incostituzionale-l-art-4-bis-ord-penit-laddove-non-esclude-dal-divieto-di-conc; F. Cassibba, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in Arch. pen., n. 1/2015, pp. 1-7.

76. Corte cost., nn. 239/2014 e 177/2009.

77. Vds. ancora, Corte cost., nn.: 239/2014, 177/2009, 350/2003 e 76/2017, su cui vds. G. Leo, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2017, pp. 321 ss.; P. Sechi, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 733; A. Menghini, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2017, p. 1047; L. Pace, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium iuris*, 2017, p. 1453; D. Mone, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in *Diritto pubblico europeo*, rassegna online, n. 2/2017, www.

narie previsioni sia a taluni soggetti (il padre o i minori disabili o di età superiore a quella prevista dalla legge)⁷⁸ sia per alcune tipologie di reati che ne erano inizialmente esclusi, mitigando le preclusioni e gli automatismi previsti dalla legge.

La Consulta ha così evidenziato la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con la madre e con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, posto che si tratta di un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche e riconosciuto come preminente dalle normative interne e sovranazionali⁷⁹. Proprio in nome della finalità della normativa di preservare il rapporto madre-figlio, ha dichiarato la manifesta irragionevolezza della disposizione che punisce l'allontanamento dal domicilio di una madre sottoposta a detenzione domiciliare, poiché imporrebbe un trattamento deteriore a carico della madre che debba scontare una pena pari o inferiore a quattro anni, rispetto a quello previsto per la madre che, in uguali condizioni, debba ancora espriare una pena maggiore⁸⁰.

Il giudice delle leggi ha ribadito la prevalenza, sull'interesse dello Stato all'esecuzione immediata della pena, della protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo. L'incidente di costituzionalità era sorto in merito alla disposizione che impone il rinvio della pena detentiva nei confronti di donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno, nella parte in cui non consente al giudice di negare il differimento dell'esecuzione, qualora lo ritenga non adeguato alle finalità di prevenzione ge-

nerale e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il rischio di recidiva. Secondo la Consulta, la disposizione non è irragionevole, poiché il rinvio del momento esecutivo non esclude la funzione di intimidazione e dissuasione della pena, non trattandosi di una rinuncia *sine die* della esecuzione. Inoltre, il rischio di una strumentalizzazione della maternità per ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena è adeguatamente bilanciato dalle condizioni ostative alla concessione del differimento, ossia la dichiarazione di decadenza della madre dalla (allora) potestà sul figlio e il suo abbandono o l'affidamento del figlio ad altri⁸¹.

Rispetto al requisito della necessaria collaborazione con la giustizia, quale causa di esclusione dai benefici di espiazione esterna, nel riconoscere la peculiarità del contrasto alla criminalità organizzata da perseguire tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari, la Consulta ha ritenuto non legittima la preclusione automatica. Per quanto i benefici siano infatti costruiti in chiave di progresso trattamentale del condannato, che la condotta collaborativa attesta, non è possibile ammettere che il mancato accesso investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico. Diversamente, il "costo" della strategia di lotta al crimine organizzato verrebbe a essere traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condan-

edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/mone_formattato.pdf; M. Tiberio, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, n. 6/2017, pp. 593 ss.; S. Tognazzi, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2018, pp. 1034 ss.; E. Farinelli, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2017, p. 872. Vds. D.M. Schirò, *L'interesse del minore, op. cit.*, p. 119, che analizza la giurisprudenza costituzionale nella prospettiva del minore coinvolto.

78. Le tutele a favore dei figli fino a una certa età sono state estese, nel caso della detenzione domiciliare ordinaria, anche in caso di figlio portatore di handicap totalmente invalidante, a prescindere dall'età, convivente con la madre condannata. Corte cost., n. 350/2003, su cui L. Filippi, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3643, e G. Repetto, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 754.

79. Art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24, comma 2, Cdfue. Vds. Corte cost., n. 17/2017, su cui E. Aprile, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1465; vds. E. Andolfatto, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, pp. 286-288; A. Gasparre, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3174; M. Caredda, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 98. Vds. Corte cost., nn. 239/2014 e 7/2013, su cui V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2013, pp. 199-203; Corte cost., n. 31/2012.

80. Corte Cost., n. 177/2009, su cui vds. C. Fiorio, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, pp. 1986 ss.

81. Vds. art. 146, comma 1, nn. 1) e 2), e comma 2, cp; Corte cost., n. 145/2009; (ord.) n. 260/2009. Vds. P. Comucci, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corr. mer.*, n. 1/2009, pp. 59 ss.

na, quanto alla scelta del condannato di non collaborare⁸².

La giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto come l'estensione delle tutele della maternità per chi viva la condizione detentiva non può essere illimitata. Pure a fronte dell'interesse del minore, certamente di rango "elevato", a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, non può ipotizzarsi il suo essere sottratto, in modo assoluto, al bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali la difesa sociale che l'esecuzione della pena garantisce.

A parere della Corte, è rimessa al prudente apprezzamento dei giudici la verifica circa l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, posto che «le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole»⁸³. Alla magistratura di sorveglianza è dunque rimessa la valutazione – caso per caso e di natura prognostica – circa la possibile commissione di delitti che rappresenta una condizione ostativa alla concessione dei benefici⁸⁴, comunque garantendosi la discrezionalità del legislatore⁸⁵. La Corte è pure intervenuta quanto ai limiti all'accesso alla detenzione domiciliare finalizzata all'accudimento della prole, in ragione della tipologia di reato ostativo. Ne è risultata confermata la necessità di verificare il bilanciamento fra l'inte-

resse del minore a beneficiare in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne e le contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena. È stato così respinto l'automatismo, basato su indici presuntivi, cui segua il totale sacrificio dell'interesse del minore, senza possibilità per il giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle ricordate esigenze di difesa sociale. Infatti, affinché l'interesse del minore non resti irragionevolmente recessivo rispetto alle esigenze di protezione della società dal crimine, «occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata (...) in concreto (...) e non già collegata ad indici presuntivi (...) che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»⁸⁶. Resta, comunque, il dubbio generato dalla elencazione dei reati che ostano all'applicazione dei benefici penitenziari, poiché in essi sono incluse anche fattispecie espressione di marginalità sociale più che di pericolosità⁸⁷. Sempre quanto ai possibili limiti nell'accesso ai benefici, in ragione della tipologia di reato commesso dalla madre, la Corte ha inoltre dichiarato l'illegittimità della disposizione che esclude il detenuto condannato per reati ostativi che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni⁸⁸.

Quanto alle scelte legislative, la Corte ha riconosciuto la discrezionalità legislativa nel fissare limiti

82. Corte cost., n. 239/2014, ripresa da n. 76/2017.

83. Corte cost., n. 76/2017, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*».

84. Vds. risoluzione 27 luglio 2006 del Consiglio superiore della magistratura, che aveva individuato nel «concetto di pericolosità sociale, inteso come probabilità di commissione di delitti», un «obiettivo ostacolo» all'accesso al sistema dei benefici penitenziari previsti a tutela del rapporto tra madre e figlio.

85. Proprio su questi profili argomenta la Consulta, laddove riconosce che qualora la collaborazione con la giustizia risulti impossibile, inesigibile o irrilevante, o laddove si richieda, prima di accedere al beneficio, di avere scontato una determinata frazione di pena, la preclusione assoluta che opera non consente di bilanciare in concreto le esigenze di difesa della società rispetto all'interesse del minore (Corte cost., nn. 76/2017 e 174/2018).

86. Corte cost., n. 239/2014, su cui F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità*, op. cit., pp. 3940 ss.; Corte cost., n. 76/2017.

87. G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit., p. 253.

88. Art. 21-*bis*, o.p., per contrasto con l'art. 31, oltre che con gli artt. 3, 29 e 30 Cost.: Corte Cost., n. 174/2018; nello stesso senso, Cass., n. 37578/2016; Cass., 30434/2016. Sulla pronuncia di Corte Cost., n. 174/2018, vds. D.M. Schirò, *L'interesse del minore*, op. cit., pp. 105-124; M. Picchi, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Quad. cost. (Forum)*, 15 marzo 2019, www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=12255. M.C. Saporito, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1/2019, pp. 67-77; G. Marra, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *Il Penalista*, 22 ottobre 2018; A. Lo Calzo, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2018, pp. 211 ss. Sul tema, vds. D. Galliani e A. Pugiotta, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 18.

entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela⁸⁹, ad esempio, quanto alla considerazione dell'età del figlio come elemento che garantisce (o preclude) l'accesso con continuità alle cure materne. In materia di misure cautelari, il giudice delle leggi ha così ritenuto che non fosse censurabile la fissazione di un limite di età quale elemento da tutelare attraverso la continuità nel rapporto genitoriale⁹⁰. Neppure è «in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso», riconoscendosi soltanto che l'assoluta e automatica preclusione per i reati ostativi lede l'interesse del minore, dotato di copertura costituzionale (*ex art. 31, comma 2, Cost.*). Per quanto siano scelte rientranti nella discrezionalità legislativa, occorre bilanciare la pretesa punitiva statale e le esigenze, che pure dovrebbero essere preminenti, di tutela della maternità e del minore, la cui automatica esclusione finirebbe per vanificare la *ratio* ispiratrice dei benefici dell'espiazione all'esterno, volti a ripristinare la convivenza tra madri e figli⁹¹.

Il bilanciamento operato dalla Corte ha dunque assunto come fulcro le esigenze del minore e la continuità del suo legame con la madre reclusa, ma pure la difesa sociale che fonda i limiti previsti alla tutela della relazione genitoriale, nel rispetto della discrezionalità del legislatore nel fissare requisiti di accesso ai benefici e del giudice di decidere in base al caso concreto.

3. Le colpe dei padri non ricadano sui figli, ma quelle delle madri sì: lo scenario attuale e le possibili prospettive

Nel tentativo di ricomporre il quadro di insieme, appare interessante dare conto dell'assetto normativo attualmente vigente e dello stato dell'arte a partire dalla presenza numerica di madri detenute nei penitenziari italiani.

Ad oggi, le detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani sono 49 e 54 i minori, di cui 11 donne con 14 minori al seguito non reclusi negli Icam e, dunque, all'interno delle "sezioni nido"⁹². A seconda di come si intenda la questione, ciò può essere ritenuto una prova del successo della normativa, visto il numero contenuto di persone reclusi, come pure del suo insuccesso poiché, comunque, vi sono minori trattenuti negli istituti penitenziari e che stanno scontando pene per azioni commesse dalle proprie genitrici⁹³. Per quanto la lesione di un diritto non consenta distinzioni sulla base del *quantum* dei "protagonisti" della violazione, va ammesso che i numeri sono certamente contenuti, aspetto da considerare nell'ipotizzare possibili soluzioni, anche a fronte del verificarsi di fatti drammatici che impongono di agire per evitare simili vicende⁹⁴.

89. Corte cost., nn. 17/2017 e 177/2009.

90. Corte cost., n. 17/2017, di non fondatezza.

91. Corte cost., n. 76/2017, quanto alla detenzione domiciliare speciale.

92. I dati sono aggiornati al 31 marzo 2019. Sono 19 le detenute con cittadinanza italiana, con 22 minori al seguito, e 30 cittadine straniere, con 32 minori al seguito (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST183018&previousPage=mg_1_14). G. Fabini, *Donne e carcere*, *op. cit.*, ricorda come il picco di bambini reclusi vi fu nel 2001, alla vigilia dell'approvazione della cd. "legge Finocchiaro", con 83 minori ristretti. In quel momento, soltanto le detenute con pena anche residua inferiore a 4 anni e figli di età non superiore a 10 anni potevano accedere alla detenzione domiciliare, mentre in caso di pena superiore ai 4 anni e un figlio minore di tre, l'alternativa era la separazione dal figlio o la sua reclusione. Gli asili nido, in Italia, sono 19, distribuiti nell'Istituto femminile di Roma-Rebibbia e nelle 18 sezioni femminili degli Istituti prevalentemente maschili di Agrigento, Avellino, Bologna, Cagliari, Castrovillari, Firenze "Sollicciano", Foggia, Forlì, Genova, Messina, Milano Bollate, Perugia, Pesaro, "Giuseppe Panzera" di Reggio Calabria, Sassari, Teramo, Torino e Trento. Per quanto temporalmente contenuta, è pure da ricordare la presenza di bambini sotto i tre anni negli istituti penali per minorenni (ipm), che vengono poi rapidamente assegnati a case famiglia protette. Nel 2018, sono stati sette, con una presenza media di cinque giorni: due di loro sono rimasti meno di un giorno (uno soltanto per mezz'ora), due un massimo di due giorni, uno sette giorni e uno, però, ben 25. Vds. la «Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà» (d'ora in avanti: "relazione Garante"), presentata il 27 marzo 2019, pp. 66-67, e disponibile online: <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/>. Sull'esperienza delle case famiglia, vds. A. Tollis, *Le case famiglia protette e il "caso milanese*, in G. Mantovani (a cura di), *Donne ristrette*, *op. cit.*, pp. 330 ss.

93. Come ricordato nella relazione Garante citata, infatti, «i bambini non sono reclusi e (...) pertanto, le loro libertà e i loro diritti non devono soffrire alcuna limitazione oltre a quella, inevitabile, della condivisione con la madre di una struttura chiusa» (*ibid.*, p. 67).

94. Si ricordino le parole di grande spessore umano che il garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà Mauro Palma ha riservato, nella relazione al Parlamento, alla vicenda che ha visto due bambini uccisi per mano della propria madre con cui condividevano l'esperienza della carcerazione. Il Garante ha ricordato come, per quanto sia «[u]na situazione che non ha colpevoli interni in senso stretto – e le stesse indagini disciplinari si sono chiuse in tal senso – (...) trova tutti noi colpevoli di non saper prospettare soluzioni diverse a queste drammatiche vite, segnate da reati, forse da malattia, non prive mai però della necessità della nostra *pietas* e del nostro interrogarci su quanto di diverso avremmo potuto fare» (*ibid.*, p. 6).

Alla luce del quadro normativo vigente, oggi, per le madri condannate in via definitiva, è garantita la temporanea libertà⁹⁵ fino al compimento dei tre anni del bambino, nonché, sino ai dieci anni, la detenzione domiciliare⁹⁶ e l'assistenza extramuraria⁹⁷. Al superamento del decimo anno di vita del bambino, l'ordinamento non ritiene più sussistente la necessità di proteggere la relazione materna, fatti salvi i casi di grave disabilità del figlio⁹⁸. In caso di privazione della libertà a seguito dell'applicazione delle misure cautelari, la reclusione delle madri è possibile quando il bambino abbia superato l'anno di vita, posto che i suoi interessi cedono di fronte a esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁹⁹.

È dunque ancora presente – in nome della discrezionalità legislativa – un limite al di sopra del quale non è più possibile accedere ai benefici, fissato in tre, sei o dieci anni, repute et  in cui il bambino possa non avere ancora una propria autonomia o non comprendere appieno il contesto nel quale si trova¹⁰⁰.

Da notare come la recente riforma ha, da ultimo, definitivamente sdoganato l'espressione "asili nido"

nell'ambito del contesto penitenziario, criticamente riproponendo l'ambiguit  di fondo che rende pensabile la detenzione di bambini in tenera et .

Al quadro normativo interno si affiancano le regole di rango internazionale che richiamano la necessit  di valutare la maternit  e le sue peculiari esigenze¹⁰¹, anche in chiave organizzativa e infrastrutturale¹⁰², prendendo atto di come il carcere non sia un luogo idoneo per la crescita di un minore¹⁰³.

Il tema della tutela della maternit  reclusa si mostra come certamente bisognoso di un complessivo ripensamento, sotto molti punti di vista.

Profonda   stata l'evoluzione e significativo lo stato dell'arte raggiunto, se paragonato ad alcuni decenni or sono, per quanto andrebbero ulteriormente valorizzati gli istituti e le fattispecie presenti nell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, agli Icam esistenti, strutture di grande importanza¹⁰⁴, che andrebbero potenziate e affiancate da altri istituti e strumenti tali da rendere effettive le alternative alla detenzione delle donne madri recluse¹⁰⁵, come emerso in seno agli Stati generali dell'esecuzione penale¹⁰⁶.

95. Vds. artt. 146, 147 e 211-bis cp.

96. Vds. artt. 47-ter e 47-quinquies o.p.

97. Vds. art. 21-bis o.p.

98. Per quanto riguarda la disabilit  del figlio, vds. le note 67 e 79 del presente lavoro. Per quanto riguarda le misure cautelari, non vi sono invece state pronunce sul merito della questione. Corte cost., (ord.) n. 239/2011, restituzione degli atti al giudice *a quo* per la necessit  di una nuova valutazione della rilevanza della questione; (ord.) n. 250/2011 e (ord.) n. 104/2015, per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio e oscurit , ambiguit , indeterminatezza del *petitum*.

99. Art. 275, comma 4, cpp.

100. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison*, op. cit., p. 197.

101. Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa R(99)19, concernente la mediazione in materia penale; Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, risoluzione del 24 luglio 2002 (2002/12) sui «Basic Principles» relativi all'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale.

102. Vds. la proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla condizione delle donne detenute e sull'impatto della detenzione sulla vita familiare, in cui   previsto l'obiettivo di sviluppare unit  di piccole dimensioni nelle quali i bambini possano crescere in un ambiente idoneo: «Relazione sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare» [2007/2116 (INI)] - Commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere, A6-0033/2008, 5 febbraio 2008.

103. Consiglio d'Europa, raccomandazione dell'Assemblea parlamentare n. 1340(1997), sugli effetti sociali e familiari della detenzione; vds. «Regole penitenziarie europee», nn. 36.1, 36.2 e 36.3, su cui M. Tirelli, *La tutela della dignit  del detenuto nelle Regole Penitenziarie europee*, in G. Bellantoni e D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani - Diritto dell'esecuzione penale; diritto penale; diritto, economia e societ *, vol. III, Celt, Piacenza, 2010, pp. 99 ss.; vds., inoltre, le «Bangkok Rules» del 2010, cit.

104. C. Vergine, *La vicenda cautelare*, op. cit., pp. 80-81, ritiene si tratti di un'opportunit  tradita dalla pratica, oltre che per ragioni statistiche, connesse a un numero contenuto di donne detenute, anche per il ritardo nella loro realizzazione. Le strutture avrebbero infatti dovuto funzionare a pieno regime gi  dal 2014, sulla base di un piano straordinario penitenziario non ancora approvato. La stessa fissazione delle caratteristiche delle strutture per le quali sarebbe stata possibile la stipula di convenzioni con gli enti locali   intervenuta nel 2013, con dm 8 marzo 2013. Nello stesso senso, R. Mastrottauro, *La detenzione domiciliare*, op. cit., p. 112.

105. M.P. Giuffrida, *Studio sulle donne ristrette*, op. cit. Ad oggi, gli Icam in Italia sono Torino "Lorusso e Cutugno", Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Cagliari e Lauro.

106. Vds. la relazione finale del Tavolo 3, coordinato da T. Pitch e composto da G. Bezzi, L. Cesaris, I. Del Grosso, M. Graziosi, E. Pierazzi, D. Stasio, S. Steffenoni (in www.giustizia.it), secondo cui la presenza di bambini all'interno delle strutture penitenziarie   dovuta alla scarsa diffusione, sul territorio nazionale, di istituti a custodia attenuata per detenute madri e di case famiglia protette, nonch  allo scetticismo della magistratura che, spesso, in assenza di un domicilio ritenuto "sicuro", non concede la detenzione domiciliare.

I monitoraggi hanno messo in luce l'inadeguatezza anche delle sezioni o delle stanze deputate ad accogliere bambini fino ai tre anni di età – i cd. “asili nido” – quanto ai requisiti strutturali (adeguatezza delle stanze alle esigenze del bambino, cucina separata per i bimbi, presenza di un cortile attrezzato con giochi, di una ludoteca, di ambienti idonei per i colloqui con i familiari) e ai requisiti relativi alla qualità della vita dei bambini (presenza di personale specializzato e di volontari, convenzioni per l'inserimento scolastico, possibilità per i bambini di uscire con i volontari). Spesso, mancano cortili attrezzati per i bambini, ludoteche e locali idonei per i colloqui, come pure è assente personale loro dedicato e personale medico e sanitario specializzato, che viene chiamato in caso di necessità¹⁰⁷.

Non può tacersi il “peso” che, sulla vicenda, producono gli oneri economici evocati da questo tipo di soluzioni. Appare, infatti, un controsenso pensare a strumenti alternativi alla detenzione senza prevedere un impegno economico, come pure è peraltro accaduto di frequente¹⁰⁸. L'aspetto problematico della questione non risiede (sol)tanto nella materiale impossibilità di realizzare queste strutture senza investimento economico alcuno, quanto piuttosto nella

tiepida volontà di attuare strumenti alternativi alla detenzione che questo approccio testimonia¹⁰⁹.

La riflessione sulla condizione detentiva delle madri andrebbe poi collocata in una più generale riflessione sul tema del carcere, spesso inteso, non solo dal dibattito mediatico¹¹⁰, come unica risposta alla commissione dei reati, in netta contrapposizione con il dettato costituzionale che espressamente si riferisce alle pene, nella loro accezione plurale. Dovrebbe, pertanto, intendersi il carcere come *extrema ratio*, sia nella fase di espiazione della pena sia, ancor più, in fase cautelare, valorizzando al massimo i possibili strumenti alternativi e non intendendo la privazione della libertà come risposta unica e indifferenziata a prescindere dalle condizioni – personali e materiali – della vicenda criminosa.

Più complessa appare la pensabilità di “femminilizzare” la risposta statale al crimine, che pure, in ipotesi, sembrerebbe possibile, anche attraverso l'attivazione di progetti specifici¹¹¹ e la creazione di strutture *ad hoc* ulteriori rispetto a quelle attualmente presenti. Infatti, l'esistenza di poche strutture dedicate alla detenzione femminile rispetto alle sezioni femminili all'interno di istituti maschili impone di tenere conto del principio di territorialità nell'esecuzione della

107. Relazione Garante nazionale, cit., p. 66.

108. Si pensi alla l. n. 40/2001, approvata escludendo «maggiori oneri per il bilancio dello Stato» derivanti dal ruolo affidato al servizio sociale nella gestione della misura speciale della detenzione domiciliare (art. 3, comma 2). Anche la successiva l. n. 62/2011, attivando le case famiglia protette tra i luoghi di possibile esecuzione della detenzione domiciliare per madri con figli al seguito, oltre che della misura cautelare degli arresti domiciliari, riconobbe che «il Ministro della giustizia (...) può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette», ma «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 4). Da ultimo, anche nella legge delega è prevista l'attuazione «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 1, comma 83, l. n. 103/2017), alla luce della clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'ultimo articolo dello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri, per cui «le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente decreto con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente».

109. G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit., pp. 258-260. L'autrice rileva come, in tal senso, deponga la neutralità finanziaria dello schema di decreto legislativo risultante dalla relazione tecnica (p. 20), secondo la quale l'adozione delle misure alternative sarà comunque disposta «solo nei limiti dell'effettiva disponibilità delle strutture nell'ambito delle risorse di bilancio degli enti sopra citati», rappresentati da «associazioni, cooperative sociali e (...) altre agenzie private e pubbliche presenti nel territorio per l'azione di inclusione sociale e dedite ad attività di volontariato», con le quali s'intende incentivare la collaborazione «sulla base di protocolli con gli uffici di esecuzione e i tribunali di sorveglianza». Rispetto agli uffici di esecuzione penale esterna, l'autrice ricorda come la legge di bilancio 2018 abbia quanto meno disposto l'avvio di procedure per nuove assunzioni (art. 1, comma 493, l. n. 205/2017). Si veda, però, il dinamismo di alcuni legislatori regionali che, nell'introdurre azioni positive in tal senso, hanno anche stanziato appositi fondi. Vds. l. regionale Lazio, 8 giugno 2007, n. 7, «Interventi a sostegno dei diritti della popolazione detenuta della Regione Lazio». A seguito della l. regionale Lazio, 22 ottobre 2018, n. 7, all'art. 12, comma 1, è stata aggiunta la lettera *a-bis*, che impegna la Regione a «favorire la realizzazione di strutture destinate alla detenzione delle detenute madri con figli di età non superiore ai sei anni ai sensi della legge 21 aprile 2011, n. 62»; è stato introdotto l'articolo 13-bis (Istituti a custodia attenuata per detenute madri – Icam), secondo cui «la Regione, in attuazione dell'articolo 12, comma 1, lettera *bis*), promuove la costituzione di un gruppo interistituzionale con le amministrazioni competenti per definire i requisiti e le procedure per l'individuazione di immobili regionali che possono essere destinati ad accogliere gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri (Icam)»; due i fondi istituiti per gli anni 2019 e 2020, rispettivamente, di parte corrente e in conto capitale, pari ognuno ad euro 250 mila.

110. Si pensi alle riforme che innalzano le pene edittali, alcune delle quali recentemente oggetto di censure di incostituzionalità da parte della Consulta.

111. Vds. la «Carta dei figli dei genitori detenuti», documento unico in Europa, firmata dal Ministro della giustizia, dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e dall'associazione “Bambinisenzasbarre”, il 21 marzo 2014. Riepiloga alcuni significativi progetti interistituzionali per i figli di donne recluse S. Baldassarri, *Donne in carcere e figli: diritto al colloquio e autorizzazione alla corrispondenza*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., pp. 229 ss.

pena, come pure del possibile effetto di marginalità che le detenute patiscono in contesti pensati per uomini¹¹².

Questi elementi consentirebbero di evitare lo “schiacciamento” della condizione detentiva femminile in sezioni interne alle strutture maschili, elemento che inevitabilmente ne condiziona ogni ulteriore aspetto, tra cui certamente il percorso trattamentale e le possibilità formative e occupazionali¹¹³, con una sorta di “doppia segregazione” in ragione del genere¹¹⁴. Se, sul piano normativo, l’attenzione è stata rafforzata dalla recente riforma, si dovrà però verificare la sua attuazione sul piano pratico.

Posto che gli studi criminologici restituiscono un basso indice di pericolosità della popolazione detenuta femminile¹¹⁵, si potrebbe forse rendere ancora più agevole il ricorso alle misure alternative sia durante la fase della cognizione, sia durante la fase della esecuzione¹¹⁶. Proprio al fine di garantire il superiore interesse del minore, o comunque la continuità nei contatti, con adeguati programmi di visita e colloqui

in ambienti idonei, sono state proposte alcune linee guida tra cui è ricordata la valutazione di alternative alla detenzione¹¹⁷.

Anche il tentativo di ripensare organizzazione e struttura penitenziaria per abbandonare il modello di istituto incentrato sulla sicurezza appare una possibile ipotesi, per quanto non sembri all’ordine del giorno dell’attuale legislatura. Al contrario, si segnalano criticamente alcune proposte di legge che non sembrano tenere conto dell’impatto della detenzione sui minori, mirando ad abbassare la soglia della punibilità a dodici anni¹¹⁸.

In chiave di complessiva valutazione, appare importante mantenere netta la distinzione fra le ragioni della detenzione e l’idoneità genitoriale, poiché si tratta di prospettive che spesso tendono a confondersi, ma che dovrebbero invece essere opportunamente differenziate¹¹⁹. Certamente, la commissione di reati gravi può generare una presunzione di inidoneità e, dunque, condurre l’ordinamento a interrogarsi sul permanere della responsabilità genitoriale¹²⁰, la cui

112. Le strutture detentive soltanto femminili sono appena cinque nel contesto interno: Trani, Pozzuoli, Roma-Rebibbia, Empoli, Venezia-Giudecca. Il ridotto numero fa sì che, spesso, le detenute ivi ospitate patiscano un significativo isolamento, poiché spesso le famiglie non sono in condizioni di sostenere frequenti viaggi in occasione dei colloqui. L. Ravagnani e C.A. Romano, *Women in Prison*, op. cit., p. 20; G. Russo, *Le peculiarità del carcere femminile*, in U. Gatti e B. Gualco (a cura di), *Carcere e territorio*, Giuffrè, Milano, 2003, pp.123-124. Anche il numero assai contenuto di Icam, di fatto, “privilegia” le madri che risiedono in prossimità delle strutture esistenti. Sul punto, vds. M. Miravalle, *Quale genere di detenzione?*, op. cit.; R. Mastrottauro, *La detenzione domiciliare*, op. cit., p. 113; P. Corvi, *La n. 62/2011 rafforza almeno sulla carta la tutela delle detenute madri*, in *Il Corriere del merito*, nn. 8-9/2011, pp. 838-843; G. Mantovani, *Tempi (incomprendibilmente) dilatati per garantire ai bambini fino a sei anni la continuità del rapporto con la madre al di fuori degli istituti di custodia*, in *Cass. pen.*, n. 10/2012, pp. 3451-3465.

113. Sul tema specifico del lavoro, vds. A.M. Rizzo, *Essere madri lavoratrici dal carcere*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., pp. 176 ss.

114. Ad oggi, sono 52 le sezioni femminili di penitenziari maschili. G. Fabini, *Donne e carcere*, op. cit., ricorda in proposito come l’essere all’interno di strutture maschili e spesso di dimensioni contenute limiti profondamente la possibilità, per le detenute, di fruire di spazi sufficienti nonché di attività a loro dedicate. L’autrice fa riferimento al fatto che la gran parte delle donne reclusi sono esclusivamente impiegate in servizi d’istituto, ad esempio addette alle pulizie e aiuto cuoche (73,6 per cento del totale delle lavoranti). I. Del Grosso, *Realtà e peculiarità degli istituti femminili*, in D. Pajardi - R. Adorno - C.M. Lendaro - C.A. Romano (a cura di), *Donne e carcere*, op. cit., p. 195, sottolinea come le donne reclusi negli istituti misti siano emarginate due volte, poiché tutte le risorse sono disposte a vantaggio della popolazione maggiore, cioè quella maschile.

115. Su cui vds. il par. 1 del presente lavoro.

116. M. De Pascalis, *Uno sguardo*, op. cit., p. 9. M. Miravalle, *Quale genere di detenzione?*, op. cit., p. 53, si domanda in proposito il perché, a fronte delle poche donne ristrette nelle carceri italiane ed europee, di cui solo una minoranza ha commesso reati gravi e di rilevante allarme sociale, la detenzione continui a essere un’opzione praticata. L’autore ricorda, altresì, come la stessa valutazione della criminalità non sia neutra, ma effetto di un costruito sociale.

117. È poi prevista la valutazione dell’impatto economico della carcerazione sui minori, il diritto del minore a essere informato circa le ragioni dell’allontanamento del genitore, l’uso delle tecnologie per garantire continuità nei contatti con i minori, il diritto del bambino a non subire stigmatizzazioni e discriminazioni per la detenzione del genitore.

118. Ddl C.1580, XVIII legislatura, che detta «Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa», con il quale, oltre a prevedere l’abbassamento dell’età imputabile dagli attuali 14 anni ai 12 anni, si introduce l’eccezione alla regola della diminuzione di pena nel caso del reato di associazione mafiosa commesso da minorenni.

119. Lo rileva G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit., pp. 231-232.

120. Riepiloga con accuratezza la questione J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, op. cit., pp. 114 ss., che parla, in proposito, di una presunzione forte di incompetenza del genitore che commette alcune tipologie di reato per il fatto stesso di compiere la scelta di delinquere. L’autrice ricorda come lo stato detentivo che consegue all’accertamento di una condotta illecita debba intendersi come in contrasto con il

verifica deve però seguire un percorso parallelo incentrato sul minore coinvolto, che sgombri il campo dal rischio di un suo uso strumentale in chiave di pressione sul genitore ai fini della collaborazione o per lo scardinamento della criminalità organizzata¹²¹.

È, pure, fondamentale interrogarsi circa le differenze previste in ragione dell'età del minore, della gravità dei reati e del motivo della carcerazione – dunque, se a seguito di una misura cautelare o della condanna, o ancora rispetto alla pena già scontata o residua –, in quanto aiuta nel mettere a fuoco quale sia l'obiettivo di tutela della normativa: se la condizione materna, se la relazione genitoriale di cura, se il bambino e il suo fascio di diritti e libertà, se i contro-interessi della difesa sociale.

Pare di doversi riproporre l'interrogativo di fondo da cui questa analisi ha preso le mosse, ossia la

compatibilità *tout court* della detenzione con la condizione materna, che non dovrebbe soggiacere a limiti anagrafici del minore, quale soglia di (non) garanzia del rapporto affettivo. Così, pare difficile pensare alla tutela della maternità come costituzionalmente garantita, laddove questa ceda di fronte a esigenze di difesa sociale, peraltro spesso presupposte, ma non adeguatamente verificate per come si pongono nel caso concreto.

È certo che ogni operazione di bilanciamento debba assestarsi rispetto alla vicenda concreta, dovendosi però precisare come ciò sottintenda la comparabilità dei principi o valori che nel bilanciamento trovano ingresso. L'interrogativo è, allora, se possa configurarsi questa operazione tra la tutela della maternità e dell'infanzia, che trova un appiglio nella Carta costituzionale, e beni la cui tutela non è dotata di

dovere di educare i figli alla legalità, intesa come obiettivo funzionale a un adeguato inserimento di bambini e ragazzi nel contesto sociale, ponendosi quale limite relevantissimo a un adeguato esercizio della responsabilità genitoriale da parte della madre.

121. Della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 569 cp, allora «potestà» genitoriale) si è occupata la giurisprudenza costituzionale che, in un primo momento, aveva avallato l'automatismo sanzionatorio poiché «non è certamente in ragione di eventuali ripercussioni negative, su terzi, che l'applicazione di sanzioni penali, principali od accessorie, può eventualmente provocare, che va dichiarata l'illegittimità costituzionale d'una determinata pena». Peraltro, la Consulta aveva ricordato come, proprio per i casi di rilevata incapacità genitoriale, la legge avesse previsto la possibilità di assegnare la cura del minore a terze persone (Corte cost., n. 723/1988). Successivamente, riconoscendo centralità al minore e ai suoi interessi, la Corte ha invece dichiarato l'illegittimità della disposizione che prevedeva come automatica la perdita della responsabilità genitoriale, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto (Corte cost., n. 31/2012, su cui vds. J. Long, *Essere madre dietro le sbarre*, op. cit., pp. 114 ss.; L. Ferla, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1585; S. Larizza, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 597; G. Leo, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2012; M. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 377; A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4909). Vds. anche Corte cost., n. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 cp, nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, comma 2, cp; su cui vds. S. Larizza, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 554; M. Mantovani, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 176; V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2013, p. 199. Si ricordino, in proposito, i «provvedimenti di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale quindi con affido del minore ai servizi sociali e con collocamento in comunità o in famiglie fuori dalla (...) realtà territoriale», anche considerando che sono talvolta le madri a fare da «anello di congiunzione tra i minori e la criminalità organizzata» (così, «Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata», approvata dal Consiglio superiore della magistratura con delibera del 31 ottobre 2017). G. Mantovani, *La de-carcerazione delle madri*, op. cit., p. 239, ricorda che nemmeno la matrice mafiosa del delitto attribuito all'adulto può invariabilmente decretare, in sé, la sua inidoneità quale genitore, piuttosto dovendosi attivare gli organismi di riferimento per la tutela del minore. Proprio in riferimento alla criminalità organizzata, la risoluzione Csm del 2017 ricordava l'«opportunità di rivisitare (...) le forme di cooperazione ed interazione tra i diversi uffici giudiziari competenti», chiedendo che le stesse non vengano lasciate «al prudente apprezzamento ed alle lodevoli iniziative dei singoli magistrati», ma siano standardizzate e prescritte dal legislatore. In particolare, «l'eventuale previsione di un obbligo per il giudice ordinario di comunicare al Tribunale per i minorenni e al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni provvedimenti limitativi della libertà personale o i procedimenti in corso nei confronti di soggetti coinvolti nelle associazioni mafiose che abbiano figli di età inferiore agli anni 18, consentirebbe di intervenire adottando i provvedimenti di cui agli artt. 330 e ss. c.c.». Appare ovvio che, nel caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 cc, si verrebbe a generare una condizione ostativa alla fruizione del beneficio volto alla salvaguardia del benessere psico-fisico della prole, venendo meno il presupposto stesso del beneficio, ossia il rapporto affettivo da salvaguardare e il rapporto di convivenza da non interrompere bruscamente. Nella risoluzione del 27 luglio 2006, dedicata alla «Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni», il Csm rilevava che la decadenza ex art. 330 cc e l'abbandono materno sono «situazioni che possono comportare accertamenti istruttori complessi presso il Tribunale per i Minorenni, talora impossibili per i soggetti che usano *alias* o irregolarmente presenti nel territorio dello Stato».

copertura costituzionale. Per quanto la giurisprudenza costituzionale¹²² e quella convenzionale¹²³ abbiano individuato la difesa sociale come rientrante tra le finalità della pena, di concerto con obiettivi di prevenzione speciale e generale, l'esclusivo riferimento testuale in Costituzione è alla rieducazione del condannato. Peraltro, evocare le esigenze di difesa sociale significa comunque, implicitamente, assumere un livello minimo di offensività del comportamento, non sempre rinvenibile nei casi di carcerazione delle madri. Infatti, se il legame genitoriale può essere condizionato, non può però essere del tutto sacrificato, né peraltro la tutela dell'interesse del bambino coinvolto potrebbe posarsi rispetto a criteri generali e astratti, spesso soltanto apoditticamente riportati e non motivati, come la difesa sociale.

Pure, va considerato il caso in cui il bilanciamento possa prefigurarsi fra la tutela della relazione materna – che potrebbe, ad esempio, indurre a recludere il minore con lei convivente – e la tutela dell'infanzia attraverso la protezione della crescita del bambino dall'esperienza della reclusione. Per quanto la maternità possa certamente intendersi quale leva della riabilitazione della donna autrice di reato¹²⁴, è tuttavia

fondamentale una lettura che ne intenda la tutela in una chiave non antagonista rispetto alla tutela dell'infanzia, tale da ammettere il sacrificio del superiore interesse del minore.

Conclusivamente, pare di potersi ammettere come una più attenta considerazione delle diverse istanze in gioco consentirebbe di costruire il bilanciamento senza, aprioristicamente, gerarchizzare diritti e libertà che – se dotati di copertura costituzionale – non possono essere sacrificati in nome di non meglio precisate esigenze contrapposte.

Diversamente, si ammetterebbe che il carcere non sia il luogo che la Costituzione deputa alla ri-socializzazione della persona che, tanto più quando reclusa nella condizione di maternità¹²⁵, necessita del massimo sostegno da parte dello Stato che ne assume la cura. Piuttosto, si ammetterebbe che esso si tramuti uno spazio fisico di contenimento e afflizione, riproponendo impostazioni oramai definitivamente superate e certamente incompatibili con l'impianto costituzionale che lo individua come «luogo di ricostruzione – o a volte di costruzione – del senso di legalità [in cui] non possono essere fatte vivere situazioni che ledono la legalità stessa»¹²⁶.

122. La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato come la finalità rieducativa concorra con l'obiettivo di prevenzione generale e di difesa sociale della pena. Il legislatore può far prevalere ora l'una, ora l'altra, senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, vds. Corte cost., n. 183/2011; richiama anche la riparazione Corte cost., n. 179/2017).

123. Negli anni, con una significativa giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di «*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*», da ultimo con *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, par. 43 (ric. n. 57592/08), ma vds. anche *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 (ric. n. 10511/10); *Khoroshenko c. Russia*, 30 giugno 2015 (ric. n. 41418/04); *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, (ric. n. 66069/09); *James, Wells e Lee c. Regno Unito*, 8 settembre 2012 (ric. nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09); *Maiorano e altri c. Italia*, seconda sezione, 15 dicembre 2009 (ric. n. 28634/06); *Dickinson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007 (ric. n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002 (ric. 37703/97).

124. G. Mantovani, *La marginalizzazione del carcere*, op. cit., pp. 196 ss.

125. Come riportato nella relazione del Garante nazionale, cit., «La detenzione di una donna con i propri figli deve essere sempre una misura estrema; se adottata, richiede una grande attenzione da parte del personale, sia nei confronti delle madri che nei confronti dei bambini» (p. 66).

126. Vds. relazione Garante, cit., p. 5.

Introduzione

di Carlo De Chiara

Che fare in presenza di crisi o insolvenza dell'impresa? La risposta, di cui si occupa il diritto delle procedure concorsuali, non è mai neutra.

La liquidazione con smembramento dell'azienda è solo una delle possibili risposte, quella che prevalentemente diede la legge fallimentare del 1942, la quale riservava alla conservazione dell'organizzazione aziendale e dell'impresa gli angusti spazi del concordato con garanzia – sempre, per di più, che l'imprenditore ne fosse “meritevole”. La giurisprudenza si incaricò, col tempo, di superare una visione così rigida e meccanicistica e affermò la legittimità della liquidazione anche in blocco dell'azienda con purgazione dei debiti: affiorava infatti la consapevolezza che è un bene anche l'organizzazione aziendale, da non disperdere, dunque, sinché contiene ancora un *valore*.

Il processo riformatore della disciplina delle procedure concorsuali sviluppatosi a partire dal 2005 ha ampliato gli spazi aperti dalla giurisprudenza, facendo della conservazione dell'azienda una priorità, sia nei casi di semplice crisi, sia in quelli di vera e propria insolvenza, e separando i destini dell'imprenditore, che “fallisce”, da quelli dell'azienda, che può proseguire la sua vita sia pure in mani diverse.

La priorità attribuita alla conservazione dell'azienda e dell'impresa non è, a sua volta, neutra. Se in astratto non può non condividersi l'opportunità della conservazione del valore aziendale, nell'interesse complessivo dell'economia nazionale e degli stessi creditori (che da quel maggior valore ricavano una maggiore soddisfazione dei propri crediti), in concreto l'esperienza insegna che i tentativi di conservazione della redditività dell'azienda spesso non sono coronati da successo e non di rado comportano, anzi, la dispersione di valore già acquisito, per effetto dell'aggravarsi del passivo dovuto ai nuovi debiti contratti durante il protrarsi di una gestione aziendale non economicamente efficiente.

Il favore per le soluzioni concordate della crisi – e, in particolare, per il concordato in continuità aziendale – sotteso al processo di riforma iniziato

nel 2005, si basa appunto largamente sulle esigenze di conservazione del valore aziendale. Ma dietro alle apparentemente asettiche opzioni normative si muovono interessi diversi, e spesso contrastanti, di soggetti e di ceti volta a volta favoriti o pregiudicati dalle differenti opzioni. La continuità aziendale favorisce sicuramente l'interesse occupazionale dei lavoratori e delle imprese dell'indotto legate indissolubilmente alle sorti dell'impresa committente, ma può pregiudicare l'interesse dei restanti creditori alla maggior soddisfazione dei loro crediti per il rischio, già richiamato, di incremento del passivo nel corso della verifica dell'effettiva possibilità di risanamento dell'impresa, che non di rado ha esito negativo.

Fino a che punto è lecito e opportuno correre tale rischio? Pur dovendosi senza incertezze anteporre a qualunque altro interesse quello del lavoro, su cui la Repubblica si fonda per dettato costituzionale, non sarebbe tuttavia giustificabile la dilapidazione di risorse in tentativi di risanamento privi di ragionevoli prospettive di successo, perché la stessa Costituzione non è indifferente alla tutela dei creditori e, del resto, l'ingiustificato e irragionevole pregiudizio dei loro interessi incide negativamente sulla funzionalità del mercato.

Chi decide, inoltre, se correre o meno il rischio della continuità aziendale? Il quesito rimanda al tema dei rapporti tra autonomia negoziale delle parti, per quanto declinata nella forma del tutto peculiare dei concordati di massa, e contenuto del sindacato del giudice – di pregnante incidenza sostanziale ovvero limitato alla pura legittimità formale – in sede di omologazione del patto concordatario tra debitore e creditori.

Il compito del legislatore consiste, come sempre, nel bilanciare opportunamente i valori e gli interessi in gioco. Il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, attuativo della delega conferita al Governo dalla legge 19 ottobre 2017, n. 155 per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, determina un nuovo punto di equilibrio – illustrato da vari contributi del presente obiettivo – realizzando anche, a differenza delle novelle parziali succedutesi nella frene-

tica stagione riformatrice che l'ha preceduto, un più ampio disegno sistematico.

Il decreto si compone di quattro parti. Il vero e proprio «codice della crisi di impresa e dell'insolvenza» è contenuto nella prima; la seconda parte contiene, invece, «modifiche al codice civile», in funzione di raccordo con le disposizioni del predetto codice; la terza, disposizioni particolari attinenti a «garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire»; la quarta le «disposizioni finali e transitorie».

Viene così finalmente raccolta in un unico corpo normativo la disciplina di tutti gli aspetti della crisi e dell'insolvenza dell'impresa o gruppi di imprese (ma con l'eccezione, tanto vistosa quanto ingiustificata, dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese), nonché del sovraindebitamento dei soggetti esclusi dalle tradizionali procedure concorsuali, conferendo organicità al sistema, con intuibili ricadute positive in termini di chiarezza e non lacunosità della disciplina, e migliorando il raccordo con il diritto societario e il diritto del lavoro.

Non si è proceduto, peraltro, al riordino della materia dei privilegi, pure previsto dalla legge delega; né si è curata l'armonizzazione delle disposizioni penali; né si è dato seguito al criterio direttivo della specializzazione dei giudici della crisi e dell'insolvenza, fondamentale presupposto di un'efficace applicazione della nuova normativa, tanto più che il nuovo codice riconosce al giudice poteri di verifica della fattibilità economica della proposta concordataria, che la precedente disciplina gli negava.

Il presente obiettivo non ha, ovviamente, lo scopo di illustrare compiutamente il contenuto del nuovo testo normativo, ma si propone di metterne a fuoco potenzialità e criticità attraverso riflessioni sui principali aspetti qualificanti, grazie a contributi su temi sia più generali e di sistema, sia più specifici e di immediato impatto anche operativo. Senza peraltro trascurare, come nella tradizione di questa Rivista, il

contributo di cultori di altre scienze sociali – in particolare, l'economia – che aiuti a mettere a fuoco i dati della realtà su cui le norme incidono.

Merita di essere evidenziata sin da ora la scelta legislativa, di carattere strategico, di abbandonare la precedente concezione sanzionatoria del fallimento: una scelta espressa icasticamente sostituendo la stessa parola «fallimento» con l'espressione neutra «liquidazione giudiziale», a sottolineare la mancanza di qualsiasi pre-giudizio morale nei confronti dell'imprenditore insolvente, la cui riprovazione è solo eventuale e trova spazio sul terreno della sanzione penale, conseguente a condotte particolari.

Senza tale mutamento culturale di fondo, non avrebbe senso e probabilità di successo il più innovativo degli istituti introdotti dalla riforma (anticipando, sia pure in maniera incompleta, le sollecitazioni del legislatore europeo contenute nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019, in corso di approvazione all'epoca del varo del decreto legislativo), quello delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi: istituto che si iscrive a pieno titolo nella cultura del salvataggio dell'impresa e presuppone la collaborazione e l'affidamento dell'imprenditore, in uno con la massima precocità della scoperta e denuncia già dei primi segnali della crisi, allorché questa sarebbe più agevolmente superabile.

Il d.lgs n. 14/2019 entrerà in vigore (salvo alcune disposizioni di più immediata applicazione) decorsi diciotto mesi dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, avvenuta il 14 febbraio 2019, ma c'è da aspettarsi che quella che leggiamo oggi non sarà la sua versione definitiva. Con una inedita modalità di intervento, la legge 8 marzo 2019, n. 20 ha infatti delegato il Governo a emanare, con le procedure e nel rispetto dei criteri direttivi previsti dalla precedente legge delega n. 155/2017, entro due anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione, disposizioni integrative e correttive di quest'ultimo.

Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”: oltre la tutela (esclusiva) del creditore

di *Giovanni D'Amico*

Muovendo dalla ricostruzione sistematica tradizionale della responsabilità patrimoniale e del rapporto obbligatorio, evidenziando la natura di “ordine pubblico” del principio che sancisce la responsabilità patrimoniale del debitore, il contributo affronta poi il tema cruciale dell'esdebitazione dell'imprenditore soggetto alle tradizionali procedure concorsuali, nonché il nuovo istituto del “sovraindebitamento”, con l'ampliamento dell'effetto esdebitativo anche al cd. “debitore civile”.

1. Notazioni iniziali / a) responsabilità patrimoniale e rapporto obbligatorio / b) la natura di “ordine pubblico” del principio che sancisce la responsabilità patrimoniale del debitore / **2. Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali: una premessa. La previsione della cd. esdebitazione dell'imprenditore soggetto alle tradizionali procedure concorsuali** / **3. Il nuovo istituto del “sovraindebitamento” e l'ampliamento dell'effetto esdebitativo anche al cd. “debitore civile”. Prime considerazioni** / **4. La ratio della normativa sul sovraindebitamento: un inedito favor debitoris o un “aggiornato” favor creditoris?**

1. Notazioni iniziali

a) responsabilità patrimoniale e rapporto obbligatorio

La “responsabilità patrimoniale”¹ – secondo la concezione tradizionale – è un mezzo di tutela del diritto di credito e, per così dire, l'estremo presidio offerto al creditore quando il debitore inadempiente non abbia eseguito neanche l'obbligazione risarcitoria in cui si risolve la sua “responsabilità personale”

ex art. 1218 cc (e quando – per altro verso – non si versi in una delle ipotesi in cui è ammessa la cd. esecuzione in forma specifica). Essa dà contenuto a quella “garanzia” (generica) che il creditore ha – appunto – *sul patrimonio* del proprio debitore, risolvendosi nella *soggezione* dei beni che costituiscono tale patrimonio (anche di quelli che vi entreranno a far parte in futuro) all'*azione esecutiva* del creditore²: possibile sino a quando non sia stato interamente adempiuto l'obbligo risarcitorio che (come detto) consegue all'inadempimento dell'obbligazione.

1. Sulla quale – per un quadro di sintesi assai efficace e puntuale – si veda, nella letteratura più recente, F. Macario, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), A. Zoppini (coordinato da), *Diritto civile - L'attuazione dei diritti*, vol. IV, tomo 2, Giuffrè, Milano, 2009, p. 169.

2. Che il “rapporto” cui dà vita la “responsabilità patrimoniale” consista – essenzialmente –, *a latere creditoris*, nel potere (diritto potestativo) di sottoporre a esecuzione forzata i beni del debitore e, correlativamente (ossia, *a latere debitoris*), nella “soggezione” di quest'ultimo all'azione esecutiva del creditore non è contraddetto dalla circostanza che – solitamente – si facciano rientrare nella “responsabilità patrimoniale” (intesa) *in senso lato* anche l'azione revocatoria, l'azione surrogatoria e il sequestro conservativo, che sono per l'appunto mezzi di *conservazione della garanzia patrimoniale*, ossia strumenti attraverso i quali il creditore cerca di mantenere integra l'utilità delle azioni esecutive che egli può esercitare sul patrimonio del proprio debitore.

Non importa, in questa sede, analizzare in maniera più dettagliata il contenuto del “rapporto” di responsabilità patrimoniale, né occuparsi delle varie teorie che sono state formulate al riguardo. Val la pena, forse, solo di sottolineare come la prospettazione del “lato attivo” di tale rapporto – lato attivo rappresentato dal potere del creditore di sottoporre a esecuzione forzata i beni (costituenti il patrimonio) del debitore – non dovrebbe indurre a confinare il fenomeno della responsabilità patrimoniale nell’ambito del diritto processuale, dovendosene riconoscere la natura “sostanziale”, non diversamente da quanto si direbbe di qualsiasi “diritto potestativo”, quale sembrerebbe potersi configurare il diritto del creditore di procedere *esecutivamente* sui beni del proprio debitore inadempiente – ammesso che, a tale “diritto”, si intenda attribuire (ma pur si tratta di un punto controverso) una portata “sostanziale” e autonoma rispetto al rapporto di credito/debito³.

b) la natura di “ordine pubblico” del principio che sancisce la responsabilità patrimoniale del debitore

Più importante ancora, ai fini del discorso che dovrà essere qui condotto, è accennare *in limine* a un altro dato che appartiene al tradizionale modo di concepire la responsabilità patrimoniale, ossia alla connotazione di tale principio come appartenente all’*ordine pubblico*, sul presupposto che la sua funzione sia quella di garantire la giuridicità del vincolo obbligatorio e, in tal modo, di soddisfare un’esigenza di *tutela del credito* e (più in generale) dell’economia⁴.

È noto come da questa (generica) connotazione si sia, per lungo tempo, fatta discendere l’inammissibilità di *deroghe convenzionali* alla “responsabilità patrimoniale”⁵: inammissibilità che, tuttavia, la dottrina più recente tende (variamente) a mettere in discussione, ridimensionando la portata di *ordine pubblico* del principio della responsabilità patrimoniale, e individuando comunque spazi sempre più ampi in cui l’autonomia privata può essere ammessa a operare anche in questa materia⁶.

3. L’inquadramento della posizione soggettiva del creditore nell’ambito del “rapporto di responsabilità patrimoniale” nello schema del diritto potestativo può considerarsi prevalente, risultando ormai superate concezioni precedenti che, per descrivere il potere del creditore di *aggreddere i beni* del debitore, avevano evocato lo schema del diritto “reale”, come se si trattasse di una sorta di “pegno” su tutti i beni del debitore (si veda, in particolare, per questa posizione. A. Rocco, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, pp. 696 ss.), ovvero ipotizzato un qualche “potere di controllo gestorio” spettante al creditore sui beni del debitore e assimilabile ai diritti reali (è la posizione di G. Pacchioni, *Delle obbligazioni in generale*, in *Diritto civile italiano*, vol. I, parte II, Cedam, Padova, 1941, pp. 19 ss., 46 ss. e 58 ss.). È stato agevole obiettare a queste concezioni che la cd. “garanzia generica” (formula che – come già ricordato – viene utilizzata per descrivere le prerogative del creditore sui beni costituenti il patrimonio del proprio debitore) non presenta alcuno dei caratteri tipici delle garanzie reali in senso tecnico e, più in generale, dei diritti reali (come – a tacer d’altro – il cd. “diritto di seguito”), e comunque non si traduce in alcun potere diretto del creditore sui beni del debitore.

Queste critiche hanno aperto la strada a due posizioni: la prima (diventa prevalente) che nega l’esistenza di un diritto sostanziale del creditore sui beni del debitore, concependo la cd. “garanzia generica” come un insieme di poteri strumentali rispetto al diritto di credito – si veda, per tutti, R. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale*, in A. Scialoja e G. Branca (diretto da), *Commentario del codice civile – Libro VI. Tutela dei diritti*, sub art. 2740, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1955, pp. 7 ss.) –; la seconda (minoritaria), alla quale implicitamente aderiamo nel testo, che riconosce invece l’esistenza in capo al creditore di una situazione giuridica sostanziale e autonoma (rispetto al credito), in particolare riconducendo detta situazione allo schema concettuale del “diritto potestativo” – cfr. L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, artt. 2740-2744, Utet giuridica, Milano, 2010 (seconda edizione), pp. 20 ss.; da ultimo aderisce a questo orientamento G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 16, dove anche la precisazione che «come accade per tutti i rapporti potestativi anche quello derivante dall’art. 2740 c.c. presuppone un’ulteriore ed autonoma relazione giuridica fra le parti che, nel caso specifico, non si può che individuare nel rapporto obbligatorio».

4. Cfr., su questo punto, ad esempio, V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XIX, tomo 1, Utet, Torino, 1997, pp. 485 ss. e 508 ss.; *Id.*, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all’art. 2740, 2° co. c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, 250.

5. Per la verità, un’autorevole (ma, sul punto, del tutto isolata) opinione dottrinale aveva, già in epoca risalente, sostenuto che l’art. 2740 cc non tanto impedisse deroghe (alla responsabilità patrimoniale del debitore) di tipo *convenzionale* (ossia, programmate con il consenso del creditore), quanto piuttosto che la disposizione in questione abbia come scopo di impedire che il debitore, *con un proprio atto unilaterale di volontà* possa, direttamente o indirettamente, determinare effetti pregiudizievoli per i propri creditori.

Di recente, la tesi secondo cui l’art. 2740, comma 2, andrebbe letto nel senso che soggette al principio di tipicità sarebbero solo le limitazioni negoziali della responsabilità patrimoniale “imposte” ai creditori per determinazione unilaterale del debitore, e non anche quelle “negoziato”, è sviluppata nel lavoro di G. Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2017, *passim* (su cui si veda la *Recensione* di F. Macario, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 762 ss.).

6. Cfr., ad esempio, il contributo di G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata, op. cit.*, *passim* e, spec., pp. 75 ss., il quale argomenta la tesi secondo cui la previsione del secondo comma dell’art. 2740 cc pone una preclusione soltanto a limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale aventi efficacia reale (ponendosi a fondamento di un principio di tipicità legale delle ipotesi di “patrimoni separati”, che costituirebbero pertanto un *numerus clausus*), mentre essa non riguarderebbe accordi (di vario contenuto) che contemplino limitazioni

Non solo si sono moltiplicate, negli ultimi tempi, le ipotesi di “patrimoni separati” – moltiplicazione che, pur non mettendo (formalmente) in discussione il principio di “tipicità” (e, quindi, la necessaria *autorizzazione legale* a dar vita a forme negoziali di separazione patrimoniale), ha finito comunque per far apparire sempre più eroso il principio di unicità e universalità del patrimonio⁷ –, ma è stato altresì “ricalibrato” (e circoscritto) anche il principio del monopolio pubblico della tutela esecutiva (principio sovente invocato, per esempio, quale fondamento del divieto delle pattuizioni “commissorie”), aprendo la strada anche in questo caso a sempre più ampie esplicazioni dell'autonomia privata nel campo della (auto-) tutela esecutiva (e, questa volta, in funzione “ampliativa” della tutela dei creditori, o almeno di alcuni di essi)⁸.

Vedremo, nei paragrafi seguenti, come il processo volto a ridimensionare la portata “di ordine pubblico” del principio della responsabilità patrimoniale (per lo meno, nel modo tradizionale di intenderlo) abbia trovato, negli ultimi anni, significative espressioni anche nel campo delle procedure concorsuali.

2. Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali: una premessa. La previsione della cd. esdebitazione dell'imprenditore soggetto alle tradizionali procedure concorsuali

Le procedure concorsuali – *di per sé* – non sembrerebbero destinate a incidere necessariamente sul-

la responsabilità patrimoniale del debitore (divenuto “insolvente”). Esse incidono – certamente – sui modi del soddisfacimento delle ragioni creditorie (si pensi, ad esempio, all'effetto della cd. “decadenza del debitore dal beneficio del termine”: effetto che l'art. 1186 cc enuncia con riferimento al singolo rapporto obbligatorio, e che, nel caso di fallimento, si verifica comunque⁹ *per tutti i rapporti obbligatori* di cui è parte il debitore insolvente), soprattutto per la ragione che esse sostituiscono a una prospettiva di *esecuzione individuale* promuovibile da ciascun creditore sui beni del debitore un meccanismo di *esecuzione collettiva*, nel quale consiste essenzialmente la procedura fallimentare (o, per usare la terminologia del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la procedura di «liquidazione giudiziale» del patrimonio del debitore).

Ma, a parte questa importante “novità” – che “trasforma” le situazioni creditorie, di cui, sino a quel momento, il singolo titolare avrebbe potuto pretendere il soddisfacimento (coattivo) integrale, in situazioni assoggettate alla *regola del “concorso”*, in ossequio al principio della *par condicio creditorum* –, per il resto la dichiarazione di fallimento non comporta *di per sé* un'incidenza sulla responsabilità patrimoniale del debitore (fallito)¹⁰. Almeno secondo la prospettiva tradizionale, infatti, *con la chiusura del fallimento* cessano gli effetti sul patrimonio del fallito, e in particolare – come recitava il secondo comma dell'art. 120 della legge fallimentare del 1942 – i creditori «*riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale ed interessi*».

della responsabilità patrimoniale destinate a valere solo nei rapporti tra creditore e debitore.

Nell'ambito dei contributi che, negli ultimi anni, hanno esaminato gli spazi sempre più ampi che possono riconoscersi all'autonomia privata in relazione alla materia della responsabilità patrimoniale, può annoverarsi anche il volume di L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim* (su cui vds. la *Recensione* di F. Macario, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 757 ss.).

Tra i lavori non monografici, può consultarsi utilmente il saggio di G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contratto e impr.*, 2012, pp. 91 ss.

7. Sotto questo profilo, la previsione più ampia – tale da configurarsi, *almeno apparentemente*, come tendenzialmente eversiva del principio generale – può essere ravvisata nell'art. 2645-ter del codice civile. Sul punto sia consentito, tuttavia, per una valutazione meno drastica, rinviare a G. D'Amico, *L'atto di destinazione (A dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645-ter)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, pp. 7 ss., spec. p. 16 e nota 23 (ove il richiamo all'autorevole opinione di A. Falzea, e alla distinzione che l'illustre Autore propone tra “limitazioni del patrimonio” e “limitazioni della responsabilità”).

Distingue opportunamente tra il caso in cui sia la legge a prevedere *direttamente* una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, e il caso in cui questo effetto consegua a un atto negoziale (“legittimato” da una previsione legislativa), C. Granelli, *La responsabilità patrimoniale del debitore tra disciplina codicistica e riforma* in itinere del diritto societario, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 507 ss.

8. Il riferimento è alle ormai numerose previsioni legislative che ammettono esplicitamente i cd. “patti marciiani”. Su queste ipotesi vds., anche per i necessari richiami all'ampia letteratura formatasi sul tema, i contributi raccolti nel volume di G. D'Amico - S. Pagliantini - F. Piraino - T. Rumi, *I nuovi marciiani*, Giappichelli, Torino, 2017.

9. Ossia, indipendentemente dalla circostanza che il debitore sia in grado ancora di adempiere il singolo rapporto.

10. Sull'atteggiarsi, nelle procedure concorsuali (e, in particolare, nel fallimento) delle regole “comuni” in tema di responsabilità patrimoniale, *cfr.* – più in generale – G. Tarzia, *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?*, in *Il Fallimento*, 2007, pp. 369 ss., spec. pp. 370 ss.

Sotto altro profilo, un'interessante riflessione sulle finalità che deve proporsi un moderno sistema di regolamentazione della crisi d'impresa, superando il carattere assorbente del paradigma del rapporto obbligatorio (e della tutela dei creditori, come finalità esclusiva), si legge in F. Di Marzio, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Giuffrè, Milano, 2019, *passim*.

Dunque, secondo la norma appena citata, la “parentesi” della procedura fallimentare – con la sottoposizione del patrimonio *attuale* del debitore alle regole dell’esecuzione collettiva – non fa(ceva) venir meno il principio secondo cui il debitore risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni, *anche futuri*. Detto altrimenti, e in sintesi: la sottoposizione a fallimento non modifica(va), nella sua essenza, il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Solo gli effetti *personali* della dichiarazione di fallimento erano suscettibili di venir meno attraverso la cd. sentenza di riabilitazione, per ottenere la quale – peraltro – uno dei presupposti era quello che il fallito avesse pagato interamente tutti i crediti ammessi nel fallimento, compresi gli interessi e le spese (art. 143, n. 1, l. fallimentare del 1942)¹¹.

Com’è noto, la riforma della legge fallimentare realizzata con il d.lgs 9 gennaio 2006, n. 5 ha introdotto anche nel nostro ordinamento l’istituto dell’“esdebitazione”, conosciuto da tempo in altri ordinamenti¹². In particolare, il nuovo art. 142 l.fall. – quale risultante a seguito della suddetta riforma – ha disposto che il fallito persona fisica¹³ è ammesso, ricorrendo determinate condizioni che ne attestino la “meritevolezza”¹⁴, al «beneficio della *liberazione dei debiti residui* nei confronti dei creditori concorsuali». L’ultimo comma dell’art. 142 fa salvi, comunque, «i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso»¹⁵: disposizione, questa, che conferma (come diremo meglio fra poco) che ci si trova di fronte

proprio a una vicenda che concerne direttamente (ed esclusivamente) il “rapporto di responsabilità patrimoniale”, e non anche la (sottostante) “obbligazione”, la quale ultima non si estingue neanche parzialmente (altrimenti sarebbe inspiegabile che sopravvivano rapporti accessori, come quelli di garanzia).

Dunque, la possibilità di “esdebitazione” prevista per il debitore fallito costituisce un istituto che incide *direttamente* (e profondamente) sulla responsabilità patrimoniale, sebbene l’insieme delle “condizioni” cui è subordinato il riconoscimento di tale beneficio non solo circoscrive notevolmente (almeno, *in via di fatto*) le ipotesi in cui in concreto l’imprenditore (commerciale) tornato *in bonis* potrà usufruire del beneficio, ma soprattutto “giustifichi” la concessione dello stesso (giustificazione che, come noto, è comunemente individuata nell’offrire all’imprenditore, “onesto ma sfortunato”¹⁶, un’opportunità di cd. *fresh start*), evidenziandone il carattere in definitiva *eccezionale*.

Peraltro, va anche aggiunto che l’esdebitazione – che, con riguardo alla procedura fallimentare (o, per usare la terminologia del CCII, di «liquidazione giudiziale») può scaturire solo da un provvedimento giurisdizionale (all’esito dell’accertamento della sussistenza delle condizioni richieste per la concessione del beneficio) – costituisce effetto che consegue invece, *naturaliter*, ad altre procedure basate sull’accordo con i creditori (il riferimento, naturalmente, è soprattutto – anche se non solo – al concordato preventivo). Sotto questo profilo, è legittimo affermare che le procedure “concordatarie”, ancor prima dell’in-

11. Il n. 2 dell’art. 143 l.fall. prevedeva altresì, nel caso in cui il fallito avesse proposto ai creditori concorsuali un concordato fallimentare, che la riabilitazione potesse essere concessa in caso di regolare adempimento del concordato, e sempreché il tribunale lo ritenesse meritevole del beneficio, tenuto conto delle cause e circostanze del fallimento, delle condizioni del concordato e della misura della percentuale (purché quest’ultima non fosse comunque inferiore al 25 per cento).

12. In argomento *cfr.* L. Ghia, *L’esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in U. Apice, (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 654 ss.

13. La riserva del beneficio della esdebitazione alle sole persone fisiche (che siano state dichiarate fallite) viene solitamente giustificata con la considerazione che la chiusura del fallimento determina l’estinzione della società e, dunque, la mancata sopravvivenza del debitore, che non potrà pertanto acquisire nuovi beni attraverso i quali soddisfare i debiti residui (ossia i debiti che non trovano soddisfazione in sede di procedura concorsuale).

14. In particolare, occorre che il fallito abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all’accertamento del passivo, e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni, senza aver in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura, e così via.

15. Nel codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, l’esdebitazione (dell’imprenditore soggetto a liquidazione giudiziale) è – ora – regolata dagli artt. 278 ss., con disposizioni in parte comuni anche all’esdebitazione dell’imprenditore “sovraindebitato” (su cui vds. quanto diremo *infra*, nel prossimo paragrafo). In particolare, l’art. 278 stabilisce (con una disposizione che vorrebbe avere carattere “definitorio”) che «L’esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell’ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni» (comma 1), ribadendo, al comma 5, la salvezza dei diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore nonché degli obbligati in via di regresso. Le “condizioni” per ottenere l’esdebitazione sono invece dettate dal successivo art. 280, che riformula parzialmente l’art. 142 dell’attuale legge fallimentare.

16. Sul paradigma dell’imprenditore “onesto ma sfortunato” (paradigma che poi transiterà nella figura del consumatore “onesto ma sfortunato”) – vittima di circostanze “esterne” e fuori dalla sua portata di controllo, *cfr.* G. Rojas Elgueta, *L’esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, p. 310; *Id.*, *Profili sistematici dell’esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell’imprenditore alla protezione sociale del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2/2014, p. 261.

troduzione dell'esdebitazione del debitore dichiarato fallito, costituivano (e costituiscono) una vistosa deroga all'art. 2740, comma 2, cc, almeno per chi veda consacrato in questa norma il principio della sottrazione all'autonomia privata delle regole relative alla responsabilità patrimoniale del debitore¹⁷.

3. Il nuovo istituto del “sovraindebitamento” e l'ampliamento dell'effetto esdebitativo anche al cd. “debitore civile”. Prime considerazioni

Se l'esdebitazione dell'imprenditore (commerciale) fallito costituisce una deroga significativa, ma comunque limitata (sotto il profilo dei soggetti coinvolti), al principio della responsabilità patrimoniale (quale racchiuso nel precetto secondo il quale il debitore risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni, *anche futuri*), ben più ampia è la deroga che rispetto al medesimo principio è stata introdotta con la l. n. 3/2012, che ha disciplinato l'istituto del cd. “sovraindebitamento” del debitore civile (*recte*: del debitore “non fallibile”), estendendo il beneficio dell'esdebitazione anche ai debitori che sono esclusi dalle tradizionali procedure concorsuali (consumatori, professionisti, imprenditori agricoli, imprenditori commerciali “piccoli”)¹⁸.

L'esdebitazione del debitore sovraindebitato allarga notevolmente – e, anzi, rende *potenzialmente* coestensiva *all'intera categoria dei debitori* – la deroga al principio secondo cui la responsabilità patrimoniale grava *su tutti i beni*, anche futuri, del debitore. Ci troviamo, dunque, di fronte a un intervento normativo che sembrerebbe essere idoneo a revocare in dubbio la natura di “principio (generale)” della

previsione contenuta nel primo comma dell'art. 2740 cc, e addirittura a ribaltare quel rapporto tra “regola” ed “eccezione” su cui si fonda l'elevazione di una norma al rango di “principio (generale)”.

In questa direzione sembrano essersi orientati i primi interpreti (per la verità, non numerosi) di queste novità legislative, interpreti che – anzi – hanno addirittura intravisto nell'istituto dell'esdebitazione (del debitore “civile”) un dato capace di sovvertire (prima ancora che l'istituto della “responsabilità patrimoniale” del debitore) la stessa concezione tradizionale dell'obbligazione, facendo in sostanza della “incapacità patrimoniale” del debitore una nuova causa di estinzione (parziale) dell'obbligazione stessa, e così determinando un sensibile arretramento della *tutela del credito* nel nostro ordinamento.

Dico subito che questa “lettura” non mi sembra in alcun modo persuasiva, sotto molteplici punti di vista.

Anzitutto, non persuade l'idea che la normativa sull'esdebitazione del debitore “sovraindebitato” comporti un mutamento del concetto di obbligazione, attraverso l'introduzione di quell'inedita causa di estinzione dell'obbligazione che diventerebbe la or ora menzionata “*incapacità patrimoniale*” del debitore (che si porrebbe in netto contrasto con l'idea che solo una *impossibilità “oggettiva”* della prestazione può essere idonea a far venire meno il vincolo obbligatorio). Intanto, deve osservarsi che le tradizionali cause di estinzione dell'obbligazione (dalla poc'anzi richiamata “*impossibilità sopravvenuta della prestazione*”, alla remissione, alla confusione, alla compensazione, etc.) costituiscono ipotesi (astratte) suscettibili di trovare concreta applicazione *con riferimento a qualsiasi obbligazione, e in qualunque momento questa sia sorta o debba essere adempiuta*. Viceversa, la cd. “*incapacità patrimoniale*” (del debitore) determinerebbe – in ipotesi – l'estinzione (parziale) di un unico tipo

17. Si osservi come non sarebbe corretto assimilare la previsione *legislativa* degli effetti delle fattispecie “concordatarie” a uno dei casi in cui la legge “autorizza” la formazione negoziale di “patrimoni separati”. Qui, invero, non ci si trova di fronte alla possibilità di preconstituire *ex ante* ipotesi di sottrazione di alcuni beni alla responsabilità patrimoniale (nei confronti, almeno, di alcuni creditori), come avviene nel fenomeno dei cd. “patrimoni separati”. La limitazione della responsabilità patrimoniale è, invece, un effetto che si ricollega *ex post* a rapporti obbligatori sorti senza che, per essi, operasse alcuna preventiva limitazione della responsabilità patrimoniale (del debitore), e senza che la *successiva* limitazione di detta responsabilità (conseguente al “concordato” raggiunto con i creditori) possa dirsi conseguenza di una estinzione (parziale) dell'obbligazione, come è provato dal fatto che i creditori concordatari «conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso» (così l'art. 184, l.fall., nella formulazione attualmente vigente). Si aggiunga che, nelle soluzioni “concordatarie” in senso stretto (quelle che danno vita a vere e proprie procedure “concorsuali”, tali perché coinvolgono necessariamente la totalità dei creditori), l'effetto esdebitativo è un effetto che si produce anche *contro la volontà del singolo creditore* (dissenziente) se la *maggioranza dei creditori* ha approvato la proposta del debitore e se il concordato abbia ricevuto l'omologazione da parte del tribunale.

18. Non ci occupiamo, in questa sede, della disciplina delle procedure concorsuali che sono previste per la soluzione delle cd. “crisi da sovraindebitamento” (disciplina su cui vds., ora, le disposizioni contenute negli artt. da 65 a 83, da 268 a 277, e da 282 a 283 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), argomento peraltro già oggetto di specifica trattazione nel presente fascicolo della *Rivista*. Accenniamo, qui, al tema del sovraindebitamento esclusivamente con riferimento alla prospettiva generale (“responsabilità patrimoniale” e “tutela del credito”) che costituisce oggetto delle nostre considerazioni.

di obbligazione, l'obbligazione pecuniaria¹⁹, e – per di più – solo in un numero limitato di occasioni (almeno con riferimento a ciascun singolo debitore). L'art. 280 del CCII pone, infatti, tra le condizioni per poter ottenere l'esdebitazione la circostanza che il debitore *non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte*. Dal che si desume che – ove il debitore si trovasse nella situazione di aver già usufruito per due volte dell'esdebitazione – la sua “incapacità patrimoniale” non potrebbe avere alcuna incidenza (nel senso che non potrebbe determinarne la ipotizzata “estinzione”) sulle obbligazioni *assunte successivamente*. E già questa considerazione fa comprendere come abbia un fondamento assai fragile l'ipotesi che la normativa sul sovraindebitamento abbia introdotto una (nuova) *generale* causa di estinzione dell'obbligazione²⁰.

A voler approfondire questo profilo, potrebbe (e dovrebbe) poi osservarsi che il risultato di una regolamentazione come quella introdotta con la normativa sul sovraindebitamento si muove semmai in direzione (esattamente) opposta alla configurazione dell'incapacità patrimoniale del debitore come (supposta) causa *generale* di estinzione dell'obbligazione. Non c'è dubbio infatti che, mentre prima dell'introduzione di tale normativa potevano trovare spazio e (sia pur discutibile) legittimità concettuale e teorica (almeno in via astratta) orientamenti volti a costruire (per lo più sulla base della clausola generale di *buona fede*) un concetto di “inesigibilità”²¹ del credito comprensivo *anche* della fattispecie di sopravvenuta, incolpevole incapacità patrimoniale del debitore²² – e si sarebbe trattato, allora, di una causa di cd. “inesigibi-

19. Obbligazione che, peraltro, può scaturire da molteplici rapporti, sia di natura contrattuale (ad esempio: debito di pagamento del prezzo di una compravendita, o del corrispettivo di una locazione o di un appalto, debito di rimborso di un mutuo, e così via esemplificando), sia di natura extracontrattuale. A quest'ultimo proposito, giova peraltro rilevare che sia la l. n. 3/2012 che il recente codice della crisi di impresa e dell'insolvenza escludono dall'esdebitazione i debiti per il risarcimento del danno da illecito extracontrattuale (vds. art. 278, comma 7, CCII).

20. D'altra parte – vien voglia di osservare – non si capirebbe perché l' “incapacità patrimoniale”, la quale non costituisce certamente una condizione ostativa al sorgere dell'obbligazione – e ciò non solo perché il vincolo obbligatorio è, di per sé, un vincolo “personale”, non direttamente condizionato dalla situazione patrimoniale del debitore (salvo che non si configuri *ab origine* una situazione di “impossibilità” della prestazione promessa), ma anche perché lo stesso patrimonio del debitore (elemento, si ripete, “esterno” rispetto al rapporto obbligatorio e oggetto esclusivamente di quel “rapporto di responsabilità patrimoniale” che subentra quando l'obbligazione rimanga inadempita), sebbene *attualmente* incapiente, può nel tempo incrementarsi di nuovi beni, che rendano *effettiva* la “responsabilità” cui va incontro il debitore che non adempia la propria obbligazione – possa diventare una causa *estintiva* dell'obbligazione medesima. Sui rapporti – e, soprattutto, sulla *distinzione* – tra *Schuld* e *Haftung*, cfr. le belle pagine di A. Di Majo, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 23-24; sull'incidenza del dibattito circa i rapporti tra *Schuld* e *Haftung*, per un verso sulla costruzione del rapporto obbligatorio e, per altro verso, sulla configurazione della responsabilità patrimoniale, cfr. anche G. Rojas Elgueta, *Autonomia privata, op. cit.*, spec. pp. 58 ss. Certo, il discorso appena svolto potrebbe essere revocato in dubbio con riferimento all'ipotesi in cui l'incapienza patrimoniale sia prospetticamente individuabile – soprattutto in considerazione *non del singolo rapporto obbligatorio (isolatamente considerato), bensì dell'insieme dei debiti esistenti in capo al soggetto in un certo momento* – come (presumibilmente) *definitiva* – ossia tale da far prevedere che (esclusi eventi del tutto imprevedibili e “anormali”: un'importante vincita ad una lotteria, un lascito ereditario inatteso, etc.) il debitore non sarà in grado comunque, nel corso della propria vita e secondo i prevedibili incrementi che il suo patrimonio potrà registrare, di far fronte ai debiti accumulati). In tal caso – e prescindendo dalla circostanza che i debiti, e la connessa responsabilità patrimoniale, sono di norma trasmissibili agli eredi (i quali peraltro avrebbero sempre la possibilità di accettare con beneficio d'inventario) – potrebbe giustificarsi l'inferenza secondo cui, venuta meno la possibilità del soggetto di “garantire” con il proprio patrimonio (anche futuro) l'adempimento dei propri debiti (*recte*: di poter rispondere patrimonialmente, in caso di loro inadempimento), risulta altresì compromesso quel legame che fa della possibilità che il debitore “risponda patrimonialmente” (del proprio inadempimento) la garanzia della (perdurante) effettiva vigenza del vincolo obbligatorio. Sotto questo profilo, potrebbe non essere casuale che proprio questo aspetto venisse evidenziato dalla definizione di “sovraindebitamento” dettata dall'art. 6, comma 2, l. n. 3/2012 («(...) la situazione di *perdurante squilibrio* tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, *ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente*» – corsivi aggiunti). Tuttavia, non meno significativa, allora, deve ritenersi la circostanza che alla “definitiva incapacità” di adempiere l'obbligazione (concetto, comunque, ambiguo nella misura in cui torna a confondere il “rapporto di debito” e il “rapporto di responsabilità patrimoniale”) non faccia più riferimento la definizione di “sovraindebitamento”, che si legge ora nell'art. 2, lett. c, CCII.

21. Ma, sugli equivoci sottesi all'utilizzo che viene fatto – in queste impostazioni – del concetto di “inesigibilità” (della prestazione), sia consentito il rinvio a G. D'Amico, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in *Id.* (cur.), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1 ss., spec. pp. 35 ss.

22. Si veda, ad esempio, R. Bocchini, *Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2130 ss., in particolare p. 2132, dove si individua la *ratio* dell'istituto nei principi di solidarietà sociale e di buona fede nell'esecuzione del contratto, sulla base della premessa secondo cui tali principi «costituiscono non solo il terreno culturale e normativo costituzionale dal quale trae origine il principio di proporzionalità delle prestazioni nel rapporto obbligatorio, ma impongono anche un atteggiamento di tolleranza dello stato di difficoltà, di bisogno e di necessità della parte di un rapporto soggettivo».

Di “inesigibilità” del credito, in base al principio di buona fede, nei confronti del debitore che versi in una situazione di “sovraindebitamento”, parla anche O. Clarizia, *L'inadempimento non imputabile. Tre modelli a confronto: inesigibilità della prestazione, impossibilità*

lità” suscettibile di essere invocata *con riferimento al singolo rapporto obbligatorio* e (soprattutto) *sempre* –, oggi questo non è più possibile. Ammesso pure, infatti, che si possa rinvenire negli evocati “principi” di “solidarietà sociale” (art. 2 Cost.) il fondamento/*ratio* dell’esdebitazione del debitore sovraindebitato, non v’è dubbio che la legge, regolando il fenomeno, ha inteso porre limiti ben precisi alla possibilità che il debitore possa sfuggire alle conseguenze patrimoniali del proprio inadempimento, in particolare stabilendo che egli non potrà usufruire del beneficio della esdebitazione per più di due volte nel corso della sua vita (secondo la previsione del già citato art. 280 CCII). In presenza di detti (precisi) limiti, non dovrebbe essere più consentito all’interprete argomentare, sulla base del principio di “solidarietà sociale” (e della clausola di buona fede, che ne sarebbe espressione), l’“inesigibilità” di un credito nei confronti di un debitore che abbia già utilizzato per due volte il beneficio dell’esdebitazione da sovraindebitamento.

Il riferimento al (dovere di) “solidarietà sociale” – per spiegare la *ratio* del nuovo istituto, e in particolare il sacrificio che, in presenza di una situazione di sovraindebitamento del debitore, viene imposto ai singoli creditori, chiamati a subire l’“esdebitazione” (per la parte dei loro crediti che non trovi capienza nell’attuale patrimonio del debitore) – può, allora, anche essere considerato appropriato, ma solo a condizione che esso venga correttamente inteso. Lo vedremo nel paragrafo che segue.

4. La *ratio* della normativa sul sovraindebitamento: un inedito *favor debitoris* o un “aggiornato” *favor creditoris*?

È, a questo punto, possibile – dopo aver chiarito che la cd. esdebitazione del debitore insolvente (si tratti dell’imprenditore commerciale soggetto alle tradizionali procedure concorsuali o del debitore “sovraindebitato”, di cui alle più recenti normative) non incide sul (concetto di “obbligazione” e) sul rapporto obbligatorio, ma si traduce piuttosto in una

(eccezionale) limitazione della “responsabilità patrimoniale” – cercare di individuare la *ratio* di questo istituto, solo da pochi anni introdotto nel nostro ordinamento sotto la spinta della crisi economica e delle conseguenze che essa ha prodotto, sia per il fatto di aver determinato il fallimento di numerosi imprenditori (non tanto per l’incapacità degli stessi, quanto piuttosto per la “sfortuna” di aver operato in un contesto economico generale difficilissimo), sia per il fatto di avere dato luogo (con riferimento ai soggetti sottratti all’operare delle procedure concorsuali tradizionali) a fenomeni assai diffusi di “(crisi da) sovraindebitamento” (anche in questo caso determinata – assai spesso – non da imprevidenza o imprudenza dell’interessato, ma da fattori “esogeni” incidenti sulla capacità reddituale o patrimoniale dell’individuo o del suo nucleo familiare : basti pensare al licenziamento proprio o di un proprio congiunto, da parte di imprese versanti, a propria volta, in una situazione di crisi).

È stato istintivo, per i primi interpreti, “leggere” gli interventi normativi in esame – e, segnatamente, quello in tema di sovraindebitamento – come volti a tutelare il soggetto “debole” del rapporto obbligatorio (soggetto identificato *a priori*, peraltro discutibilmente, con il “debitore”²³), e ciò sebbene si sia da subito messo in evidenza anche il dato – peraltro da tempo acquisito in ordinamenti che assai prima del nostro hanno sperimentato questo tipo di normative – per cui il fenomeno (della regolamentazione) del sovraindebitamento è «un fenomeno tipico di una *credit society*», nella quale il credito al consumatore opera come «leva insostituibile per la crescita delle imprese»²⁴.

Ma proprio questo dato avrebbe dovuto (e dovrebbe) indurre a riconsiderare con attenzione il profilo della *ratio* degli interventi normativi di cui stiamo scorrendo. *Ratio* che solo a una visione superficiale (o, comunque, parziale) può apparire riassumibile nella formula di un inedito *favor debitoris* (che ribalterebbe il tradizionale *favor creditoris* che si vuole sotteso alla disciplina codicistica dell’obbligazione)²⁵. In realtà, e a ben vedere, si tratta di altro, e precisamente di una versione aggiornata (se si vo-

sopravvenuta, eccezione di inadempimento, in G. Perlingieri e F. Lazzarelli (a cura di), *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, ESI, Napoli, 2018, p. 547.

23. E, invero, sfugge a questa semplicistica visione, che pretende di fare del debitore *sempre* il “soggetto debole” del rapporto obbligatorio, il fatto che vi siano assai spesso debitori che si trovano in una posizione di forza, contrattuale e normativa, nei confronti dei rispettivi creditori (basti pensare al caso della pubblica amministrazione, che è, oltre tutto, quasi sempre il più importante debitore “pecuniario” nell’ambito del sistema economico moderno).

24. Così C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 73; vds. anche *Id.*, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del diritto civile*, in D’Amico (a cura di), *Sovraindebitamento*, op. cit., pp. 137 ss., spec. pp. 146 ss.)

25. Se così fosse, oltre tutto – come in altra occasione abbiamo avuto modo di evidenziare –, il sistema normativo dovrebbe dirsi afflito

le, più evoluta e raffinata) di un *favor creditoris*, che però non si misura più tanto sulla tutela di questo soggetto con riferimento al singolo rapporto obbligatorio, ma guarda piuttosto all'interesse (per così dire "comune") della categoria dei creditori (o, per essere più precisi, *di alcuni creditori*), o anche all'interesse generale dell'economia.

Volendo esprimere in forma più esplicita il concetto appena enunciato, si potrebbe dire che il "sacrificio" – ammesso che di questo veramente si tratti²⁶ – che il singolo creditore viene a subire in virtù dell'esdebitazione di cui beneficia il proprio debitore²⁷, è compensato dal "vantaggio" che *per la categoria dei (potenziali, futuri) creditori* è rappresentata dal "recupero" al circuito economico (sia "produttivo", sia di mero "consumo") di un soggetto che, altrimenti, non avrebbe più gli stimoli e, talora, neanche la possibilità materiale e giuridica²⁸ per intraprendere nuove iniziative produttive o di consumo.

In questo senso, la normativa che prevede la possibilità per gli imprenditori (dichiarati) falliti di ottenere l'esdebitazione dopo la chiusura del fallimento, come pure l'analoga possibilità riconosciuta ai debitori che possono accedere alle procedure di

sovraindebitamento, costituiscono tipiche normative *a favore del mercato*, tanto da potersi probabilmente affermare che è questo l'interesse che costituisce il nuovo criterio di *ordine pubblico* alla luce del quale intendere e applicare la disciplina in esame²⁹.

Dalla *tutela del credito* – quale si riteneva assicurata dal principio di "responsabilità patrimoniale" del debitore, come principio di "ordine pubblico" che implicava l'inammissibilità di limitazioni, per lo meno di fonte negoziale –, si può dire di essere passati a una *tutela del credito (rectius: del mercato)* garantita ora anche attraverso regole che, viceversa, presuppongono un (parziale) abbandono del principio secondo cui il debitore risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri. L'apparente contraddizione si scioglie considerando – come già abbiamo sottolineato – che il principio tradizionale tutela(va) *il singolo creditore* (con riferimento a un rapporto obbligatorio già in essere), mentre le normative che abbiamo esaminato e che presuppongono una "deroga" al principio della responsabilità patrimoniale sono destinate a tutelare *l'interesse (collettivo) della categoria dei creditori*, ossia l'interesse allo sviluppo degli affari e al massimo funzionamento del mercato.

da una palese "schizofrenia", perché registrerebbe – nello stesso periodo – interventi volti a *innalzare la tutela del credito*, quanto meno sotto il profilo della rapidità e della certezza di realizzazione dello stesso (si pensi ai vari interventi che hanno variamente legittimato, in diversi contesti, i cd. "nuovi patti marciiani").

26. Non bisogna sottovalutare la circostanza che il debitore "sovraindebitato" è, *per definizione*, un soggetto che non è in condizione (e, presumibilmente, non lo sarà neanche in futuro) di adempiere regolarmente i debiti di cui risulta gravato. Sicché i creditori rischierebbero di conservare nei suoi confronti una pretesa meramente "formale", con la prospettiva di un soddisfacimento del loro credito comunque parziale, e collocata in un futuro che potrebbe essere anche abbastanza lontano. Per converso, a fronte dell'eventuale "sacrificio" che questi creditori subiscono, almeno rispetto a incrementi patrimoniali futuri – si badi, del tutto *ipotetici* – del loro debitore, essi dovrebbero poter contare quanto meno su un atteggiamento "collaborativo" e "leale", che costituisce presupposto perché il debitore possa accedere alle procedure che gli consentano di ottenere l'esdebitazione.

27. Sacrificio – bisogna aggiungere – che potrebbe risultare solo ipotetico, se si considera la sempre maggiore diffusione di forme di assicurazione del credito da parte dei soggetti che professionalmente operano in questo mercato (banche e intermediari finanziari in genere). Soggetti che, poi, sono in grado ovviamente di riversare i costi dell'assicurazione del credito sui propri clienti, chiamati ad assumersi – direttamente o indirettamente – tali costi. Per il che si può dire che, sotto il profilo adesso considerato, le normative sull'esdebitazione dei debitori insolventi finiscono per risolversi in forme di "socializzazione" del danno derivante dagli inadempimenti di codesti debitori.

28. Si pensi ai limiti di accesso al credito per soggetti che risultino segnalati alla Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia, la quale fornisce mensilmente agli intermediari (banche e società finanziarie) le informazioni sul debito totale verso il sistema creditizio di ciascun cliente segnalato.

29. Il che non toglie che si ponga anche un problema di *ragionevolezza* del sacrificio che viene imposto ai singoli creditori (attuali). Su questo profilo insiste particolarmente S. Pagliantini, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in G. D'Amico, (a cura di), *Sovraindebitamento, op. cit.*, pp. 49 ss., spec. p. 62 (ma il tema costituisce il *leitmotiv* dell'intero contributo).

La funzione del contratto nella gestione della crisi: atti di autonomia privata e attività d'impresa

di *Francesco Macario*

Il lavoro esamina il nuovo rapporto che l'evoluzione della riforma ha determinato tra i concetti di contratto, quale atto negoziale, e di impresa, come attività economica produttiva. Rileva, in questo senso, innanzitutto la relazione tra insolvenza e autonomia privata, tradizionalmente difficile e complessa, mentre per altro verso si fronteggiano l'atto giuridico, come accordo tra debitore e creditore, e la programmazione economico-aziendale.

1. Una premessa sulla cosiddetta “privatizzazione” delle procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza come motivo dominante della riforma / 2. Un nuovo rapporto tra concetti: il contratto, quale atto negoziale, e l’impresa, come attività economica produttiva / 3. Insolvenza e autonomia privata: una relazione tradizionalmente difficile e complessa / 4. L’atto giuridico, come accordo tra debitore e creditore, e la programmazione economico-aziendale, secondo il piano attestato, nelle dinamiche degli accordi di ristrutturazione e dei concordati / 5. La rilevanza causale della gestione della crisi nei contratti e l’estensione dell’ambito negoziale nel nuovo codice

1. Una premessa sulla cosiddetta “privatizzazione” delle procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza come motivo dominante della riforma

Se si volesse sintetizzare la filosofia di fondo della riforma che, dopo circa quindici anni, sembra aver trovato un suo assestamento (forse non definitivo, ma tendenzialmente organico e auspicabilmente stabile) nel “codice” (della crisi d’impresa e dell’insolvenza, d.lgs 12 gennaio 2014, n. 19), tornerebbero probabilmente ancora utili i concetti – affermatisi, invero, quasi a mo’ di *slogan*, quando muoveva i primi passi il lungo iter di novellazione percorso dal

diritto della crisi d’impresa, dell’insolvenza e delle procedure per la relativa gestione – di “privatizzazione” e “de-giurisdizionalizzazione” delle tecniche e delle soluzioni per la regolazione della crisi e, più in generale, delle vicende in cui versa l’imprenditore in difficoltà¹.

Non v’è dubbio che la prospettiva negoziale privatistica, operante nello spazio di volta in volta concesso dall’ordinamento all’autonomia, ha visto ampliarsi sempre più orizzonti e potenzialità, con il definitivo superamento della tradizionale – si direbbe, atavica e sostanzialmente pregiudiziale – ostilità di un “sistema” tutto incentrato sulla valenza pubblicistica (e, di conseguenza, prevalentemente procedurale) dell’esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore (ossia

1. In argomento, con riferimento ai primi passi della riforma, *cf.*, tra le voci più autorevoli: A. Nigro, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in F. Guerrera (a cura di), *Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1 ss.; L. Rovelli, *Un diritto per l’economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in F. Di Marzio (a cura di), *La crisi d’impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2010, pp. 38 ss.

l'imprenditore) insolvente². È noto, del resto, che ai tempi delle codificazioni napoleoniche la "statualizzazione" del diritto fallimentare si presentasse come una sorta di dogma, peraltro perfettamente rispondente alla cultura (giuridica e non solo) dell'epoca³. Se è vero che, guardando al versante italiano, espressivo della medesima cultura, si poteva incontrare all'interno del codice di commercio del 1882 anche il cd. "concordato amichevole di fallimento"⁴, la compressione dell'autonomia negoziale rappresentava il proverbiale risvolto della medaglia, costituita dalla concezione statalistica e corporativa della legge fallimentare del 1942.

A fronte dell'incontestabile rilancio dell'autonomia privata, si può notare come la diversa (e, in linea di principio, antitetica) prospettiva giurisdizionale, lungi dall'essere soppiantata o anche soltanto ridimensionata dai nuovi ambiti d'azione dell'autonomia dei privati, si sia al contrario arricchita di inedite e articolate dimensioni, destinate a esprimersi in funzione – e, comunque, sempre in considerazione – delle opzioni dei privati, in ordine ai diversi e variegati strumenti utilizzabili per la gestione della situazione di crisi o insolvenza.

È evidente che anche la più rivoluzionaria riforma – come quella realizzatasi in questa materia in termini e forme davvero radicali, da ritenere, realisticamente, ancora in corso d'opera, posto che sembra più che verosimile ritenere che il nuovo codice necessiterà di un lungo periodo di consolidamento nel diritto vivente delle corti – non può nascere dal nulla (ovvero, se si preferisce, sul nulla). Sicché può

apparire persino banale ricordare che le composizioni negoziali della crisi e/o dell'insolvenza non erano certo ignote al nostro ordinamento, essendo disciplinate dal legislatore sin dai primi del Novecento (è stata non a caso appena ricordata la figura, all'epoca innovativa, del "concordato amichevole di fallimento")⁵. La centralità del fallimento (e del relativo "processo" esecutivo sul patrimonio) del debitore insolvente finiva per rendere, tuttavia, "minori" (per rifarsi allo stesso gergo legislativo, in linea, del resto, con la loro scarsa rilevanza pratica) le procedure "concordatarie", le quali in ogni caso, stando sempre alle rilevazioni empiriche e fattuali, avevano essenzialmente carattere liquidatorio.

La forza del paradigma civilistico fondamentale, ritenuto ineludibile sul piano tanto sostanziale quanto processuale, dell'obbligazione inadempita, caratterizzata (e, in un certo senso, integrata) dallo stato d'insolvenza del debitore, quale fonte del diritto del creditore di agire esecutivamente sui beni del primo assoggettati alla garanzia patrimoniale, era tale da impedire alle vicende dell'impresa in crisi (e dell'imprenditore insolvente, considerando la variabile soggettiva della situazione) di affrancarsi dal diritto comune (e generale) delle obbligazioni, della responsabilità patrimoniale e dell'esecuzione forzata, in funzione degli interessi di diversa natura e consistenza giuridica ricollegabili all'attività d'impresa⁶.

Nel momento in cui la posizione dell'impresa, quale attività oggettivamente espressiva di (al tempo stesso, incidente su) interessi diversi, non di rado in conflitto tra loro, diviene centrale e determinante⁷,

2. Si veda diffusamente, da ultimo, F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018; tra gli studi di storia del diritto, si può rinviare a: A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Hoepli, Torino, 1884, pp. 318 ss.; U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, Cedam, 1964, pp. 118 ss.; cfr. altresì R. Volante, *Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazioni medievali, diritto comune e codici*, in F. Di Marzio e F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 125 ss.; F. Mazzarella, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerari e figure fra Otto e Novecento*, in F. Di Marzio e F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale, op. cit.*, pp. 184 ss.

3. Conviene rinviare alla ricostruzione proposta da L. Moscati, *Aspetti e problemi del fallimento tra Antico Regime e codificazione commerciale*, in A. Legnani Annichini e N. Sarti (a cura di), *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra basso medioevo ed età moderna*, Bononia University Press, Bologna, 2011, pp. 81 ss.

4. Ricorda A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1902, p. 36, che il concordato nasceva «dalla consuetudine e trovò riconoscimento legislativo negli statuti delle città italiane».

5. Tra le voci più autorevoli, G. Bonelli, *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, vol I, Vallardi, Milano, 1926, pp. 3 ss.; A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1902, p. 221, il quale sottolineava che «il concordato amichevole stragiudiziale ha il suo fondamento economico e pratico nel desiderio, naturale in ogni ordine di persone, ma vivissimo nei commercianti, di regolare i propri affari in via privata ed amichevole»; L. Bolaffio, *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, n. 1/1932, I, col. 369 ss.; *Id.*, *Il componimento amichevole stragiudiziale non è concordato*, *ivi.*, n. 1/1934, I, col. 490 ss.; cfr. altresì, A. Nati, *Del concordato con speciale riguardo al concordato stragiudiziale*, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, pp. 211 ss.

6. Si veda ancora, per un approfondito studio del tema, certamente decisivo nella ricostruzione sistematica della materia, F. Di Marzio, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Giuffrè, Milano, 2019, spec. pp. 62 ss.

7. Si tratta di una nota vicenda, tipica della cultura giuridica degli anni settanta, allorché si discorreva di "uso alternativo del diritto", anche con riferimento all' "uso alternativo delle procedure concorsuali". Gli atti del relativo convegno sono stati pubblicati in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 222-329, mentre per una sintesi si veda G. Caselli, *La crisi aziendale*, in F. Galgano (diretto da), *L'azienda e il mercato - Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Cedam, Padova, 1979, p. 634. L'idea di fondo e la proposta

per definire le (nuove) regole della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore (poi estese, seppure con le opportune varianti, al debitore non imprenditore, definito tradizionalmente, sempre in negativo, come "non fallibile"), ecco che il sistema dei principi e delle regole inizia a ricomporsi – senza farsi più condizionare dal radicamento del suddetto paradigma, così come dei concetti fondanti la disciplina generale delle obbligazioni – mediante l'introduzione di norme non di rado in contrasto con gli assetti tradizionali sia del rapporto obbligatorio fra debitore e creditore, sia della tutela dei diritti dei soggetti terzi, rispetto agli atti di disposizione del patrimonio potenzialmente pregiudizievoli ai creditori.

Non v'è dubbio che lo spirito e le finalità della riforma, nel suo lungo e coerente sviluppo quasi quindicennale, possano meglio comprendersi, riflettendo per un momento sul nuovo rapporto tra attività d'impresa e attività negoziale tra privati, in estrema sintesi tra impresa e contratto. Un rapporto che il legislatore della stessa riforma, per un verso, sembrerebbe registrare come oramai consolidato nella normativa, soprattutto quella di matrice comunitaria (consumeristica e non) dell'ultimo ventennio o poco più; per altro verso, contribuisce a definire (e rifinire), con riferimento alle specifiche vicende relative alla crisi e all'insolvenza. In questo senso, può essere opportuna una breve digressione sul punto, che dia conto, sia pure in poche battute, di tale rilevante mutamento di rotta, prima di riprendere il discorso sui nuovi spazi dell'autonomia e del contratto nella riforma ora confluita nel codice.

2. Un nuovo rapporto tra concetti: il contratto, quale atto negoziale, e l'impresa, come attività economica produttiva

Conviene muovere dalla constatazione secondo la quale la relazione tra l'attività d'impresa, da sempre al centro degli studi di matrice economico-aziendale, e la disciplina dell'atto (e/o del negozio) giuridico – indipendentemente dalla possibile, un tempo almeno, variante dell'atto "di commercio" – sembrerebbe rovesciarsi, in qualche modo, rispetto alla tradizione del pensiero giuridico: la prima non è più considerata una mera variabile della seconda, os-

sia una sorta di accidente dell'atto e/o del rapporto negoziale (in qualche modo rilevante sul piano soggettivo ovvero oggettivo, per giustificare una regola più o meno divergente rispetto al diritto generale e comune a tutti i soggetti privati), ma diviene criterio di selezione degli interessi da tutelare, attraverso (nuove) disposizioni sul diritto della crisi e dell'insolvenza, organizzate in una normativa autonoma e dunque "speciale" rispetto al diritto comune, cui non si può tuttavia non dover rendere ragione sul piano sistematico complessivo.

Ragionando sempre in termini generali, ma con un doveroso sguardo alla storia del pensiero giuridico, si può muovere dall'assunto secondo il quale, tanto nell'economia (moderna) quanto nella teoria del diritto, i due concetti fondamentali di impresa e contratto hanno dato luogo alle analisi della figura (forse, potrebbe trattarsi anche di una relativamente recente categoria ordinante) dei "contratti di impresa". Attraverso la considerazione della dimensione imprenditoriale si concettualizza, infatti, il contratto, sia nella dimensione teorica che come figura di diritto positivo (con un'indagine che, svolgendosi nella prospettiva dei "contratti del mercato", può estendersi oggi dai contratti dei consumatori a quelli tra imprese).

In questa vicenda culturale, le cui ricadute applicative è persino superfluo ricordare, il ruolo centrale sembrerebbe quello svolto non dall'impresa, ma dal contratto: se l'attività (d'impresa) caratterizza – nel senso di qualificare e definirne i tratti normativi essenziali – l'atto (che dà vita al rapporto contrattuale), la prospettiva dell'attività d'impresa finisce per essere uno dei modi per leggere e costruire le regole del contratto, anche con riferimento al cd. "nuovo diritto dei contratti". L'approccio metodologico – le cui ragioni sono piuttosto semplici da individuare, radicandosi la centralità dell'atto di volontà nella tradizione dogmatica civilistica – dava sostanzialmente per scontata la subordinazione, sempre in termini concettuali e metodologici, dell'attività d'impresa rispetto al contratto, come se il contratto dovesse essere la figura o, se si preferisce, la categoria ordinante immancabile, l'attività d'impresa costituendone una semplice variabile, utile a determinarne uno specifico carattere o una particolare configurazione normativa. Ciò, beninteso, con alcune costanti che valgono a giustificare gli sforzi che taluno – non molti, per la verità, e comunque con ben minore convinzione rispetto a quanti hanno in

innovativa erano nel senso di un'applicazione giurisprudenziale delle norme capace di dar voce e tutelare anche interessi ulteriori e diversi rispetto all'interesse dei creditori (considerando che il legislatore aveva elaborato una disciplina "speciale" della crisi e/o dell'insolvenza delle grandi imprese, con la veste della procedura concorsuale amministrativa, che si volle definire "amministrazione straordinaria"), all'interno di un dibattito che vide fronteggiarsi gli "innovatori" ovvero i fautori dell'uso alternativo, a quanti, invece, ritenevano la stessa nuova tendenza un'inammissibile distorsione del sistema. Si veda, ad esempio, F. D'Alessandro, *Crisi dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Id.*, *Scritti di Floriano d'Alessandro*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 736 ss.

passato approfondito gli aspetti teorico-generalisti del contratto in chiave civilistica – ha profuso per tentare di ricostruire la categoria, che rimane pur sempre discussa, dei contratti d'impresa.

Dal punto di vista oggettivo, tuttavia, è difficile dubitare che i due paradigmi siano equivalenti. Se perciò, da un lato, è parso legittimo in passato studiare il contratto utilizzando la variabile per così dire dell'attività d'impresa, con una linea di pensiero tutt'altro che continua e omogenea⁸, sino agli sviluppi dei nostri giorni, che giungono alla formulazione di una nuova ipotesi di lavoro relativa a un "terzo contratto"⁹ – ancor più di recente, al tentativo di tipizzazione dell'ancora evanescente, benché legislativamente prevista, figura del "contratto di rete" –, incentrato sulla rilevanza dell'attività d'impresa e delle distorsioni cagionate dall'abuso della (fisiologica) dipendenza economica¹⁰, dall'altro lato sembrano ormai maturi i tempi per analizzare la teoria dell'impresa avvalendosi del paradigma del contratto.

L'utilità di studiare il contratto attraverso l'impresa e, viceversa, l'impresa attraverso il contratto è data dal fatto che, così come attraverso lo studio dell'impresa può implementarsi e arricchirsi il concetto di contratto, allo stesso modo lo studio del contratto potrebbe contribuire a consolidare una più moderna e adeguata concezione dell'impresa.

Per poco che si rifletta, si scorge che l'impresa esprime un suo preciso modo di essere, assai rilevante per il diritto, proprio attraverso il contratto. Del resto, una simile prospettiva culturale, non ancora adeguatamente indagata in ambito giuridico, risulta da tempo accolta e sviluppata nei più importanti e innovativi contributi di teoria economica del secolo appena appena trascorso, come dimostrano esemplarmente gli studi di Ronald Coase sulla «natura dell'impresa»¹¹.

L'opzione teorica ipotizzata deve, tuttavia, farsi carico di un'avvertenza preliminare. Il successo della ricerca impone che il rapporto tra i due concetti sia chiarito e delimitato, pur nella fisiologica mobilità e

incertezza dei confini, insuscettibili di essere disegnati aprioristicamente e durevolmente. Se il contratto può dunque essere considerato alla stregua di un elemento di base del ragionamento giuridico sull'impresa, soltanto in un'ottica riduzionistica si potrebbe incentrare ed esaurire la riflessione con riferimento al paradigma contrattuale. L'artificiosa costrizione della realtà sociale in uno schema teorico insufficiente, e perciò visibilmente inadeguato, pregiudicherebbe la corretta impostazione del ragionamento finalizzato alla soluzione di problemi che esigono, invece, il riordino dei concetti come operazione preliminare alla concreta applicazione delle norme giuridiche.

Con questa consapevolezza, si può meglio comprendere come il contratto, grazie al quale si organizza e si svolge l'attività d'impresa, realizzi una pluralità di funzioni. Il contratto serve a dar vita, innanzitutto, al soggetto dell'imputazione giuridica (nell'esempio più emblematico, la società: il contratto costituisce l'imprenditore, ma analogamente potrebbe dirsi per il "gruppo", come modalità ancora una volta di matrice contrattuale per svolgere l'attività, benché in assenza di un'autonoma nuova soggettività giuridicamente rilevante). Ma il contratto è a fondamento del mezzo tecnico (come complesso organizzato, rilevante nelle tradizionali classificazioni in termini oggettivi e non soggettivi) per la concreta realizzazione dell'impresa, ossia l'azienda, diventando esso stesso strumento – il principale, a ben vedere, connotando la stessa "natura dell'impresa" – per lo svolgimento dell'attività economica organizzata in termini di produzione e distribuzione di beni e servizi. Il contratto funge, poi, da strumento per l'aggregazione di più imprese, che non assumono per ciò stesso una diversa e autonoma soggettivizzazione (come nel già richiamato caso dei gruppi, ma anche delle Ati e, in modo ancor più semplificato, delle reti)¹².

Non v'è dubbio che il contratto costituisce inoltre il fondamentale strumento per il finanziamento dell'impresa, sino al limite estremo dei cd. (contratti

8. Per una ricostruzione della vicenda relativa allo studio dei "contratti d'impresa", ci si permette di rinviare al lavoro di chi scrive, *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto": nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in Aa. Vv., *Un maestro del diritto commerciale: Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita* (atti del convegno di studi, Università Cattolica del Sacro Cuore, facoltà di giurisprudenza, Milano, 7 maggio 2009), in *Jus*, n. 2/2009, p. 215.

9. Si veda, in proposito, G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2008.

10. Ci si permette di rinviare alla sintesi svolta, di recente, nella prospettiva di studio delle clausole generali nel diritto dei contratti: F. Macario, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, n. 3/2016, pp. 509-546.

11. Per l'elaborazione della nota teoria economica, secondo la quale l'attività (e la stessa nozione – ovvero, per riprendere l'espressione dell'Autore, la "natura") di "impresa" non è, in punto di fatto, scindibile dalla conclusione di contratti a lungo termine, è d'obbligo il rinvio allo studioso insignito del premio Nobel R.H. Coase, *La natura dell'impresa*, in *Id.*, *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 79 ss. (edizione originale: *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1990).

12. Si veda, per lo sviluppo di questa prospettiva, F. Di Marzio, *Obbligazione*, *op. cit.*, pp. 143 ss.

e/o) strumenti finanziari, la cui caratteristica è quella di esprimere, in termini oggettivi, l'attività stessa, in tal caso finalizzata non più a produrre beni e/o servizi, ma – quali beni o servizi – ancora contratti (il che aiuta a comprendere il tentativo di classificarli come nuovi beni). Il contratto è, infine, il mezzo per affrontare la crisi dell'impresa, prima che intervenga il momento giurisdizionale o anche durante lo svolgimento di una procedura concorsuale in senso proprio ossia sotto il controllo, di indole inevitabilmente pubblicistica, del tribunale¹³.

In tutti questi casi, il contratto assicura una funzione cognitiva senza dubbio importante, ma non certo esaustiva, rappresentando un paradigma privilegiato per ricostruire la teoria dell'impresa, la quale però abbraccia un ambito giuridico evidentemente più ampio¹⁴. Il filo conduttore della riflessione scientifica, destinata ad avere un immediato impatto sull'applicazione delle norme, dovrebbe essere, dunque, nel senso che il contratto (come costruzione teorica e come disciplina generale) può essere d'ausilio per meglio comprendere l'attività d'impresa (e non viceversa, come è sempre avvenuto sinora).

La teoria dell'impresa potrebbe essere ricostruita attraverso il contratto, che tuttavia non potrebbe mai identificarsi con l'attività d'impresa. Può essere emblematico l'esempio della già ricordata vicenda

della subfornitura – da tempo estesa, dalla giurisprudenza, a tutti i contratti tra imprese, caratterizzati dallo squilibrio di potere negoziale – ove il contratto (o anche il semplice patto), attraverso cui si realizza l'abuso di dipendenza economica, non è certo il solo e unico momento di emersione della dipendenza economica, con il potenziale rischio della condotta abusiva del contraente in condizione di dominanza, avendo lo stesso legislatore enunciato fattispecie di condotta potenzialmente abusiva sganciate dal contratto in senso proprio (ad esempio, il rifiuto di vendere)¹⁵.

Negli studi più recenti, l'angolo d'osservazione privilegiato per l'analisi della teoria dell'impresa si è spostato rispetto al passato ed è diventato quello del soggetto, grazie al rilievo sempre maggiore che ha assunto la disciplina delle società e degli altri enti organizzati, mentre è mancato un analogo approfondimento per gli aspetti oggettivi, relativi all'attività in senso proprio, che implica lo studio (non dei soggetti, bensì) dei rapporti tra i soggetti (che si svolgono, s'è appena visto, anche attraverso l'esecuzione dei contratti).

Tramite il contratto si può osservare e riconsiderare, a ben vedere, la vicenda (della teoria) dell'impresa: una sorta di lente, che consente di riflettere sull'impresa, ancorché non certo in modo esaustivo.

13. Inutile aggiungere che il quadro così sommariamente delineato potrebbe arricchirsi ulteriormente se si volesse ampliare lo sguardo abbracciando anche l'attività d'impresa svolta, direttamente o indirettamente, dal soggetto pubblico e finalizzata alla realizzazione di interessi generali, pur sempre mediata dallo strumento del contratto (per la fornitura di beni, ma più spesso di servizi all'utenza), ancorché declinato secondo le peculiarità soggettive e funzionali di natura pubblicistica.

14. L'esigenza di sottolineare tale forma di relativizzazione del ruolo giocato dalla categoria del contratto deriva anche dall'osservazione del modo in cui la stessa materia contrattuale è stata trattata dalla civilistica del secolo scorso, attribuendosi un rilievo quasi assoluto alla dichiarazione di volontà e, dunque, alla vicenda giuridica genetica del vincolo, con le conseguenze incidenti sulla disciplina della validità e dell'efficacia, mentre assai meno si è riflettuto sulle problematiche dell'attuazione dei diritti e degli obblighi in fase esecutiva, ossia sulla dinamica dei rapporti tra i contraenti che si svolgono dopo la conclusione del contratto. La costruzione della disciplina generale del contratto nelle codificazioni civili ottocentesche rende esplicita questa opzione, in gran parte confermata anche dal codice italiano del 1942 che, nonostante la cd. "commercializzazione" del diritto privato (riscontrabile, ovviamente, in massimo grado nella disciplina dei contratti, contaminata in molti ambiti dalla logica del commercio e dell'attività d'impresa, soprattutto ove si consideri la materia dei "singoli contratti"), scandisce la normativa generale di cui agli artt. 1321-1469 cc all'insegna della risalente e tradizionale matrice del contratto di scambio istantaneo, idealmente riconducibile al modello della vendita "civile". Un contratto, quest'ultimo, che non si caratterizza certo per la disciplina dell'esecuzione e dei rapporti tra le parti in tale fase (inesorabilmente ancillare rispetto all'obiettivo primario, rappresentato dall'effetto traslativo), mentre – in modo del tutto comprensibile, data la logica civilistica che prevale ampiamente in quella sorta di "Allgemeiner Teil" del diritto dei contratti nel nostro codice (artt. 1321-1469 cc) – per rinvenire i tratti essenziali di una normativa sull'esecuzione è necessario rivolgersi ai singoli tipi codificati che, per comune accezione e risalente tradizione scientifica e didattica, rientrerebbero nella categoria dei "contratti commerciali" (ad esempio: appalto, trasporto, agenzia, assicurazione etc.). Ragionare su questi ultimi contratti significa, tra l'altro, rendersi immediatamente conto della netta prevalenza, nella disciplina tipizzata, delle regole sull'esecuzione rispetto a quelle sulla formazione del consenso e sui vizi del volere; privilegiare, nel tentativo di una ricostruzione sistematica, l'esame della dimensione contrattuale relativa all'esecuzione, consente di cogliere più facilmente il nesso tra contratto e attività d'impresa, di cui il contratto, s'è detto, è uno degli strumenti.

Porsi nell'ottica dell'esecuzione, dove il contratto rileva non tanto come impegno e, dunque, atto di volontà – la logica prevalente, quasi assorbente, seguita per decenni dalla dottrina civilistica nell'esame dei temi relativi al contratto e all'autonomia privata in generale –, ma come programma o regolamento da realizzare, appare così uno dei modi più proficui per mettere a fuoco le connessioni tra impresa e contratto. L'attività d'impresa sembra, in questo senso, espressione anche della dimensione esecutiva del contratto. L'esempio più lampante è costituito dai contratti di durata, che vedono il realizzarsi dell'impresa proprio attraverso il contratto o, più precisamente, lo svolgimento del rapporto che dall'accordo ha origine.

15. Cfr. F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663.

Il contributo che può offrire la prospettiva appena indicata è comunque significativo, posto che tramite il contratto possono essere messi a fuoco ed esaminati tutti i problemi, sia pure talvolta in modo parziale, mediante una sorta di sezione trasversale della materia. Ma si tratta di un punto di vista, che necessariamente lascia scoperti, s'è detto, altri aspetti (della teoria) dell'impresa¹⁶.

Alla luce di quanto appena espresso, in estrema sintesi naturalmente, si avverte l'esigenza di un rinnovato contributo alla teoria dell'impresa attraverso lo studio delle implicazioni attuali della disciplina del contratto, in termini generali e settoriali, sull'attività d'impresa, mentre chi ha sinora riflettuto sui "contratti d'impresa" ha di norma seguito il procedimento logico (e metodologico) inverso, arricchendo lo studio dei principi e delle regole generali sul contratto con l'esame delle ricadute dell'attività d'impresa.

Il tentativo di ripercorrere la vicenda dei rapporti tra impresa e contratto invertendo i termini della visione tradizionale e così ponendo l'impresa e la relativa attività (economico-aziendale) al centro, mentre il contratto verrebbe considerato un modo per ordinare ed esaminare i rapporti giuridici nascenti in relazione (se si preferisce, intorno) all'attività d'impresa, non deve sembrare dunque destabilizzante, tanto meno arbitrario, anche se potrebbe dare l'impressione di adottare una prospettiva originale. L'originalità dell'approccio, in tal senso, non potrebbe che arricchire la riflessione dottrinale sul piano tanto dell'analisi della disciplina, quanto del metodo giuridico e, in ogni caso, offre nella materia in esame il più corretto e coerente punto di partenza.

3. Insolvenza e autonomia privata: una relazione tradizionalmente difficile e complessa

Da quanto appena esposto, sia pure nella sinteticità che il contesto impone, ossia dalla decisiva centralità dell'impresa, sempre più consolidata nella cultura giuridica del nostro tempo e, di conseguenza, riflessa nella normativa novellata attraverso il lungo itinerario riformistico iniziato nel 2005, discende l'esigenza di riconsiderare anche – e in primo luogo – l'intero sistema della responsabilità patrimoniale,

delle procedure concorsuali e dell'autonomia privata operante in occasione (e in funzione della gestione) della crisi e dell'insolvenza. È innegabile che l'opera di ridefinizione e, soprattutto, razionalizzazione del sistema sia complessa e perciò destinata a svolgersi in tempi lunghi, inevitabilmente affidata all'operato congiunto del legislatore e del giurista: innanzitutto l'interprete che, in sede giurisdizionale, ha il compito di far funzionare coerentemente ed efficacemente le novità normative.

Per chi si fosse accostato al tema del rapporto tra autonomia privata e insolvenza agli esordi della riforma – si tratta di risalire, ormai, a circa tre lustri addietro, quando tuttavia il legislatore aveva già gettato le fondamenta del nuovo sistema, dettando nuove (si direbbe nuovissime) norme in tema di concordato preventivo, da incentivare secondo le linee di politica del diritto prescelte, e di azione revocatoria fallimentare, da depotenziare invece attraverso esplicite esenzioni e drastiche riduzioni dei termini qualificanti il cd. "periodo sospetto" –, si sarebbero presentati immediatamente alcuni problemi d'indole spiccatamente metodologica. In primo luogo, quello relativo alla diversità dei piani degli interessi e delle relative forme di tutela rispetto al verificarsi dell'insolvenza (non a caso distinguibile, nei tempi passati, nelle forme "civile" e "commerciale"): a) all'interno del rapporto obbligatorio (in ipotesi, contrattuale), con la disciplina dei rimedi, in forma innanzitutto di autotutela, a favore della parte in bonis; b) rispetto ai diritti dei terzi, con riferimento agli atti di disposizione posti in essere dal debitore in crisi o già decotto, la cui tutela poteva far conto (anche) sul rafforzamento dell'azione revocatoria in sede fallimentare.

Le norme di tutela, ovvero di autotutela, contro l'insolvenza (o anche soltanto il pericolo d'insolvenza, rappresentato dal mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore e/o controparte contrattuale) rilevante all'interno del rapporto tra debitore e creditore caratterizzano la disciplina delle obbligazioni (ad esempio, l'art. 1186 cc sulla decadenza dal beneficio del termine), così come quella del contratto (ad esempio, l'art. 1461 cc sull'eccezione d'inadempimento) e di alcuni contratti (emblematicamente, l'art. 1953 cc, sulla liberazione del fideiussore, ma anche l'art. 1822 cc in materia di mutuo), con l'obiettivo di rendere effettiva la tutela del diritto di credito, anche attraverso le forme di autotutela, am-

16. La disciplina della concorrenza e dell'*antitrust*, ad esempio, è uno dei più rilevanti angoli di osservazione dell'attività d'impresa, che incrocia anche la figura del contratto (intese, concentrazioni, abuso contrattuale), ma ancora una volta non vi si identifica, perché gran parte del territorio rimane occupato dalle regole della responsabilità civile. La logica *antitrust* non è contrattuale e anzi è tendenzialmente "anti-contrattuale", nel senso della repressione degli accordi lesivi della concorrenza. Sia detto per inciso, e in qualche modo per completezza del discorso, che anche la materia dell'*antitrust* non riesce a esaurire il quadro, trattandosi ancora una volta di un angolo di visuale del fenomeno più ampio dell'impresa.

missibile nella logica del rapporto obbligatorio bilaterale. Se diversa è la logica della tutela del creditore quale soggetto terzo rispetto al rapporto attraverso cui si compie un atto di disposizione del patrimonio del debitore, in relazione all'insolvenza che inficia (non più il rapporto obbligatorio bilaterale, facendo scattare le forme di tutela appena ricordate, bensì) la stabilità dell'atto di disposizione, rendendolo così soggetto all'azione revocatoria, rimane pur sempre il dato comune della frizione, sul piano sistematico, tra l'insolvenza e l'autonomia privata¹⁷.

La possibilità e le nuove opportunità che la riforma ha inteso offrire al debitore per gestire l'insolvenza (o anche la fase preliminare di "crisi" dell'attività d'impresa, così da prevenire la situazione irreversibile di decozione) all'interno del rapporto obbligatorio, con il sostegno del tribunale in funzione di controllo della rispondenza della soluzione proposta (anche all'interesse generale del ceto creditorio (composto da soggetti tanto privati, quanto pubblici), non poteva non andare di pari passo con un altrettanto nuovo e, anzi, fortemente innovativo approccio al problema – se si preferisce, al giudizio tradizionalmente di netto disvalore – degli atti di disposizione del patrimonio posti in essere dall'insolvente.

Di qui, l'opportunosamente coeva introduzione delle nuove disposizioni sul concordato preventivo (cui si aggiungeva la previsione generalizzata, anch'essa innovativa, degli accordi di ristrutturazione da sottoporre all'omologazione, in sintonia con il concordato) e delle "esenzioni" dall'azione revocatoria, all'interno di una più generale opzione di politica legislativa per il suo depotenziamento, così da conferire stabilità agli atti negoziali (dispositivi e dunque, in linea di principio, lesivi degli interessi dei creditori) compiuti dal debitore insolvente nell'esercizio normale e ordinario dell'attività aziendale, ovvero nei confronti di soggetti per principio estranei a qualsiasi ipotesi di scientia o addirittura *participatio fraudis* o ancora, e anzi a maggior ragione si direbbe, nel tentativo di gestire

convenzionalmente la situazione di crisi o d'insolvenza al fine di superarla¹⁸.

In tal senso, particolarmente istruttivo appare il percorso della vicenda – si ricorderà: di matrice dapprima dottrinale, per poi diventare problematica giurisprudenziale, suscitando significativi interventi anche in sede di legittimità – relativa alla cd. "concessione abusiva di credito", che non ha ricevuto attenzione da parte del legislatore della riforma, proprio nel momento in cui ferveva il dibattito¹⁹. Un dibattito complesso, senza alcun dubbio, in quanto, a fronte dell'oggettiva esigenza dell'imprenditore di ricorrere al finanziamento bancario per gestire e, auspicabilmente, superare la situazione di crisi, reclamava tutela l'interesse del ceto creditorio a non ricevere "informazioni" fuorvianti dal mercato, proprio per il fatto della concessione del credito, prima facie espressiva della fiducia goduta dall'imprenditore presso il sistema finanziario e creditizio, che si esprimeva in dottrina, ma anche s'è detto in giurisprudenza (tanto di legittimità, alla ricerca dei principi, quanto di merito, con riferimento alla considerazione delle circostanze rilevanti per valutare la condotta del finanziatore), sulla responsabilità del finanziatore nel caso in cui l'operazione creditizia fosse stata qualificata "abusiva"²⁰.

L'evoluzione della riforma ha tuttavia dimostrato in modo sufficientemente esplicito, nonostante l'iniziale indifferenza del legislatore, come il finanziamento all'imprenditore in crisi, ove inquadrato nell'ambito di un'operazione intesa al salvataggio dell'impresa (e dei valori aziendali direttamente connessi alla prosecuzione dell'attività), non potesse subire sommariamente il giudizio di disvalore derivante dall'immagine falsata dello stato di salute dell'imprenditore finanziato ancorché in crisi, occorrendo al contrario calibrare, con una normativa che si è rivelata sempre più articolata e sofisticata, la posizione dell'ordinamento, oramai tendenzialmente positiva rispetto al finanziatore che avesse riposto fiducia nel programma di risanamento predisposto dall'impre-

17. La riflessione è stata sviluppata più ampiamente in F. Macario, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle società*, n. 1/2008, p. 102.

18. Per tutti, M. Fabiani, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 573; *Id.*, *L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 397.

19. Cfr. F. Di Marzio, voce «Concessione abusiva di credito», in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 178 (in forma di efficace sintesi di numerosi studi precedenti, a partire da *Id.*, *Abuso nella concessione del credito*, ESI, Napoli, 2005).

20. Per comprendere l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, si vedano: Cass., sez. unite, 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, 3417 (secondo cui l'azione di risarcimento del danno extracontrattuale in relazione alla fattispecie di concessione abusiva di credito, se riferita al pregiudizio sofferto dai creditori, non è un'azione di massa esperibile dal curatore, ma spetta a ciascun singolo creditore nei limiti in cui dimostri l'esistenza di un danno connesso alla prosecuzione dell'attività d'impresa); nonché, di recente: Cass., sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983, in *Dir. fallim.*, 2017, 978 (secondo cui il curatore è legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva di credito, ai sensi dell'art. 146 l.fall., in correlazione con l'art. 2393 cc, allorché la banca sia convenuta quale terza responsabile del danno cagionato alla società fallita in solido con gli amministratori per via della prosecuzione dell'attività e dell'aggravamento del dissesto, quindi un danno che si sia verificato nella sfera della società, e non di singoli creditori).

ditore in difficoltà e consegnato a un “piano”, di natura evidentemente economico-aziendale, decisivo per il buon esito della procedura concordataria, così come di quella tendente all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Non è un caso, del resto, che anche il legislatore francese, con la loi n. 2005-845 in tema di «*sauvegarde des entreprises*» (cfr. *Code de commerce*, art. L.650-1), in linea con la filosofia di fondo della sostanzialmente coeva riforma francese e per incoraggiare il sostentamento finanziario alla entreprise en difficulté, aveva fissato il principio della “non-responsabilità” del banchiere (*rectius*, del finanziatore), salve le ipotesi specifiche di frode, di ingerenza della banca nell'attività del debitore, di concessione di garanzie sproporzionate (nel qual caso, oltre alla responsabilità, è disposta la nullità delle garanzie ricevute dalla banca).

4. L'atto giuridico, come accordo tra debitore e creditore, e la programmazione economico-aziendale, secondo il piano attestato, nelle dinamiche degli accordi di ristrutturazione e dei concordati

Quella che si è voluta indicare come tradizionale frizione (in un certo senso inevitabile, secondo i vecchi schemi) tra autonomia privata e stato d'insolvenza comincia a stemperarsi con la nuova disciplina del concordato preventivo e, in particolare, con la libertà concessa al debitore proponente, che può avvalersi di un'inedita atipicità dei contenuti della domanda – sull'esempio di altri ordinamenti, in special modo del più che collaudato modello statunitense offerto dal noto *Chapter 11 del Bankruptcy Code* –, sino alla derogabilità della regola generale (o principio, se si preferisce) della par condicio creditorum, mediante la suddivisione dei creditori per “classi”. Quel che il legislatore richiede, ormai, è soltanto la “omogenei-

tà” delle classi (in considerazione degli interessi economici, così come delle posizioni giuridiche alla luce della collocazione del credito), in modo che il trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse trovi una sua giustificazione, se non sul piano strettamente giuridico, almeno su quello della razionalità (sul piano economico-sociale, si direbbe) della proposta, ossia nella sua concretezza oggetto di valutazione del tribunale nel singolo caso.

Un'ulteriore elemento di novità, anch'esso in ogni caso fondamentale nella ricostruzione sistematica, oltre che connesso a quanto appena detto, si rinviene nella delimitazione dei poteri del tribunale – in fase di ammissione, così come di omologazione – a una forma di controllo che dottrina e giurisprudenza hanno voluto definire di mera legalità, con esclusione quindi di ogni valutazione del merito della proposta in generale e, soprattutto, della sua convenienza economica per i creditori²¹.

Ma il dato probabilmente più significativo, nella direzione dell'ampliamento dello spazio concesso all'autonomia contrattuale, si rinviene nell'introduzione dell'istituto dell'accordo sulla ristrutturazione dei debiti omologabile (art. 182-*bis* l.fall., nel nuovo codice art. 57). Una peculiare “procedura” mediante la quale il debitore, il quale stipuli un accordo di ristrutturazione con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento della somma dei crediti, può poi chiederne l'omologazione al tribunale. La conseguenza del placet conseguito in sede giurisdizionale, come si è già avuto modo di considerare, si esprime in una sorta di trattamento premiale: gli atti esecutivi dell'accordo omologato sono esentati dall'azione revocatoria (grazie al riformulato art. 67 l.fall., un tempo simbolo dell'azione recuperatoria dell'attivo per antonomasia e oggi norma legittimante, in sostanza, le operazioni di “salvataggio” e i relativi atti negoziali: in particolare, si veda il comma 3, lett. e, diventato art. 166 nel nuovo codice), oggetto e ragione dell'accordo essendo proprio la ristrutturazione della finanza. Anche in questo caso, il debitore deve

21. In argomento, non si può non ricordare l'intervento delle sezioni unite della Cassazione, in assenza di un vero e proprio contrasto di giurisprudenza, al fine di fare il punto sulla questione e, così, indirizzare i giudici di merito con l'autorevolezza insita nella provenienza del *decisum*, al pari dell'articolata *ratio decidendi*, stabilendo che: «il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura, e della verifica della loro rispondenza alla causa del procedimento di concordato preventivo, la quale si sostanzia nella regolazione e nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore mediante il soddisfacimento delle ragioni dei creditori» e, ancora, che «nella procedura di concordato preventivo non rientra nell'ambito del controllo sul giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato sull'aspetto pratico-economico della proposta e, quindi, sulla correttezza della indicazione della misura del soddisfacimento percentuale offerta dal debitore ai creditori». Quelle appena riportate sono le massime cui viene presentata Cass., sez. unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1534, ove si leggono i commenti particolarmente interessanti – perché muovono da diversi punti di vista della decisione e colgono spunti di varia natura – di M. Fabiani, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po' oltre la metà del guado*, nonché di E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*. In argomento, si segnalano altresì le notazioni di: I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013 n. 1521: la prospettiva «funzionale» aperta dal richiamo alla «causa concreta»*, in *Fallimento*, 2013, p. 286; P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 343.

predisporre un piano, asseverato nella sua attuabilità da un esperto, ma la partita si gioca – in presenza di un “accordo” in senso proprio, ossia fondato sul consenso – tutta sul terreno dell'autonomia privata: l'omologazione avverrà, pertanto, soltanto se il piano appaia idoneo a soddisfare la superiore esigenza di garantire il pagamento regolare dei crediti sui quali non si è raggiunto l'accordo stesso, ossia i “creditori estranei”; e la medesima “idoneità” costituirà, come appena considerato, il criterio di valutazione fondamentale per affrancare dalla revoca gli atti esecutivi del piano.

Sempre all'insegna della cd. “privatizzazione” della crisi d'impresa – un altro degli *slogan* in voga, si diceva all'inizio, unitamente a quello della “de-giurisdizionalizzazione” –, la riforma procede con successivi interventi: nel 2006, nel 2007 e così via, sino all'ultimo (sinora almeno) del 2012, con una progressiva armonizzazione delle procedure necessarie (e finalizzate) a salvare l'impresa in crisi o comunque traghettarla verso la liquidazione attraverso un'attività negoziale che vede coinvolti debitore, creditori, eventuali terzi (come nel caso del concordato fallimentare, con la legittimazione ampliata a qualunque interessato) e, infine, il tribunale in funzione di “assistenza” e “sorveglianza” a tutela degli interessi dei creditori che, in punto di fatto, non hanno la possibilità di negoziare e si trovano, pertanto, esposti al rischio di “subire” la decisione della maggioranza.

Si coglie proprio su questo punto la netta distinzione tra gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il nuovo concordato preventivo: in quest'ultimo caso, il piano di ristrutturazione asseverato – che può anche essere oggetto di un accordo raggiunto con una parte dei creditori – non è offerto a un consenso, ma a una deliberazione a maggioranza²². Lo spazio in cui si manifesta l'autonomia privata non è più, una volta imboccata la via prettamente “procedurale” e dunque “giurisdizionale” del concordato, quello del contratto in senso stretto. Nondimeno, l'ampio margine di manovra concesso al debitore nell'organizzare la proposta (e dunque nell'organizzare il “piano”, che della

proposta costituisce il nucleo) testimonia ancora il riconoscimento tributato all'autonomia privata anche in tale contesto²³.

Si conferma così l'idea secondo la quale il fulcro del nuovo assetto, inteso a migliorare l'efficienza delle soluzioni operative, deve essere individuato nel piano (di ristrutturazione) debitamente asseverato da un esperto (non legato da rapporti professionali al debitore proponente). L'autonomia dei privati nella gestione della crisi (e dell'insolvenza) procede attraverso la massima libertà nella strutturazione del piano (con la notevole novità rispetto al passato costituita dall'atipicità della proposta concordataria) e, per altro verso, il controllo sui dati esposti nel piano da parte degli osservatori esterni e interessati²⁴.

L'accordo per la gestione della crisi si presenta e si offre al debitore nella duplice versione, si sarebbe tentati di dire: in se stesso, ossia nelle forme comunemente definite come “accordi stragiudiziali” (da tempo praticati in funzione “preventiva” del fallimento, come si è avuto modo di considerare nelle battute iniziali) oppure “chiuso”, ossia operante nell'ambito di un “contenitore procedurale”, per così dire, predefinito e disciplinato nei suoi aspetti formali e sostanziali.

Nel primo caso, dunque, l'accordo prescinderebbe da qualsiasi struttura formale esterna (costituita da una procedura, appunto) e si presenterà, pertanto, come un vero e proprio contratto sulla crisi d'impresa, ossia “funzionale” alla gestione della crisi (e/o dell'insolvenza, ove concretamente ancora gestibile). Nel secondo, invece, l'accordo verrà (raggiunto, evidentemente, con le normali modalità negoziali per la “formazione del consenso”, ma poi sarà) inserito in una procedura, alternativamente: a) di omologazione semplificata, nelle forme poste dall'attuale art. 182-bis l.fall. (art. 57 del nuovo codice); b) decisamente più rigida e articolata, ossia il concordato preventivo. Va da sé che l'opzione del debitore tra le queste diverse modalità operative è di norma, in punto di fatto, conseguente alla gravità della situazione di crisi in cui versa l'attività d'impresa²⁵.

22. Cfr. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. pp. 76 ss. e 166 ss.

23. Un riconoscimento confermato dalla già accennata riduzione dei poteri di sindacato del tribunale in sede di omologazione, ove non potrà essere vanificata, con una decisione negativa sulla convenienza del concordato, l'approvazione della proposta da parte dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti.

24. I creditori potranno pertanto verificare il piano, anche alla luce della relazione fornita dal commissario giudiziale, e acquisire facilmente (e senza impegno di risorse significative) elementi essenziali per la decisione sull'eventuale adesione alla proposta.

25. Va considerato che il contratto sulla crisi presuppone la tendenziale unanimità dei consensi, oppure l'attenzione dei creditori aderenti all'adempimento esatto da parte del debitore nei confronti di tutti i creditori estranei all'accordo (i quali potrebbero altrimenti frustrarlo nelle finalità, ponendo in essere azioni cautelari o esecutive, oppure chiedendo il fallimento del debitore). Qualora l'accordo sia parziale, ma coinvolga comunque una parte rilevante dell'esposizione, sarà preferibile inserirlo in una “armatura” procedurale di sostegno: a seconda dei casi, nella struttura a maglie larghe disegnata nell'art. 182-bis l.fall. (nel nuovo codice, art. 57) o in quella molto più stringente del concordato preventivo. La scelta tra le varie soluzioni possibili può costituire anch'essa una variante frutto del negoziato e dell'accordo

5. La rilevanza causale della gestione della crisi nei contratti e l'estensione dell'ambito negoziale nel nuovo codice

Se si volessero richiamare le categorie ordinanti tradizionali, tuttora utilizzate dalla giurisprudenza e anzi valorizzate dalla Suprema corte in questa materia – lo dimostra il noto intervento delle sezioni unite con l'appena ricordata Cass., n. 1521/2013 – con il riferimento alla “causa in concreto” da ricercare, in primo luogo, nel giudizio di ammissibilità del concordato preventivo, è proprio alla causa del contratto che occorre ritornare. Quest'ultima, infatti, può essere individuata nella (gestione della) crisi ossia di una condizione ritenuta dall'ordinamento superabile, mentre l'insolvenza della disciplina concorsuale esprime una qualificazione che attesta la definitività e irrecuperabilità dello stato di dissesto. Sin quando è reversibile, dunque, la crisi costituisce un concetto che non esprime una patologia, da cui la meritevolezza del contratto finalizzato al salvataggio dell'impresa in crisi.

Diversi sono gli indici, tutt'altro che irrilevanti nella riflessione sulla meritevolezza degli accordi per il superamento della crisi di impresa, in relazione ai quali evidentemente non sono mancate le controversie, a livello dottrinale ma anche giurisprudenziale, a cominciare da quella sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sulla base della collocazione sistematica dell'istituto (nella legge fallimentare riformata inserito, come del resto era ovvio, nel capo dedicato al concordato preventivo) nonché della prevista omologazione dell'accordo da parte del

tribunale, riconoscendo a tali accordi natura procedimentale, sulla scia della riconduzione logica all'ambito del concordato preventivo²⁶, ovvero, al contrario – era in tal senso la prevalente dottrina, contraddetta in tempi recenti tuttavia dalla Suprema corte –, sottolineando la natura intrinsecamente negoziale degli accordi di ristrutturazione²⁷. Nel qualificare tali accordi in termini di contratti per il superamento della crisi, si osservava come a tale inquadramento sistematico non ostasse la circostanza che il ricordato art. 182-bis (art. 57 del nuovo codice) prescrive, anche per gli accordi per il superamento della crisi di impresa, la partecipazione di una percentuale di creditori pari al sessanta per cento²⁸.

Il riferimento alla categoria tradizionale civilistica della causa del contratto, in relazione alla sua funzione effettiva nel contesto della crisi d'impresa, vale anche a rendere ragione, sul piano sistematico, della già ricordata decisa inversione di rotta del legislatore rispetto alla giurisprudenza che andava sviluppandosi in tema di concessione abusiva del credito (in termini necessariamente punitivi per i soggetti finanziatori: gli istituti di credito, evidentemente, in primo luogo). È evidente, infatti, la rilevanza “causale” che, nel nuovo assetto normativo delle procedure concorsuali e, più in generale, del diritto negoziale della crisi d'impresa, assume la funzione dell'operazione finanziaria e/o creditizia rivolta espressamente a consentire la gestione della situazione di crisi/insolvenza, in vista del suo superamento.

La causa del contratto, in tal senso, lo rende “protetto” dalle conseguenze nefaste dell'azione revocatoria, ma altresì dai rischi dell'azione di danni cagio-

tra debitore e parte dei suoi creditori. Anzi, una gestione professionalmente avvertita e consapevole della crisi non mancherà di sottoporre la questione ai creditori, cercando l'accordo anche su questo fondamentale aspetto.

26. In particolare, si è sostenuto che gli accordi di ristrutturazione avrebbero rappresentato una forma di concordato preventivo semplificato, cui andrebbe comunque applicata la disciplina dettata per il concordato preventivo: M. Ferro, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti, in Il nuovo diritto delle società*, 2005, p. 56.

27. Tra le voci più autorevoli: F. Guerrera, *Le soluzioni concordatarie*, in Aa. Vv., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 131 ss.; M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2564; G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, p. 23; G. Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1170. La prima giurisprudenza di merito si era in qualche modo divisa: in senso favorevole alla natura autonoma degli accordi di ristrutturazione da intendersi quali contratti di diritto privato, cfr. Trib. Milano, decreto 23 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 701; Trib. Brescia, decreto 22 febbraio 2006; Trib. Bari, decreto 21 novembre 2005; in senso contrario, Trib. Milano, decreto 21 dicembre 2005, ma di recente la Cassazione ha esplicitamente riconosciuto la natura di procedura concorsuale (anche) degli accordi di ristrutturazione omologati: Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, nonché Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

28. Non senza sottolineare come questa maggioranza non costituisca presupposto per l'efficacia del contratto di ristrutturazione, mentre sarebbe un presupposto per conseguire l'omologazione giudiziale e gli effetti protettivi a essa conseguenti, quali l'esenzione dalla revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. e, di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo. In ordine al controllo giudiziale, si riteneva – evidentemente, alla luce del dettato normativo e della filosofia della riforma – che questo non potesse investire il merito, ossia la convenienza dell'atto, ma dovesse limitarsi al controllo di legalità formale e sostanziale (sulla ricorrenza dei presupposti procedurali per l'omologa, come la maggioranza del 60 per cento dei creditori, nonché l'attuabilità dell'accordo, inteso a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei). In tal senso, F. Guerrera, *Le soluzioni concordate*, op. cit., p. 42, secondo il quale il controllo giudiziale degli accordi di ristrutturazione di debiti, anche in presenza di opposizioni, «può riguardare profili di legittimità, sia formale, sia sostanziale dell'accordo (...); senza tuttavia travalicare in un controllo “di merito”».

nati ai creditori dall'esercizio dell'attività creditizia e finanziaria, da considerarsi "abusiva" rispetto alle circostanze del caso (che avrebbero dovuto indurre un finanziatore responsabile, evidentemente, a non concedere nulla al soggetto in crisi o, peggio ancora, insolvente).

L'evoluzione è davvero netta, così come appare incontrovertibile il mutamento di prospettiva da cui si pone il legislatore della riforma: l'imprenditore in crisi, anche se già in stato d'insolvenza, può dunque essere aiutato finanziariamente senza che tale attività si colori, quasi per principio (stante la crisi o l'insolvenza), di illiceità rispetto ai diritti dei creditori concorrenti. Peraltro, fatto il primo passo, il legislatore va ancora oltre, nell'opera di progressivo affinamento della nuova disciplina delle procedure concorsuali, anche con riferimento alla 'riabilitazione', per così dire, del finanziamento all'imprenditore in crisi.

Nel corso della riforma, infatti, si arricchisce il novero delle prededuzioni, con la qualificazione di credito "prededucibile" (anche) a favore del finanziatore dell'imprenditore in crisi (artt. 182-*quater* e -*quinquies* l.fall., ora art. 101 del nuovo codice). Si nota una sorta di continuità della linea, se non altro in punto di politica del diritto, che conduce dapprima all'esenzione dal rischio della revocatoria, poi al conseguimento della prededucibilità del credito, in

ragione della "funzionalità" – alla stregua delle categorie civilistiche tradizionali, s'è già detto, si tratta della rilevanza causale della finalità specifica – del finanziamento nel contesto della crisi o dell'insolvenza.

La vecchia categoria della causa del contratto torna utile, così, alla razionalizzazione a posteriori dell'operato del legislatore, in sintonia con l'iter concettuale seguito dalla giurisprudenza di legittimità, quando si è trovata a dover fissare, a sezioni unite, la regola operativa in tema di controllo giurisdizionale sulla "fattibilità" (in senso giuridico o economico) del concordato preventivo, ai fini della decisione sull'ammissibilità della proposta²⁹.

Sul piano della ricostruzione sistematica, si riesce così senza particolari difficoltà a razionalizzare il nuovo contratto avente come "causa" la finalità del superamento della crisi, sicché – ferme le norme di diritto comune che, in materia di obbligazioni e contratti, consentono al creditore e/o contraente (singolo, ossia atomisticamente considerato, nell'isolamento del suo rapporto dal contesto economico-aziendale del debitore) di operare in autotutela in occasione dell'insolvenza (ovvero del pericolo d'insolvenza) – va considerata una significativa acquisizione ed evoluzione la possibilità di negoziare sulle modalità di fornire il supporto finanziario all'imprenditore in crisi, in funzione del superamento della stessa³⁰.

29. Le disposizioni normative "di favore" nei confronti del finanziatore valgono così, per un verso, a offrire una sorta di alternativa, concreta ed efficiente sul piano contrattuale, alle forme di tutela (o autotutela) consentite dal diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, in presenza dello squilibrio intervenuto nel rapporto, come *vulnus* all'aspettativa di adempimento che ciascun contraente dovrebbe poter avere nei confronti dell'altro; per altro verso, esse valgono a proteggere il finanziatore stesso dal rischio del giudizio di disvalore che può darsi, *a posteriori*, al credito erogato all'imprenditore insolvente, con una sorta di trattamento "premierale", aggiuntivo per così dire, costituito dalla prededuzione, derogando così esplicitamente alla regola generale (e tradizionale, nel sistema della responsabilità patrimoniale) della *par condicio creditorum*.

30. Può comprendersi, nella logica della riforma, l'ampliamento del novero delle ipotesi di esenzione dalla revocatoria con riferimento ai finanziamenti, purché si presentino funzionali al superamento della crisi, nella valutazione che delle relative operazioni può darsi nel contesto in cui le stesse sono avvenute (ossia con la non sempre semplice valutazione *ex ante*). Diversamente, ossia senza il tentativo di dare coerenza sistematica al quadro d'insieme, rimarrebbe di difficile giustificazione la concessione della prededuzione, in quanto essa si risolve in un trattamento premiale, s'è detto, che opera esclusivamente a vantaggio del finanziatore – nella prassi, la banca disposta a concedere credito all'imprenditore insolvente –, senza però che il detto trattamento preferenziale dipenda dalla natura del credito (come avviene, ad esempio, nella disciplina dei privilegi, ovvero nella figura giuridica che ha sempre costituito il modello della "preferenza" fissata dal legislatore arbitrariamente, anche se pur sempre in funzione di esigenze economico-sociali ritenute meritevoli di tutela).

Non è certamente un caso, a questo punto, che la recente «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio» del 22 novembre 2016, in relazione alle «misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti» al capo 4, dedicato alla «tutela dei nuovi finanziamenti, dei finanziamenti temporanei e delle altre operazioni connesse alla ristrutturazione», dispone che «siano adeguatamente incoraggiati e tutelati i nuovi finanziamenti e i finanziamenti temporanei. In particolare, detti finanziamenti non possono essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili in quanto atti pregiudizievoli per la massa dei creditori nell'ambito di successive procedure di insolvenza, a meno che le operazioni siano state effettuate in modo fraudolento o in malafede» (comma 1). L'incoraggiamento dei nuovi finanziamenti, seguendo l'espressione della proposta di direttiva, comporta che gli Stati membri possano accordare «il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria, nell'ambito di successive procedure di liquidazione, rispetto agli altri creditori che altrimenti avrebbero crediti monetari o su attività di grado superiore o uguale» (comma 2), mentre i soggetti che concedono «nuovi finanziamenti o finanziamenti temporanei nel processo di ristrutturazione sono esonerati dalla responsabilità civile, amministrativa e penale nell'ambito della successiva insolvenza del debitore, a meno che tali finanziamenti siano stati concessi in modo fraudolento o in malafede» (comma 3). La conferma della precisa scelta di politica del diritto in ambito europeo viene dalla disposizione immediatamente successiva (art. 17), opportuna norma "di chiusura", come si usa dire, che estende la tutela alle «altre operazioni connesse alla ristrutturazione», enunciando – esemplificativamente, sembrerebbe – le operazioni più ricorrenti e specificando che, per le nuove operazioni creditizie e finanziarie, gli Stati membri possano subordinare il beneficio alla loro preventiva "approvazione": (a) da parte di un professionista nel campo della ristrutturazione – nel nostro gergo, si tratterebbe dell'attestazione – ovvero, ma anche in aggiunta (deve ritenersi), (b) da par-

Il percorso che si è tentato di ricostruire, nelle sue tappe più rilevanti sul piano della storia delle idee, si completa in un certo senso con il codice, che recepisce quelle fattispecie che possono essere indicate come figure ibride, per così dire, il cui significato, sul piano sistematico, va oltre la previsione normativa in se stessa considerata, in quanto le stesse possono dirsi espressive della propensione del legislatore a estendere gli effetti di una negoziazione (esitata, alla fine, in un accordo) parziale a una parte più ampia del ceto creditorio secondo criteri di omogeneità degli interessi economici, ma indipendentemente dall'adesione dello specifico creditore.

È il caso, ad esempio, della fattispecie disciplinata dall'art. 182-*septies* l.fall. (art. 61 del nuovo codice), per il caso in cui la metà dell'indebitamento sia nei confronti di banche o intermediari finanziari e il debitore decida di considerare tali creditori (raggruppandoli) per classi omogenee, al fine di avvalersi di un consenso "a maggioranza" (ossia il settantacinque per cento dei crediti), al fine di imporre l'accordo anche ai creditori non aderenti (e dunque "in minoranza") appartenenti alla stessa classe, in deroga ai principi generali del diritto espressi, nella specie, in particolare dagli artt. 1372 e 1411 cc.

Tale tendenza trova oggi nel codice una qualche "sistemazione" nel capo I del titolo IV, intitolato agli «accordi», quali «strumenti negoziali stragiudiziali» puri, per così dire (art. 56, dedicato agli «accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento»), ovvero «soggetti ad omologazione» (artt. 57-64). Il titolo IV è destinato, invece, a contenere e disciplinare i diversi «strumenti di regolazione della crisi», comprendendo tanto le «procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento» (capo II), quanto il concordato preventivo (capo III).

Al di là della previsione dei contratti che (insieme, eventualmente, ad "atti unilaterali") sono «posti in essere in esecuzione del piano», per i quali si conferma l'esenzione dalla revocatoria (anche quella ordinaria, si specifica per prevenire un non semplice contenzioso sui principi) *ex* art. 166, comma 3, lett. *d* ed *e* del codice, appare in linea con la tendenza espansiva dell'autonomia l'ammissibilità di accordi di ristrutturazione «soggetti ad omologazione» anche per l'imprenditore "non commerciale" che versi «in stato di crisi o di insolvenza» (art. 57 del codice), ove la logica della relatività degli effetti modificativi del contratto

(recante la ristrutturazione del debito) è riaffermata a tutela del creditore estraneo (cfr. i commi 3 e 4 dello stesso art. 57).

Così come costituisce un'opportuna previsione, ancora una volta espressiva tanto dell'inscindibilità del rapporto tra il piano (quale strumento unitario della programmazione economico-aziendale) e gli accordi con i singoli creditori, quanto del favor mostrato dal legislatore per gli «strumenti negoziali stragiudiziali» nella «regolazione della crisi», quella relativa all'art. 58 del codice – «rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano»³¹. Il legislatore prende atto della verosimile difficoltà di attuare il piano ed eseguire i contratti così come omologati, specie nei casi, tutt'altro che infrequenti nella prassi, in cui il tempo dell'esecuzione si protragga per alcuni anni, e prevede il rinnovo dell'attestazione nelle ipotesi di «modifiche sostanziali» – la formula è inevitabilmente generale e, dunque, da riempire di significato in concreto, ossia nelle diverse e atipiche situazioni che si verificheranno –, valorizzando in tal modo il ruolo dell'attestatore, nella prospettiva dinamica dell'attuazione in concreto e nel tempo del programma (economico-aziendale e contrattuale). Si distinguono le due situazioni in cui possono darsi le modifiche sostanziali, prima o dopo l'omologazione, al fine di disciplinare le inevitabili forme di tutela dei creditori (aderenti, s'intende), i quali dovranno rinnovare il consenso (nel primo caso) o potranno opporsi al piano modificato (nel secondo caso).

Nella logica del contratto "protetto" o, se si preferisce, "agevolato" che caratterizza gli atti esecutivi del piano attestato appena considerati, figurano poi gli «accordi di ristrutturazione agevolati», di cui all'art. 60 del codice (con la riduzione alla metà, ossia il trenta per cento, della percentuali dei creditori aderenti, di cui all'art. 57, se non si propone la moratoria dei creditori estranei e non si richiedono misure protettive temporanee). Nondimeno, andrebbero anche ricordati gli «accordi con i creditori» raggiunti durante le procedure di allerta (art. 19 del codice)³².

La grande novità, anche e soprattutto in termini di anomalia e deroga rispetto al sistema e ai principi, è tuttavia negli «accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa», di cui all'art. 61 del codice, che riprende in termini generali la tendenza dell'ordinamento, in questo senso costituendo innegabile conferma della filosofia

te dell'autorità giudiziaria o amministrativa (da noi, si tratterebbe dell'omologazione).

31. Ci si permette di rinviare, per un'analisi più approfondita delle problematiche che possono sorgere nell'esecuzione del piano e/o degli accordi con i creditori, a F. Macario, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione*, in *Fallimento*, 2014, p. 993.

32. L'espressione contratto "protetto" o "agevolato" si ritrova nello studio, già ricordato, di F. Di Marzio, *Obbligazione, op. cit.*, pp. 148 ss., ove la tematica è ampiamente esaminata.

di fondo della riforma, all'apertura nei confronti delle (diverse e innovative) manifestazioni dell'autonomia privata, intese alla gestione della situazione critica sul piano economico e finanziario, grazie alle potenzialità riconosciute al contratto di diritto privato, nel mo-

mento in cui quest'ultimo diventa lo strumento (se si preferisce, uno degli strumenti giuridici, ma con un ruolo di particolare rilievo) per disciplinare l'attività d'impresa in quella delicatissima fase rappresentata dalla crisi ovvero dall'insolvenza.

La continuità aziendale nelle procedure concorsuali

di *Giovanni Battista Nardecchia*

Il rapporto tra la tutela dell'interesse dei creditori e quello alla salvaguardia dei valori aziendali costituisce uno dei punti nodali della disciplina della crisi d'impresa. L'Autore ricostruisce l'evoluzione storica di tale rapporto partendo dalla disciplina del rd n. 267/1942 sino al codice della crisi e dell'insolvenza.

1. Il regio decreto n. 267/1942 / 2. La crisi del modello tradizionale / 3. Tutela giurisdizionale e libertà negoziale / 4. La prima stagione delle riforme (2005/2007) / 5. La riforma permanente / 6. Il codice

1. Il regio decreto n. 267/1942

Se è possibile definire con un'espressione il regio decreto n. 267/1942, quella che forse più si avvicina alla realtà è "legge processuale". Sua caratteristica è proprio il fatto di essere una legge soprattutto processuale – qualcuno ha detto «panprocessuale»¹. Come veniva sottolineato dai grandi giuristi dell'epoca, «Il fallimento è l'organizzazione procedurale della difesa collettiva dei creditori di fronte all'insolvenza del mercante, il cui patrimonio deve essere liquidato ed erogato a favore dei creditori»². Negli stessi termini, Cesare Vivante osservava proprio che il fallimento non appartiene al diritto sostanziale, ma piuttosto alla legge processuale, perché ha lo scopo di riconoscere e di accertare dei diritti che già esistono all'apertura della procedura, per poi soddisfarli con quella "misura di dividendo" che corrisponde ai limiti fisico-naturalistici del patrimonio costituente la garanzia patrimoniale per i creditori. Il fine era l'attuazione della responsabilità patrimoniale in un clima di parità di trattamento. In sostan-

za, il binomio costituito dagli artt. 2740 e 2741 cc costituiva la funzione essenziale del fallimento. Tutela privatistica del credito che ben si sposava con la matrice di carattere pubblicistico, con l'interesse superiore di natura pubblica economica consistente nella soppressione e nell'espulsione dal mercato dell'impresa inefficiente. La visione del legislatore del 1942 era dichiaratamente quella di favorire l'espulsione dell'imprenditore insolvente dal mercato, imprenditore qualificato come un *virus* infetto in grado, se non emarginato, di diffondersi fra le imprese sane, ma coinvolte nel dissesto. Questa visione traspare da una pluralità di fattori concorrenti: a) il soggetto passivo è l'imprenditore (non l'impresa); b) il processo non conosce (in origine) un sistema di garanzie del debitore; c) la revocatoria fallimentare è costruita per formare un "cordone sanitario" attorno all'imprenditore, in modo da generare un allarme tale da indurre i *partner* commerciali a non fornire più risorse così da prosciugare l'impresa; d) il termine "azienda" è, di fatto, sconosciuto e il valore della conservazione del tutto negletto; e) il sistema penale

1. In questi termini, L. Rovelli, *L'evoluzione del diritto concorsuale italiano nel quadro europeo*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2017, pp. 22-30.

2. G. Bonelli, *Del fallimento (Commentario al codice di commercio)*, Vallardi, Milano, 1938 (1923), p. XV.

è fortemente dissuasivo nei confronti dei creditori (cfr. la cd. “bancarotta preferenziale”). Questi e altri elementi portano a concludere che, al legislatore del 1942, il *valore-impresa* era sconosciuto e si risolveva nella sommatoria dei singoli beni (sia chiaro, beni materiali tangibili) di cui l'imprenditore fosse proprietario secondo una ben precisa logica proprietaria decisamente coerente con l'impronta del coevo codice civile. I rimedi alternativi – concordato preventivo e amministrazione controllata – scontavano, invece, lo scoglio dell'alta percentuale di crediti di cui garantire la soddisfazione, senza poter contravvenire alla regola di uguale trattamento tra i creditori³. Anche la disciplina del concordato venne, quindi, plasmata sulla spinta di un forte credo ideologico, incentrato sulla concezione pubblicistica del fallimento. Questo sembra aver caratterizzato naturalmente anche tutte le altre procedure concorsuali e si traduceva, in estrema sintesi, in una più energica tutela degli interessi generali rispetto agli interessi particolari dei singoli creditori e del debitore. Interessi generali rappresentati, come detto, dalla tutela dei creditori nel loro complesso, che erano assicurati dal pervicace controllo del tribunale durante tutto il corso della procedura: un controllo di legittimità e di merito, che si poneva su un piano superiore rispetto alla volontà delle parti, tanto che, ad esempio, il tribunale poteva negare l'omologa a una proposta ritenuta poco conveniente anche se la stessa fosse stata approvata da tutti i creditori. Le singole disposizioni esprimevano, quindi, una perfetta coincidenza tra interesse privato (attuazione della responsabilità

patrimoniale del debitore) e utilità sociale (espulsione dal mercato dell'impresa malata)⁴.

2. La crisi del modello tradizionale

La convergenza di interessi pubblici e privati inizia a incrinarsi sul finire degli anni settanta del secolo scorso, al mutare delle condizioni economiche e sociali del Paese. In tale contesto, l'impostazione liquidatoria della legge fallimentare del 1942 cominciò a mostrare tutti i suoi limiti e alle nuove esigenze che emergevano venne data una qualche forma di soddisfazione, essenzialmente attraverso due strade: la prima è stata la forzatura del dato normativo, dando vita a quello che è stato ribattezzato l'«uso “alternativo” delle procedure concorsuali»⁵; la seconda, invece, l'introduzione di una disciplina specifica⁶ per regolare la crisi dei grandi complessi produttivi del nostro Paese⁷. Sotto il profilo soggettivo, entra in crisi il modello dualistico imperniato sul rapporto credito/debito, dato che il diritto del creditore deve coordinarsi (talora sino a piegarsi, in alcuni tipi di procedure) con le posizioni giuridiche di soggetti non creditori comunque coinvolti nel dissesto (si pensi ai contraenti di negozi pendenti come, soprattutto, i lavoratori dipendenti). Sotto il profilo pubblicistico, l'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente lascia il passo alla protrazione dell'attività, anche a prescindere dalle effettive possibilità di risanamento. Tale fenomeno produsse i suoi effetti sulla disciplina del concordato preventivo⁸, con l'esaltazione dei

3. Per tali rilievi, *ex pluribus*, A. Jorio, *Introduzione*, in A. Jorio (diretto da) e M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 1 ss.

4. P. Pajardi, *Esecuzione concorsuale: unità e alternatività dei procedimenti (proposte per una riforma parziale)*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 228, offre questa sintesi efficace: «Sanzione e chirurgia nel fallimento (...), alternativa al processo esecutivo con una soluzione processual-volontaristica nel concordato preventivo, lodevole sensibilità per la prevenzione nell'amministrazione controllata, e ancora chirurgia e anzi ipersanzione nella liquidazione coatta amministrativa, concepita persino in caso di inesistenza dello stato di insolvenza e per imprese svolgenti attività di pubblico interesse nella cui liquidazione il potere esecutivo voleva intervenire in modi determinanti».

5. A. Gambino, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 236 ss.; L. Lanfranchi, *Uso “alternativo” delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, pp. 133 ss. Per un'attenta lettura del fenomeno, si veda V. De Sensi, *Il sistema concorsuale italiano tra economia mista e di mercato*, in *Id.*, *La ristrutturazione della impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, LUISS-Archivio Ceradi, Roma, 2006, pp. 1-64 (Parte I).

6. La disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (introdotta dalla l. 3 aprile 1979, n. 95 e generalmente conosciuta come “legge Prodi”) ha rappresentato una prima risposta alla necessità di coniugare l'intervento sulla crisi aziendale con la tutela delle classi lavoratrici nella più ampia cornice di intervento pubblico finalizzato a una politica industriale di respiro nazionale.

7. In questi termini, L. Rovelli, *L'evoluzione*, *op. cit.*

8. Sulla finalità del concordato preventivo e sul dibattito dottrinale che si è svolto su questo tema, si veda A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in F. Bricola – F. Galgano – G. Santini (a cura di), *Legge fallimentare (Commentario Scialoja-Branca)*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, pp. 5 ss., il quale osservava che «la teoria classica, forse non inesatta alla luce della legislazione passata, non può più oggi essere accolta, perché l'espressa ammissibilità di un concordato con cessione dei beni impedisce che si possa coerentemente sostenere che la funzione del concordato preventivo sia di evitare al debitore la perdita dell'azienda». Altra dottrina, invece, collocava il concordato preventivo in un'ottica conservativa dell'impresa, in questo senso: R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Giuf-

profili negoziali dell'accordo tra le parti, che divenne il fulcro di tutta la procedura, facendo passare in secondo piano l'indagine officiosa circa la reale tenuta giuridico-satisfattiva dell'accordo in questione⁹. L'emblema delle letture più spinte degli istituti della legge fallimentare è sicuramente il modo in cui venne interpretata l'amministrazione controllata¹⁰. In piena crisi economica, sul finire degli anni settanta l'amministrazione controllata diviene il primo tassello di un mosaico che rappresenta, alla fine, la disgregazione dell'impresa attraverso le tappe intermedie della medesima procedura, del concordato preventivo e del fallimento. Quel fenomeno definito "consecuzione di procedure", che di fatto si risolve in una lesione dei diritti dei creditori, visto che le risorse dell'impresa finiscono con il remunerare solo (o quasi) i debiti che maturano durante questo processo, costituisce un "punto di non ritorno" perché ci si avvede che le procedure, se vogliono essere indirizzate verso il valore della conservazione dell'impresa, debbono stabilire anche dei poteri di controllo affidati ai creditori, onde evitare che si possa arrivare, sì, a un risanamento, ma *pagato* dal ceto creditorio. Sull'uso "alternativo" delle procedure concorsuali si spesero molte parole perché, perduto l'obiettivo della tutela primaria del credito, si cercava di alimentare il polo opposto, quello rappresentato dalla teoria della conservazione e del risanamento (fondata sull'analisi della crisi economica di quegli anni, sulla centralità del tema dell'occupazione e, dunque, della necessità dell'assistenzialismo di Stato)¹¹. Decisioni che, forzando i connotati di tipo pubblicistico – che, come detto, connotavano tutta la legge fallimentare e quindi anche la disciplina del concordato preventivo –, piegavano l'istituto ad esigenze di carattere "pubblico" quali il mantenimen-

to di livelli occupazionali e, più in generale, di conservazione dell'impresa in crisi per scopi diversi da quelli di tutela delle ragioni dei creditori. Una volta mutato il quadro politico ed economico in cui erano sorte quelle interpretazioni "evolutive", la Suprema corte, in una fondamentale pronuncia, ribadì la centralità delle ragioni dei creditori, negando che potesse essere individuato nel «salvataggio della impresa» il fine istituzionale e primario del concordato preventivo, affermazione che, secondo i giudici di legittimità, non trovava sicuro riscontro nei testi normativi né, implicitamente, nella struttura dell'istituto¹².

Tale decisione¹³ non risolse, però, i molti dubbi circa l'effettiva capacità del concordato preventivo di contemperare i diritti dei creditori con le esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa.

I dubbi erano alimentati dalla considerazione che, sempre più spesso, era messa in discussione la stessa capacità del concordato preventivo di soddisfare efficacemente sia il principale interesse perseguito, quello dei creditori alla massima realizzazione dei loro crediti, che quelli correlati.

3. Tutela giurisdizionale e libertà negoziale

La critica alla disciplina del concordato preventivo e, più in generale, a quella del fallimento, ritenuta non più attuale rispetto al vorticoso mutare del quadro politico ed economico di riferimento, finiva per incentrarsi essenzialmente in una censura all'intervento dell'autorità giudiziaria¹⁴ e si alimentava sull'affermata (e spesso indimostrata) convenienza della gestione stragiudiziale della crisi d'impresa, e

frè, Milano, 1974, p. 2210; P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 644; G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, vol. II, Morano, Napoli, 1974, pp. 992 ss.

9. In particolare, nel concordato con cessione dei beni erano gli stessi creditori che spesso fornivano la propria disponibilità a limare, anche *ultra legem*, la percentuale delle loro pretese pur di non scivolare nel procedimento fallimentare. In questi termini, R. Viale, *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 231 ss.; A. Jorio, *Le procedure*, op. cit., p. 520.

10. Come correttamente sottolineato da V. De Sensi, *Il sistema*, op. cit., «A ben considerare, la procedura si prestava indubbiamente ad equivoci in punto di determinazione della sua funzione, appena si consideri il rapporto tra l'art. 187 e l'art. 193 l.fall., che prevedevano, rispettivamente, l'apertura della procedura quando vi erano comprovate possibilità di risanamento della impresa, e la cessazione della procedura quando il debitore dimostrava di essere in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

11. In questi termini, M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2011.

12. In questi termini, Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248.

13. Guardata con favore dalla dottrina – vds., ad esempio, L.A. Russo, *Restituito ai creditori il concordato preventivo?*, in *Fall.*, 1992, p. 105.

14. Fenomeno che si inserisce in una più vasta corrente di pensiero la quale, partendo dall'assunto che «l'amministrazione della giustizia non può reggere il peso, assolutamente sproporzionato, di un accesso libero ed incondizionato al processo da parte di chiunque, per qualsiasi tipo di conflitto», ritiene che anche nella materia concorsuale si debbano introdurre dei filtri «con i quali limitare e regolare l'avvio di procedure giudiziali», lasciando il tentativo di soluzione della crisi nelle mani dei privati «senza subire né le prevaricazioni dell'imprenditore decotto, né i tempi burocratici di scelte giudiziali su materie che completamente fuoriescono dalla competenza e dalla cultura dei giudici». In questi termini, P. Schlesinger, *Crisi d'impresa e nuove regole: le esigenze dell'economia*, in A. Jorio (a cura di), *Nuove regole per le crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 155 ss.

ciò sia in un'ottica liquidatoria che in un'ottica di risanamento e rilancio dell'impresa.

In questo quadro, nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è fatta strada una diversa visione volta a esaltare il ruolo e la funzione degli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi dell'impresa.

Le ragioni per le quali, sovente, nella vigenza della originaria disciplina della legge fallimentare, il debitore privilegiava la soluzione stragiudiziale rispetto al concordato preventivo¹⁵ risiedevano, essenzialmente: nei rilevanti costi delle procedure concorsuali¹⁶ (compenso del commissario e dell'eventuale liquidatore, imposta di registro relativa alla sentenza di omologazione del concordato, etc.)¹⁷; nella drastica limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale, oltre che del particolare regime autorizzativo previsto per una serie di atti ex art. 167 l.fall.; nella necessità di pagare i creditori privilegiati integralmente e immediatamente, subito dopo l'omologazione (mentre, in caso di concordato stragiudiziale, la posizione dei creditori garantiti poteva essere negoziata con la massima elasticità); nella difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura (garanzie spesso richieste nella prassi giudiziaria anche per l'ammissione all'amministrazione controllata), che non potevano consistere in beni del debitore, ma dovevano provenire da terzi¹⁸.

Il ricorso alla soluzione stragiudiziale si presentava quasi obbligato in tutte le ipotesi, di certo non infrequenti, nelle quali la crisi coinvolgeva più società tra loro collegate, a fronte della sostanziale indiffe-

renza della legge fallimentare nei confronti dell'insolvenza di gruppo¹⁹.

La critica verso l'intervento dell'autorità giudiziaria non tendeva a portare definitivamente la soluzione delle crisi d'impresa fuori dai tribunali, quanto piuttosto a limitare drasticamente il potere d'intervento dei giudici nelle procedure concorsuali.

L'intervento dell'autorità giudiziaria era, infatti, ritenuto comunque necessario a dare una garanzia di certezza giuridica, al riparo da rischi di revocatoria o di imputazioni penali²⁰. Secondo tale impostazione, esso doveva limitarsi a prendere atto del fatto che le categorie interessate avevano raggiunto l'accordo con l'imprenditore, evitando il prodursi della crisi definitiva. In tali ipotesi, non vi sarebbe ragione di sovrapporre valutazioni di merito autoritative alle intese raggiunte dal debitore con i suoi creditori.

Attraverso il definitivo abbattimento dell'"idolo" dell'indisponibilità dell'insolvenza, queste considerazioni miravano ad affermare la centralità dell'autonomia privata nella soluzione delle crisi d'impresa.

Il brodo di coltura ideologico in cui si è formata e sviluppata la stagione della prima grande riforma della legge fallimentare, attuata nel biennio 2005-2007, si è costituito proprio a partire da queste riflessioni dottrinali.

4. La prima stagione delle riforme (2005/2007)

In linea di principio, la scelta di fondo del legislatore della riforma è lasciare alla negoziazione delle

15. Il fallimento dell'amministrazione controllata era reso evidente dal quasi totale abbandono del ricorso a tale istituto da parte degli imprenditori in crisi, e ciò ben prima della sua formale abrogazione.

16. Secondo L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 305-306, le soluzioni stragiudiziali trovano la loro motivazione in primo luogo proprio nell'esigenza di evitare i costi delle procedure d'insolvenza, in quanto le parti hanno convenienza a risolvere privatamente la crisi tutte le volte che i costi attesi dall'attivazione di una procedura d'insolvenza siano maggiori del costo della soluzione basata su un accordo. L'autore sottolinea, però, come anche altre ragioni concorrano a tale scelta, in quanto «i vantaggi comparati di una ristrutturazione stragiudiziale rispetto a una procedura formale consistono nella sua rapidità, nella flessibilità nella gestione dell'attivo, nella possibilità di fare operazioni di finanza straordinaria (fusioni, scissioni, conferimenti ecc.) molto problematiche in una procedura d'insolvenza, nella possibilità di scambi diretti di informazioni rilevanti»; sull'argomento si veda, in particolare, M. Belcredi, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni '90*, in L. Caprio (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia*, Milano, 1997, pp. 211 ss.

17. Con particolare riferimento alla somma, che si presume necessaria per la procedura, che il tribunale imponeva di depositare entro otto (ora quindici) giorni dal decreto di ammissione ex art. 163 l.fall., dato che per un'impresa in difficoltà finanziaria poteva risultare assai oneroso procurarsi la liquidità necessaria.

18. Cfr., per un'ampia disamina, C. Costa, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1998, I, pp. 958-959.

19. Vds. E. Bertacchini, *Revocatoria fallimentare e stato di insolvenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 78, nota 83, che sottolinea come un «tale atteggiamento di indifferenza appare sorprendente e non del tutto giustificato dal momento storico, sol che si consideri che nello stesso anno in cui entrava in vigore la nuova legge fallimentare, nella relazione al libro quinto del codice civile si dava atto dell'esistenza di «raggruppamenti di società attorno ad una che le controlla»».

20. Sotto tale profilo, si era denunciato il rischio che correvano coloro i quali gestivano la crisi senza «un ombrello di certezza giuridica che riduca in un ambito di maggiore percorribilità i sentieri della fantasia aziendale, finanziaria e giuridica»: in questi termini, A. Jorio, *Dal concordato stragiudiziale alla soluzione giudiziale delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 1999, p. 759.

parti la gestione delle scelte di merito, senza interferenze del giudice. E ciò sia quando lo squilibrio economico, patrimoniale o finanziario può ancora lasciar presagire un risanamento dell'impresa (o, comunque, è tale da consentire una sistemazione concordata del passivo), sia quando il dissesto si è tramutato in insolvenza definitivamente accertata con la dichiarazione di fallimento.

Il margine lasciato all'autonomia privata avrebbe dovuto (come logica conseguenza) non comprimere, ma anzi esaltare ancor più il ruolo dei creditori nelle procedure concorsuali, viste come "strumenti" per il trasferimento del controllo dell'impresa ai creditori medesimi²¹.

Nella visione liberista, apparentemente sposata dal legislatore, le procedure concorsuali dovrebbero assicurare l'effettività del trasferimento del controllo dell'impresa in crisi dal debitore ai creditori, con la conseguente necessità di predisporre «strutture che organizzino il controllo in capo ai creditori e regole che diano un quadro normativo certo ai tempi della transizione, forme in cui questo controllo deve essere esercitato e mezzi con i quali si intende conseguire l'obiettivo finale dei creditori: quello di soddisfare i loro crediti»²².

In questa prospettiva, l'interesse dei creditori al massimo realizzo dei loro crediti avrebbe dovuto rappresentare ancora il principale obiettivo di tutte le procedure concorsuali, pur non essendo escluso che a tale obiettivo venisse affiancato quello della conservazione dei valori aziendali.

Anche la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali) costituisce infatti, nella disciplina riformata, un obiettivo meritevole di tutela nell'ambito delle procedure concorsuali²³.

Il considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate anche a un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, dell'impresa in crisi, non può rappresentare comunque il fine ultimo delle procedure medesime²⁴, ma soltanto un obiettivo mediato, per procurare ai creditori una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali²⁵.

In altre parole, vari possono essere gli interessi perseguiti dalle procedure concorsuali (quello dei lavoratori, quello della stabilità del mercato o, più in generale, dell'economia) ma non tutti possono essere posti sullo stesso piano.

La selezione tra più interessi eventualmente confliggenti deve, infatti, sempre risolversi a favore di quello dei creditori.

Il diritto di garanzia dei creditori sul patrimonio del debitore è assistito da tutela costituzionale, con la conseguenza che esso non può essere espropriato, neppure indirettamente, a vantaggio dell'interesse pubblico al buon andamento dell'economia o alla salvaguardia dei valori aziendali²⁶.

Principi che sono stati coerentemente applicati nella disciplina del fallimento, dove l'esaltazione del ruolo dell'autonomia privata si è tradotta nel dichiarato scopo di mutare il precedente rapporto tra gli organi della procedura, il bilanciamento di poteri tra gli stessi. E ciò a tutto vantaggio del comitato dei creditori, che ha visto espandersi le sue prerogative e la sua funzione, prima limitata a quella di organo meramente consultivo, dispensatore di pareri aventi una rilevanza meramente interna al procedimento fallimentare²⁷.

21. In questi termini, L. Stanghellini, *Le crisi di impresa*, op. cit., pp. 49-50.

22. *Ibid.*, p. 52.

23. Vds. a tal proposito la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante: «la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267», dove si dice espressamente che la nuova disciplina «deve anche ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale».

24. La teoria individuante, nel concordato preventivo, la finalità di salvaguardare il valore dell'impresa del debitore mediante una riduzione del passivo non è accoglibile neppure dopo la riforma, in riferimento all'espressa perdurante ammissibilità di un concordato con cessione dei beni.

25. Finalità peraltro mai esplicitata dal legislatore, neppure con la riforma: basti, a tale fine, rilevare che la cessione dei beni ai creditori per fini liquidatori e soddisfattivi, integrante ancora oggi la modalità tipica del concordato preventivo, è altresì modalità implicante, di norma, la disarticolazione dell'azienda nella sua unità patrimoniale e funzionale e, come tale, certamente non diretta a quella finalità di conservazione funzionale dell'impresa.

26. In questi termini, F. D'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 331.

27. Tutta la fase gestoria del procedimento fallimentare era incentrata nella figura del giudice delegato, vero *dominus* della procedura fallimentare. Nel sistema *ante* riforma, come è noto, il giudice delegato assumeva una rilevanza centrale, nella sua duplice veste di regolatore

Altrettanto non può dirsi per quanto riguarda il concordato preventivo.

La vaghezza di intenti del legislatore si è avvertita sin dai primi vagiti della riforma. La relazione illustrativa al dl n. 35/2005 si limita infatti ad affermare, assai laconicamente, che «il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa».

Che il concordato sia uno dei possibili strumenti di soluzione della crisi d'impresa appare affermazione a dir poco pleonastica. Che il legislatore abbia inteso, anche qui, ridurre drasticamente i poteri di controllo dell'autorità giudiziaria sul merito della proposta è convinzione comune in dottrina e giurisprudenza, ed è basata su inequivoci dati testuali. Questi ultimi sono rappresentati dall'eliminazione del sindacato del tribunale sulla meritevolezza e dalla residualità di quello sulla convenienza della proposta, limitato, dopo il decreto correttivo del 2007, alla sola ipotesi di opposizione di un creditore appartenente a una classe dissenziente.

Parimenti evidente è l'ampio margine di autonomia negoziale garantito al debitore il quale, a differenza di quanto accade nel concordato fallimentare, è ancora l'unico soggetto legittimato al deposito di una proposta, la cui presentazione non richiede più alcun requisito di meritevolezza da parte dell'imprenditore e il cui contenuto è ormai quasi del tutto svincolato da indicazioni cogenti circa le modalità di soddisfacimento dei creditori (quanto meno, dei creditori chirografari).

A tal proposito va considerato che, in merito alla possibilità di soddisfare i creditori – almeno quelli chirografari – con modalità alternative al pagamento in termini monetari, la facoltà del debitore di proporre una modifica non solo quantitativa, ma anche qualitativa dell'obbligazione introduce oggettivamente un *vulnus* al profilo della convenienza del concordato, sotto il profilo della sua economicità. In relazione all'economicità della convenienza, appare indubbio che il primo elemento di convenienza attiene a quella forma soddisfattiva che più si avvicina alla legittima aspettativa dei creditori che, secondo la tutela generale offerta dall'ordinamento, è l'aspettativa all'adempimento integrale e puntuale (tempestivo) del credito in termini monetari.

Conseguentemente, la possibilità soddisfattiva che più si avvicina, in percentuale e nel tempo di attuazio-

ne, al massimo della tutela normativa del creditore, delinea in maniera essenziale e primaria la situazione di «convenienza economica».

Né possono essere dimenticati gli ulteriori vantaggi che il concordato preventivo tuttora assicura al debitore, quali: il blocco delle azioni esecutive collegato al solo deposito della domanda (pur se condizionato alla successiva ammissione); l'efficacia del concordato omologato che si estende ancora, indistintamente, a tutti i creditori anteriori all'ammissione; l'effetto liberatorio dalle obbligazioni residue rimaste insoddisfatte a seguito dell'adempimento del concordato.

Vantaggi cui si contrappongono i perduranti svantaggi che derivano ai creditori dal deposito del ricorso e dal successivo decreto di ammissione.

Proprio con riferimento agli effetti sui creditori, si rinviene una quasi totale omogeneità tra fallimento e concordato preventivo. I creditori si vedono, infatti, negare il diritto alle azioni esecutive individuali e al contempo a quelle concorsuali, sospendere il decorso degli interessi, negare la rivalutazione monetaria, regolare la compensazione e gli altri istituti del pegno, della rendita, della solidarietà e dei crediti di qualsiasi natura.

Ai gravosi effetti sostanziali, si aggiunge l'evidente difficoltà pratica dei creditori di far valere le loro ragioni nell'ambito della procedura.

Il ruolo sostanziale rivestito dai creditori non può, invero, essere esaminato disgiuntamente dalle prerogative processuali loro attribuite nel procedimento, prerogative che, a differenza di quanto accade nel fallimento, non sono veicolate da un soggetto che tuteli i loro interessi collettivamente considerati. Il commissario giudiziale non è infatti titolare di un interesse pubblico a difesa della massa dei creditori, né li rappresenta come singoli o come massa²⁸.

A fronte di tali inequivoci dati testuali, appare evidente come il legislatore, con le riforme attuate nel biennio 2005/2007, abbia disegnato una disciplina fortemente squilibrata, a tutto vantaggio delle ragioni del debitore e, in subordine, della sola maggioranza dei creditori, posto che il potere dei creditori di incidere sulle sorti del concordato si esprime essenzialmente nel diritto di voto, con scarsa attenzione ai creditori silenziosi, oppositori o estranei che subiscono, al pari degli altri, gli effetti del concordato.

Il potere di voto rappresenta, almeno astrattamente, l'arma finale in mano ai creditori, ma in concreto risulta spesso spuntata alla luce dell'obiettivo

di conflitti, di organo giurisdizionale e di motore della procedura, di organo gestorio investito della direzione delle operazioni ex art. 25 l.fall.

28. In questi termini, Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, *cit.*; Cass., 14 gennaio 1987, n. 178, in *Fall.*, 1987, p. 390. *Contra*, Cass., 26 marzo 1981, n. 1758, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, p. 674; Cass. 13 aprile 1977, n. 1379, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1151.

incertezza sulle garanzie offerte a tutti i creditori circa l'effettiva corretta formazione del consenso e, quindi, delle maggioranze.

Appare dunque evidente come la riforma del concordato ponesse, *ab initio*, delle esigenze di riequilibrio del sistema attraverso un'interpretazione che avesse come stella polare la tutela del diritto di garanzia di tutti i creditori sul patrimonio del debitore, diritto che non può essere, neppure indirettamente, espropriato a vantaggio degli interessi del debitore medesimo.

Il concordato preventivo, quale procedura concorsuale alternativa al fallimento in presenza di presupposti e condizioni disciplinati tassativamente dalla legge, pur costituendo un indubbio beneficio per il proponente, sottratto al fallimento, non ha la funzione di sottrarre l'imprenditore al generale principio di responsabilità *ex art.* 2740 cc, al quale egli, dopo il deposito della proposta (depositata sul presupposto oggettivo della crisi e/o insolvenza dell'imprenditore medesimo), soggiace.

Per il fatto stesso della sussistenza dell'insolvenza o della crisi²⁹ (che si traduce nella manifesta confessione attuale o, quanto meno, prospettica di non poter adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni), il debitore soggiace alla necessaria destinazione del suo patrimonio, e di tutto il suo patrimonio, alla soddisfazione dei creditori, sia che lo stato di crisi e/o l'insolvenza portino alla concorsualità sistematizzata nel fallimento, sia che si addivenga alla diversa procedura concordataria.

Da quel momento, il debitore soggiace alla necessaria destinazione del suo patrimonio, e di tutto il suo patrimonio, alla soddisfazione dei creditori.

Il che evidenzia come fosse necessario ricercare un giusto equilibrio tra autonomia privata ed eteronomia, tra volontà del debitore e della maggioranza dei creditori e controllo giurisdizionale³⁰.

5. La riforma permanente

L'intervento riformatore attuato nel biennio 2005/2007 non ha portato a un equilibrio soddisfacente tra i valori in gioco, tanto che la normativa della disciplina concorsuale è rimasta un "cantiere sempre

aperto", su cui il legislatore è intervenuto apportando correzioni continue, molte delle quali non prive di rilievo sistematico.

Pur senza ripercorrere analiticamente le numerose modifiche apportate alla legge fallimentare, va sottolineato come tali interventi, non sempre coerenti tra loro, hanno visto il pendolo legislativo oscillare paurosamente tra l'esaltazione della negoziabilità e, quindi, dell'interesse del debitore a regolare liberamente la propria crisi e/o insolvenza, e la tutela del diritto di credito. Il che è reso evidente sol che si consideri che le due principali miniriforme, quella del 2012 e quella del 2015, rispondono a esigenze diametralmente opposte.

Con le modifiche introdotte con il cd. dl "sviluppo", al fine di sviluppare l'utilizzo dello strumento concordatario veniva enormemente potenziato il margine di autonomia negoziale garantito al debitore, con la facoltà di depositare la domanda di concordato riservandosi di depositare la proposta, il piano e la documentazione in un secondo tempo, entro un termine fissato dal giudice non superiore a 120 giorni e prorogabile di altri 60.

Dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda decorrono gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore di cui all'art. 168 l.fall., estesi anche alle azioni cautelari. Sempre in una prospettiva di *favor debitoris* è stata introdotta una disposizione, l'art. 169-bis l.fall., che disciplina la sorte dei rapporti giuridici pendenti al momento del deposito della domanda di concordato. In analogia con quanto previsto nel fallimento, il debitore può chiedere che il tribunale lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione ovvero a sospenderne l'esecuzione per 60 giorni. In tali casi, il contraente ha diritto a un indennizzo in moneta concordataria, pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento del debitore. Parimenti significativa è l'introduzione di un meccanismo di approvazione del concordato fondato sul silenzio assenso dei creditori. Simili interventi sulla disciplina del concordato preventivo sono volti a stimolare l'utilizzo dell'istituto in funzione conservativa dei valori aziendali. Il legislatore, a tal fine, ha quindi forgiato una specifica disciplina per il concordato preventivo, che preveda continuità aziendale da parte del debitore ovvero la cessione dell'azienda in

29. Dall'inequivoco disposto dell'art. 160, ultimo comma, l.fall., si evince che il requisito dello «stato di crisi» per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo deve ritenersi comprensivo sia della situazione di insolvenza vera e propria, che di uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato a evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. In questi termini, Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Fall.*, 2011, p. 30.

30. La riforma della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri. Pertanto, da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento a opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare. In questi termini, Cass., 4 settembre 2009, n. 19214, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1151.

esercizio. Il concordato in continuità può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. L'incremento numerico dei concordati non ha, però, determinato un corrispondente innalzamento qualitativo dei piani e delle proposte. Precise istanze, provenienti in larga misura dal mondo bancario³¹ e confindustriale, hanno spinto per un cambio di rotta, dato che la direzione intrapresa non è risultata funzionale né ai fini della migliore realizzazione del diritto di credito, né ha prodotto significativi risultati in termini di salvaguardia dei valori aziendali. La miniriforma del 2015 ha quindi prodotto un nuovo riequilibrio del rapporto creditore/debitore, ritenuto sbilanciato a favore del secondo dalla riforma del 2012. In quest'ottica va letta la fissazione di una soglia minima (20 per cento) per il soddisfacimento dei creditori chirografari nel concordato liquidatorio e l'abolizione del meccanismo del silenzio assenso.

6. Il codice

Questo altalenante percorso legislativo ha dimostrato, senza ombra di dubbio, la difficoltà di trovare un'adeguata soluzione che soddisfi tutti i diversi e, spesso, contrastanti interessi in gioco in caso di dissesto dell'impresa.

La generale insoddisfazione verso gli strumenti di regolazione dell'insolvenza (manifestata dal continuo affastellarsi di miniriforme della legge fallimentare) ha reso evidente come la possibile soluzione del problema fosse la prevenzione piuttosto che la gestione della crisi aziendale. In questo contesto, si è quindi venuta formando in modo completo e consapevole l'idea della prevenzione delle crisi di impresa, attraverso la predisposizione di adeguati strumenti giuridici. Vi è sempre stata una generale ritrosia a concepire strumenti giuridici di intervento nelle determinazioni dell'impresa quando questa dà segnali di crisi, senza ancora essere in uno stato irreversibile di insolvenza³² in quanto, da un lato, implica un ripensamento della concezione della impresa che, se rimane un valore sostanzialmente privatistico, non tollera interventi pre-

ventivi che suppliscano alle deficienze gestionali dell'imprenditore; dall'altro, presuppone un'alta efficienza dei meccanismi di gestione della crisi, onde evitare che l'allerta si traduca in una repentina caduta in stato di fallimento³³. Una delle innovazioni di maggiore importanza contenute nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) consiste certamente nell'introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Tutti gli analisti concordano sul fatto che solo individuando e fronteggiando precocemente i sintomi di crisi si può sperare di conseguire l'obiettivo del risanamento e, quindi, di salvaguardare al tempo stesso la continuità dell'impresa, evitando la dispersione di valore spesso insita nelle procedure meramente liquidatorie – condizione, questa, che appare indispensabile anche per realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori³⁴. Si tratta di una scelta dettata dalla giusta considerazione che, nel nostro Paese, le procedure concorsuali sono ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo ad ogni costo, con il risultato che le imprese che depositano domanda di concordato preventivo sono per lo più in condizione di ormai irreversibile decozione. Il codice apporta significative novità anche sulla disciplina della gestione della crisi d'impresa, con particolare riferimento al concordato preventivo. La prima disposizione del capo del codice dedicato al concordato preventivo, l'art. 84, è una "norma-manifesto" che evidenzia, come indicato nella rubrica, le finalità della procedura: la soddisfazione dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio del debitore. Viene qui ribadita la funzionalità della continuazione d'impresa alla miglior soddisfazione dei creditori. Il risanamento dell'impresa in crisi e/o il mantenimento dei posti di lavoro possono quindi essere perseguiti – se e in quanto compatibili –, ma mai contro l'interesse dei creditori stessi. La salvaguardia dell'azienda e la tutela dei posti di lavoro ricevono comunque una particolare attenzione dal legislatore delegato, con l'ampliamento dell'ambito di applicazione del concordato con continuità aziendale indiretta, caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività in capo a un altro imprendi-

31. Come è noto, la mostruosa crescita dei crediti bancari (i cd. NPL), che sono maturati prevalentemente verso imprese insolventi, ha fatto sorgere perplessità sull'attitudine di quella disciplina a costituire la forma più efficiente di realizzazione del diritto di credito

32. V. De Sensi, *Il sistema*, op. cit.

33. Cfr. P. Pajardi, *Esecuzione concorsuale: unità ed alternatività dei procedimenti*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 223 ss., il quale affermava che «prevenire comporta una maturità mentale e sociale molto accentuata, vigendo ancora l'abitudine di intervenire per salvare il naufrago soltanto quando si è certi che non può più arrangiarsi da solo, cioè in definitiva quando è troppo tardi, mentre lo stesso naufrago non vuole aiuti condizionanti quando s'illude di poter fare con le proprie forze o con quelle reperite da lui».

34. Si tratta di un'esigenza ormai riconosciuta da tutti gli ordinamenti, che si rispecchia anche nei principi elaborati dall'Uncitral e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi d'impresa, oltre ad essere esplicitamente richiamata nella Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 12 marzo 2014, 2014/135/UE, e nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016 - COM(2016) 723, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=IT>.

tore in forza di cessione o conferimento d'azienda. Il concordato può ora essere preceduto da affitto³⁵, stipulato anche anteriormente purché in funzione della presentazione del ricorso. Sempre al fine di favorire la continuità aziendale, è stato esteso l'ambito di applicazione della norma che consente il pagamento dei crediti pregressi. Dal punto di vista dei soggetti beneficiari, l'art. 100 del codice, al fine di ovviare a una lacuna molto contestata, prevede che il tribunale possa autorizzare, alle medesime condizioni, anche il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. Sempre al fine di favorire la continuità, è stata introdotta una norma innovativa ed eccezionale, contenuta anch'essa nell'art. 100: in deroga alla regola della cristallizzazione del patrimonio, è consentito al debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, il pagamento alle scadenze convenute delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data. Tutto ciò a condizione che un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato, e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. La tutela dei posti di lavoro è favorita con l'imposizione dell'obbligo a carico del terzo – nell'ipotesi, quindi, di continuità indiretta – del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. La norma rappresenta una significativa novità rispetto all'attuale disciplina, che si disinteressa completamente della continuità successiva alla cessione o al conferimento (manca, invero, nella disciplina concordataria, come si è opportunamente rilevato in dottrina, una regola sulla valutazione dell'azienda che tenga conto del *badwill*, manca un riferimento all'affidabilità del cessionario e del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, non vi è alcun accenno al mantenimento dei livelli occupazionali né la previsione di un obbligo legale dell'acquirente dell'azienda di continuare l'attività, neanche per un tempo ridotto, che sono le caratteristiche richieste dal d.lgs n. 270/1999, art. 63, per la vendita dell'azienda in eser-

cizio nell'amministrazione straordinaria). Questo vuol dire che, almeno in parte, va riconsiderata l'ottica della ricollocazione sul mercato dell'azienda ceduta/conferita al terzo dall'imprenditore in concordato. Mentre attualmente la continuazione dell'attività avviene, essenzialmente, quale strumento di mantenimento dei valori aziendali nell'ottica di un miglior realizzo nell'interesse dei creditori, nella visione del codice a tale finalità si accompagna anche quella della realizzazione del risanamento dell'attività produttiva attraverso il mutamento della titolarità dell'impresa. In altre parole, l'imposizione del mantenimento di determinati livelli occupazionali rende più tangibile la tutela della continuità nella ricollocazione sul mercato dell'azienda, affinché un nuovo imprenditore possa risanare l'impresa e possa proseguire l'attività imprenditoriale utilizzando il complesso aziendale acquistato, dopo averlo opportunamente riorganizzato. Precetto, però, privo di reale efficacia dato che il suo mancato rispetto non potrebbe da solo determinare la risoluzione del concordato. La tutela dei lavoratori è, parimenti, accresciuta anche nel concordato cd. "misto". Secondo la regola generale dettata dal comma 3 dell'art. 84, la disciplina di favore della continuità si applicherà anche al piano di concordato che preveda la continuità aziendale e, nel contempo, la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale, ivi compresa la cessione del magazzino. La prevalenza si considera, però, sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa alla quale sono addetti un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti al momento del deposito del ricorso. Norma, questa, che appare poco in linea rispetto alla legge delega, che era di chiara e immediata interpretazione in relazione al criterio determinante per valutare se il concordato potesse o meno ritenersi in continuità aziendale (si legge, infatti, che «tale disciplina si applica anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale»). In altre parole, il parametro dei flussi di cassa dovrebbe al più ag-

35. Tematica che, ben prima dell'introduzione dell'art. 186-bis l.fall., aveva sempre rappresentato una delle problematiche centrali nell'analisi dei trasferimenti d'azienda in ambito concorsuale. Si vedano, in proposito, P. Liccardo, *Fallimento e metodologie di acquisizione dell'azienda*, in *Fall.*, 1997, pp. 661 ss.; L. Panzani, *Affitto d'azienda*, in *Fall.*, 1998, pp. 920 ss.

giungersi alla regola dettata dalla legge delega e ripresa dal primo periodo dell'art. 84, comma 3, ma non sostituirsi ad essa, come invece avviene con l'attuale formulazione, dove la presunzione assoluta di prevalenza (chiaramente espressa con l'avverbio «sempre») fa sì che si consideri concordato con continuità quello in cui i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa alla quale sono addetti un certo numero di lavoratori, anche se i creditori non sono soddisfatti in misura prevalente da tali ricavi. Il concordato liquidatorio, fermo restando l'obbligo del soddisfacimento del 20 per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario, è ora ammissibile solo nel caso in cui ai creditori siano messe a disposizione risorse ulteriori rispetto a quelle rappresentate dal patrimonio del debitore. In particolare, tali risorse aggiuntive devono incrementare la misura del soddisfacimento dei creditori chirografari di almeno il 10 per cento rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Il legislatore sembra quindi aver portato a compimento quel processo evolutivo che ha interessato la stessa fisionomia dell'impresa non più considerata come «riflesso dell'imprenditore e quindi come attività da esso esercitata (...), ma come autonoma organizzazione, suscettibile di vicende giuridiche unitarie, non identificanti né con le vicende dell'azienda, come mero complesso di beni e rapporti giuridici destinati all'attività imprenditrice, né con le vicende giuridiche dell'imprenditore»³⁶. La definitiva assunzione dell'impresa quale bene da preservare, in considerazione di quei valori economici connessi (anche) alla conservazione dei livelli occupazionali di cui la stessa è portatrice, muta o rischia di mutare anche il

peso che può vantare l'impresa stessa nel gioco degli equilibri con gli altri interessi coinvolti, in particolare con la posizione dei creditori. E ciò perché non è affatto scontato che il mantenimento della continuità aziendale sia sempre nell'interesse dei creditori. Ove essa produca perdite e l'azienda, anche in prospettiva, non abbia alcun valore, oltre a quello che deriva dalla somma dei suoi beni, continuare l'attività imprenditoriale può solo aggravare il quadro, poiché l'impresa assorbe più valore di quello che crea. La continuità aziendale rappresenta un bene che, dal punto di vista dei creditori, merita tutela solo se il complessivo valore del patrimonio del loro debitore possa ridursi, qualora l'attività d'impresa venisse interrotta. In tutte le ipotesi di continuità, i creditori sono normalmente esposti, in misura e per tempi dipendenti dalla struttura del piano di concordato, a un duplice rischio: riduzione dei valori e maturare della prededuzione. Ne deriva che, a fronte di un tale rafforzamento della tutela del valore «continuità d'impresa», ove non vanificare la sua funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori, il contenuto stesso del piano concordatario e le relative attestazioni dovranno essere puntuali e penetranti. Questo consentirebbe al tribunale di controllare in modo puntuale l'esistenza del vantaggio per i creditori nella continuità rispetto alla liquidazione³⁷ e la sua permanenza, con riferimento al periodo successivo al passaggio in giudicato del decreto di omologa, quando il controllo del tribunale sostanzialmente scompare in via definitiva, salvo eventualmente ricostituirsi a seguito del procedimento per la risoluzione del concordato che, ai sensi del novellato art. 119 del codice, può essere richiesta anche dal commissario giudiziale, su sollecitazione dei creditori.

36. In questi termini, A. Gambino, *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 564 ss.

37. La prospettiva non dovrebbe mutare neppure a seguito dell'entrata in vigore della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in corso di pubblicazione. Invero, ai sensi dell'art. 10, gli Stati membri provvedono affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente, e prevedano almeno che il piano di ristrutturazione superi la prova dell'interesse superiore del creditore, ovvero sia «la prova che nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe dalla liquidazione, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale» (vds. punto 27 della proposta già citata – *supra*, nota 34).

La *par condicio creditorum* al tempo del codice della crisi

di Massimo Fabiani

Il saggio si propone di esaminare quale sia stata l'evoluzione della *par condicio creditorum* dopo le riforme del 2005/2007 e quali potranno essere le prospettive dopo il codice della crisi, al cospetto di tanti segnali che sembrano indebolire tale principio. Un altro valore deve comunque fare da "collante" quando si distribuiscono le risorse ai creditori: esso può cogliersi nel miglior soddisfacimento di questi ultimi, quanto meno nelle procedure concordate di regolazione della crisi.

1. Preambolo / 2. La *par condicio* e il diritto civile / 3. *Par condicio* e insufficienza patrimoniale. Il debitore "civile" / 4. *Par condicio* e insufficienza patrimoniale. Il debitore "commerciale" / 5. *Par condicio* e concorso giudiziale / 6. Concorso e concorsualità nelle procedure / 7. Concorsualità e *par condicio* / 8. *Par condicio* e Costituzione / 9. *Par condicio* e selezione delle procedure concorsuali / 10. Le differenti forme di tutela nel diritto sostanziale e nel diritto processuale / 10.1. La *par condicio creditorum* vista dal prisma del processo / 11. La *par condicio* sostanziale nella legge del 1942 e la categoria dei privilegi / 12. *Par condicio* e azioni revocatorie / 13. *Par condicio* e prededuzione / 14. *Par condicio* e segregazioni patrimoniali / 15. *Par condicio* e classi / 16. *Par condicio* e continuità dell'impresa / 17. Le tutele rimediali all'affievolimento della *par condicio* / 18. L'azione risarcitoria per perdita di *chance* / 19. L'azione di nullità per violazione di norma imperativa / 20. L'azione risarcitoria contro l'autore dell'operazione preferenziale / 21. Conclusioni

1. Preambolo

Discutere di *par condicio creditorum*, ovvero del principio per il quale ai creditori dovrebbe essere assicurato un eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, è esercizio complesso¹. Se ne può

dibattere in chiave storica (antica e contemporanea), ma anche in chiave prospettica e, in particolare, con riferimento alle evoluzioni normative in atto innescate dalla legge delega n. 155/2017 di riforma organica delle procedure concorsuali² e dal successivo decreto legislativo n. 14/2019³.

1. L'ampiezza della materia e la necessità di contenere il contributo in un "taglio" editabile hanno reso inevitabile condire l'elaborato con una bibliografia essenziale e ci si scusa per le molteplici omissioni. In luogo di molti, vds. P. Gallo, *sub art. 2741*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet giuridica, Milano, 2016, p. 923; G. Amadio-F. Macario (a cura di), *Diritto civile*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 486; V. Roppo, *Par condicio creditorum*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet giuridica, Milano, 2008, pp. 529 ss.; J.M. Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 280; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 88; M. Rescigno, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 370; V. Colesanti, *Mito e realtà della par condicio creditorum*, in *Fallimento*, 1984, pp. 32 ss.; P.G. Jaeger, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 102; S. Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 23 ss.

2. F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 4.

3. La legge fallimentare è destinata (a cavallo di Ferragosto 2020) a essere sostituita dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Un

Affrontare un argomento in apparenza astratto appare quasi un esercizio eretico al cospetto delle tante questioni che vengono dibattute sul piano puramente tecnico. Le tecnicità, però, se vengono esaminate senza un chiaro inquadramento di sistema, rischiano di non trovare soluzioni coerenti perché la risoluzione dei problemi deve, sempre, derivare dall'armonia delle regole, e l'armonia delle regole reclama un approccio meno astretto nella pura tecnica⁴.

Quando si discute di *par condicio*, infatti, si ha a che fare con la dimensione di un principio che ha enormi ricadute pratiche; tuttavia, le soluzioni di tali questioni pratiche presuppongono talune scelte ideologiche e, a loro volta, le scelte ideologiche si fondano su giudizi di valore.

Ecco, allora, che il quesito cui dobbiamo rispondere nelle considerazioni che seguono, è al fondo un quesito "valoriale": è necessaria, o è (solo) utile, o è (solo) opportuna l'applicazione della *par condicio creditorum*? Oppure la possiamo mettere in disparte e dobbiamo andare alla ricerca di qualche altro principio che esprima un valore?

La risposta è, ovviamente, assai articolata per le ragioni che si esporranno.

2. La *par condicio* e il diritto civile

La semplice lettura degli artt. 2740 e 2741 cc disegna in modo sistematico qual è la questione di fondo che si vuole esaminare.

In primo luogo, l'art. 2740 cc esprime il principio, generalissimo, secondo il quale il creditore ha uno specifico diritto sul patrimonio del debitore⁵ perché, in caso di difetto di cooperazione, può farlo espropriare contro la volontà del debitore e ciò in quanto l'ordinamento processuale non si limita ad attribuire alla parte che ritiene di avere subito un torto (nel caso che qui interessa, il torto è il mancato pagamento di un debito) il diritto a ottenere un accertamento giu-

diziale; infatti, il vero presidio di tutela del diritto di credito è rappresentato dal principio per il quale il diritto alla garanzia patrimoniale si può attuare contro la volontà del debitore. In questo senso, si è soliti parlare di diritto alla attuazione della garanzia patrimoniale (art. 2910 cc).

Chiunque sia riconosciuto come creditore di una somma di denaro può far espropriare i beni del debitore perché i beni e, più in generale, il suo patrimonio costituiscono la garanzia del soddisfacimento della ragione di credito.

Non a caso, le disposizioni ancillari della tutela della garanzia patrimoniale sono rappresentate: 1) dal sequestro conservativo (art. 2905 cc), che mira a evitare la dispersione del patrimonio del debitore; 2) dall'azione surrogatoria (art. 2900 cc), che mira a evitare che il debitore, rimanendo inerte, pregiudichi il diritto del creditore anche sul patrimonio futuro; 3) dall'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 cc), che è funzionale a reprimere le condotte del debitore che abbiano portato alla diminuzione della garanzia patrimoniale⁶.

Se questo è il sistema orientato a offrire tutela al creditore, questo sistema è diretto a proteggere tutti i creditori, nel senso che ciascuno può esercitare i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale e, laddove persista l'inadempimento, può far espropriare i beni del debitore⁷. Un ordinamento che crede alla tutela dei diritti (e il nostro lo eleva a principio costituzionale fondamentale nell'art. 24 Cost.) deve fare in modo che chi ha subito un torto possa ricevere tutto e proprio tutto ciò che gli spetta⁸.

L'ordinamento, quindi, pone a disposizione di tutti i creditori la possibilità di reagire all'inadempimento del comune debitore, sì che occorre stabilire come organizzare l'esercizio plurimo di queste reazioni.

La disposizione di cui all'art. 2741 cc dice chiaramente cosa deve accadere quando più creditori vantano più pretese nei confronti del medesimo debitore; senonché le regole valgono quando si è in presenza

codice, dunque; il che induce a svariate riflessioni: vds. G. Doria, *La "dissolvenza" del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2019, p. 50.

4. V. Roppo, *Il diritto privato nel sistema giuridico*, in *Id.*, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016 (quinta edizione), p. 3; L. Balestra, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 25; P. Perlingerì, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 100; E. Navarreta, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 779.

5. P. Gallo, *sub art. 2740*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario, op. cit.*, p. 841.

6. R. Conte, *Il sequestro conservativo nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 11 ss.

7. L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Aa. Vv. (fondato da F. Vassalli), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1994, pp. 175 ss.

8. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 32 ss.; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 9.

di una patologia della gestione del patrimonio del debitore.

Si può, infatti, fondatamente sostenere che, in presenza di più obbligazioni passive, il debitore possa pagare chiunque, senza alcun obbligo di rispettare la *par condicio creditorum* sino a quando vi sia la prospettiva di un regolare soddisfacimento di tutti. Il debitore, imprenditore o no che sia, non deve distribuire le risorse in modo paritario fra i creditori, ma deve soddisfare i creditori secondo la fisiologia del rapporto, guardando innanzi tutto alla scadenza dell'obbligazione.

Quando non esiste una situazione di patologia, i criteri di esecuzione dei pagamenti sono tutt'affatto diversi da quelli ispirati al principio di parità. A tale conclusione si perviene quando si esamina la norma in tema di imputazione dei pagamenti. Nell'ambito del rapporto bilaterale creditore-debitore, se vi sono più obbligazioni⁹, il criterio di soddisfacimento non è quello della distribuzione paritaria percentuale (fra più ragioni di credito), ma quello della scadenza del debito e, poi, quello della protezione del debito meno garantito; la descrizione scalare contenuta nell'art. 1193 cc né è un esempio. L'imputazione del pagamento va fatta in modo proporzionale solo quando non soccorrono gli altri (e precedenti) criteri.

Il criterio di imputazione dei pagamenti può essere trasferito alla fattispecie nella quale non vi sono più debiti bilaterali, ma vi sono più debiti/crediti fra un debitore e più creditori. Anche in questo caso, le risorse disponibili nel patrimonio del debitore non vanno distribuite paritariamente, ma vanno attribuite ai singoli creditori in ragione, ad esempio, della scadenza del debito¹⁰.

Da queste prime e semplici riflessioni, sortisce già una prima, provvisoria, conclusione. Il principio della *par condicio creditorum* non è assoluto perché non va invocato quando il patrimonio del debitore è sufficiente a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori.

Ciò significa che la *par condicio* è disciplina che si applica solo quando più creditori concorrono sul patrimonio del debitore e quel patrimonio non è capiente per garantire il soddisfacimento di tutti.

Di *par condicio*, allora, si deve discutere solo in presenza di un concorso; cioè il concorso di più creditori su un patrimonio insufficiente.

3. *Par condicio* e insufficienza patrimoniale. Il debitore “civile”

La postulazione espressa in chiusura del paragrafo precedente deve, ora, essere più compiutamente dettagliata.

Dobbiamo chiederci, infatti, se il concorso sussista già per effetto di un patrimonio insufficiente, ovvero se di concorso si possa parlare solo quando è avviato un procedimento, singolare o collettivo, di attuazione della garanzia patrimoniale. L'interrogativo è il seguente: nel caso in cui il debitore avverta che il suo patrimonio non è in grado di far fronte a tutti i debiti contratti, deve osservare il principio di parità di trattamento, compreso il principio che differenzia creditori chirografari e creditori privilegiati? E, in questo caso, deve pagare dapprima i creditori privilegiati perché sarebbero costoro a essere preferiti in caso di fallimento (o di esecuzione singolare), o deve pagare i creditori chirografari in quanto meno garantiti (vds. art. 1193 cc), facendo affidamento sul fatto che poi, a fallimento dichiarato, i creditori privilegiati saranno trattati meglio?

Abbiamo visto che, in una situazione di fisiologia dei rapporti, i debiti chirografari debbono essere saldati prima di quelli privilegiati (a parità di scadenza), in quanto meno garantiti. Ma nel caso di uno scenario di patologia, il criterio si deve invertire e i creditori privilegiati vanno soddisfatti per primi. Come è agevole notare, l'insufficienza patrimoniale, da sola, può generare condotte avverse rispetto a quelle legittimamente poste in essere immediatamente prima. Il debitore deve assumere una condotta prudente e già allineata a una possibile distribuzione coattiva delle risorse. Vanno soddisfatti i creditori privilegiati sino a quando c'è liquidità per soddisfarli tutti e per intero; poi vanno remunerati gli altri in misura proporzionale.

Se questa è la soluzione, dal punto di vista pratico potrà spesso porsi il tema che pertiene alla difficoltà di verificare, costantemente e in modo aggiornato, se vi sia questa sufficienza del patrimonio; poiché non è sicuro che questo sia un comportamento esigibile, si potrebbe ben dire che la parità di trattamento vada invocata soltanto in presenza non solo di un concorso fra creditori, ma di un concorso che abbia il crisma della giurisdizionalità.

9. E. Damiani, *sub art. 1193 c.c.*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet giuridica, Milano, 2012, p. 520; A. Di Majo, *Pagamento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 567; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22639, in *Foro it.*, rep. 2013, voce *Obbligazioni in genere*, n. 51.

10. Secondo Cass., 12 luglio 2005, n. 14594, in *Foro it.*, rep. 2005, voce cit., n. 43, «*La disciplina dell'imputazione del pagamento, pur presupponendo l'esistenza di una pluralità di rapporti obbligatori omogenei tra le medesime parti, è applicabile analogicamente anche in presenza di una pluralità di creditori, qualora uno di essi sia legittimato a ricevere il pagamento sia in proprio che per conto dell'altro.*»

Per sciogliere questo enigma, il codice civile non è più sufficiente perché detta una regola, quella della irrevocabilità del pagamento dei debiti scaduti (art. 2901 cc), che rileva solo quando il debitore non è assoggettabile alla liquidazione giudiziale (e altre procedure coattive imposte, come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria).

Pertanto, poiché di fronte a un pagamento di un debito scaduto, il creditore rimasto insoddisfatto non ha strumenti di reazione nei confronti di chi si è avvantaggiato, quando il patrimonio del debitore non è in grado di generare risorse sufficienti dobbiamo concludere che, rispetto al debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, la sola insufficienza del patrimonio esclude l'applicazione della *par condicio*. Né la possibile concursualizzazione dell'insolvenza del debitore civile può modificare l'assetto, dal momento che nella procedura di liquidazione del debitore sovraindebitato (art. 274 d.lgs n. 14/2019) non esistono azioni simili alle revocatorie concorsuali. Anzi, è proprio da tale disposizione, che evoca l'esercitabilità dell'azione revocatoria ordinaria da parte del liquidatore, che si desume l'impraticabilità delle azioni revocatorie concorsuali.

Tuttavia, prima di dare per acquisita questa postulazione, occorre rilevare che quella condotta inesigibile rispetto al debitore civile non vale per l'imprenditore minore che, pur non soggetto a liquidazione giudiziale, deve dotarsi di misure o strumenti (vds. artt. 3 CCII e art. 2086 cc) idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e deve adottare senza indugio le reazioni adeguate. In tale contesto, mutato il quadro di riferimento normativo, ben si può predicare che l'imprenditore (senza alcuna ulteriore frammentazione), fin dall'apparire di uno scenario di crisi, avendo il dovere di intercettarlo con anticipo¹¹, sarà tenuto a rispettare l'ordine di graduazione verticale,

preferendo i creditori privilegiati a quelli chirografari senza più tener conto del criterio della scadenza.

4. Par condicio e insufficienza patrimoniale. Il debitore "commerciale"

Le nuove regole sopra precisate consentono agevolmente di superare le conclusioni cui si poteva giungere in precedenza, le quali, pur identiche negli effetti, muovevano da considerazioni munite di alcune asperità.

Infatti, occorre confrontarsi con la norma-paradigma in tema di concursualità, che è quella allocata nell'art. 166, comma 2, CCII, nella parte in cui si ammette che sono revocabili (anche) i pagamenti dei debiti scaduti, al contrario di quanto predica l'art. 2902 cc¹².

La volontà della legge di rendere instabili i pagamenti di debiti scaduti, pur nella cornice temporale di un semestre, induce a ritenere che il debitore che abbia consapevolezza dello stato di insolvenza in cui versa l'impresa deve assumere una condotta idonea a conservare la garanzia patrimoniale declinata, anche, come garanzia da conservare a protezione di tutti i creditori.

Questa postulazione, che di fatto coincide con quella ora predicabile, prima poteva essere revocata in dubbio ove si osservi che la revocabilità del pagamento del debito scaduto presuppone, anche, la consapevolezza nell'*accipiens* dello stato di decozione del debitore che esegue il pagamento¹³.

Ora, però, il codice della crisi consente di reperire un ulteriore appiglio che giustifica l'enunciata affermazione. Infatti, all'art. 4 CCII, là dove vengono stabiliti i doveri delle parti, si precisa che, nelle situazioni di crisi, il comportamento deve essere improntato

11. Per una diversa lettura sul modo in cui debbono orientarsi le scelte di gestione degli amministratori, vds. M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 35 ss. (per il quale il valore della tutela dei creditori entra sulla scena già in una situazione "grigia" della società) e P. Benazzo, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, in corso di pubblicazione (secondo il quale, invece, l'adeguatezza degli assetti organizzativi e la loro efficacia – ed efficienza – sono strumenti di tutela dei creditori sociali solo in via mediata: nel senso che la loro portanza può essere colta, più immediatamente e più fruttuosamente, se la si pensa essenzialmente in termini di opportunità per l'imprenditore); vds., anche con particolare riguardo all'adeguatezza degli assetti, N. Abriani e A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, n. 4/2019, p. 393; M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 125; F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 109.

12. M. Fabiani, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 196; S. Bonfatti, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Le azioni revocatorie*, in A. Jorio e B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2014, p. 198; M. Porzio, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in V. Buonocore e A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. II, Utet giuridica, Milano, 2010, p. 353.

13. E. Bertacchini, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Utet giuridica, Milano, 2006, p. 1380; G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, p. 86.

a correttezza e buona fede; all'evidenza, il precetto va applicato all'interno delle procedure di regolazione della crisi e nella fase delle trattative, ma ragionevolmente esprime un nuovo modo di approcciarsi alle crisi e, quindi, consente di affermare che ancor prima le condotte del debitore debbono proiettarsi sui possibili immanenti scenari di crisi e, pertanto, conformarsi (anticipatamente) alle condotte attese.

I pagamenti di debiti scaduti effettuati in un contesto di insolvenza sono inefficaci perché alterano il principio della parità di trattamento; il debitore-imprenditore non deve eseguirli automaticamente per il solo fatto che siano scaduti (e ciò, quindi, a prescindere dall'atteggiamento dell'*accipiens*) già prima, non appena avverte i segnali della crisi, perché a partire da quel momento la gestione dell'impresa deve essere funzionalizzata alla tutela dei creditori prima, dell'impresa e dei soci poi; questo non significa che la gestione debba essere (già) rigidamente conservativa, come imposto dall'art. 2486 cc, ma deve essere orientata alla tutela dei creditori. Tutto ciò vuol dire non ingessare l'impresa, ma proiettarla in uno scenario nel quale le ragioni dei creditori sono dominanti; in tale cornice sarà ben possibile effettuare dei pagamenti ad alcuni soltanto dei creditori, ma ciò potrà accadere al fine di implementare il valore dell'impresa. Infatti, anche se è vero che non esiste un'ipotesi di esenzione specifica, se si coniuga il miglior interesse dei creditori con l'esenzione di cui all'art. 166, comma 3, lett. a, CCII e con la valorizzazione delle esenzioni di cui alle lett. d ed e, deve ormai ritenersi immanente nel sistema che la tutela della *par condicio* è assicurata con la maggior protezione dei creditori.

Il fatto che la *par condicio* sia un presidio del concorso è ricavabile anche dalla disciplina penalistica e, segnatamente, dall'art. 322, comma 3 CCII, dove viene disegnata la fattispecie criminosa della cd. "banca-rotta preferenziale".

Sin qui si sono poste le basi per assumere che già l'insufficienza patrimoniale giustifica l'applicazione del principio della parità di trattamento – orientato ormai verso il miglior interesse dei creditori – perché una sua violazione è sanzionata dal sistema. In verità,

occorre anche stabilire se la sanzione dell'inefficacia del pagamento sia, da sola, sufficiente a far predicare che il debitore, al cospetto dell'insolvenza, deve modificare il proprio comportamento rispetto ai creditori. Il dubbio è alimentato dal fatto che il pagamento eseguito in violazione del principio della *par condicio* non è mai nullo, anche se rappresentativo di una fattispecie delittuosa.

A questo approdo è giunta da poco la Corte di cassazione, escludendo che l'atto in frode ai creditori sia affetto da nullità¹⁴, visto che la legge dipinge il caso come inefficacia. Le conclusioni assunte dalla Suprema corte appaiono, quanto meno, opinabili se la fattispecie può essere ascritta a quella criminosa di cui all'art. 322. Faticiamo a comprendere come un atto che è costitutivo di un reato possa non essere considerato nullo. Non è, infatti, condivisibile postulare che non c'è nullità per gli atti in frode ai creditori; infatti, il pagamento di un debito nella cornice dell'insolvenza non è solo un pagamento in frode dei creditori (art. 166 CCII), ma è anche un atto in frode alla legge perché la legge eleva a precetto penalmente sanzionato quello del rispetto della *par condicio*.

Pur nella non condivisione dell'affermazione del giudice di legittimità e dando, quindi, per scontato che l'unica sanzione invocabile sia l'inefficacia, resta il fatto che il pagamento del debito scaduto altera la *par condicio* e viola una regola di doveroso comportamento.

Queste riflessioni conclusive sono, altresì, avvalorate da due norme prelevate dal cd. "diritto societario della crisi". L'una è costituita dall'art. 2394 cc (ora riestesa alle srl con il nuovo art. 2476 cc), che espone gli organi sociali alla responsabilità per danni quando, in una situazione di crisi, non conservano il patrimonio¹⁵; l'altra è la stessa disposizione, ma in combinato disposto con l'art. 166 CCII, nella parte in cui si assume che gli organi sociali rispondano, anche e proprio, della lesione della *par condicio* quale violazione di una regola di condotta¹⁶.

Se rimettiamo un poco in ordine tutti i tasselli del mosaico, la scena che osserviamo vede al centro un patrimonio insufficiente (ma non ancora dichiarato

14. Per Cass., 28 settembre 2016, n. 19196, in *Foro it.*, rep. 2016, voce *Contratto in genere*, n. 407, «La violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, giacché l'art. 1418, 1° comma, c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti della norma, sicché, in assenza di un divieto generale di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, la stipulazione di un contratto di mutuo ipotecario in violazione dell'art. 216, 3° comma, l.fall., che punisce la condotta di bancarotta preferenziale, non dà luogo a nullità per illiceità di causa, ai sensi del citato art. 1418, ma costituisce il presupposto per la revocazione degli atti lesivi della *par condicio creditorum*»; per il versante penalistico, vds. C. Santoriello, *La posizione del creditore favori nel delitto di bancarotta preferenziale: le possibili responsabilità penali*, in *Società*, 2019, p. 233.

15. In luogo di molti, vds. A. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 16 ss.; F. Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 11 ss.

16. Cass., sez. unite, 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Fallimento*, 2017, 149; per due opposte letture, vds. G. Fauceglia, *Brevi note sul risar-*

tale giudizialmente) e, attorno, le pretese dei creditori che debbono essere soddisfatte secondo un criterio di parità di trattamento.

5. *Par condicio* e concorso giudiziale

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto che il debitore non deve rispettare la *par condicio* quando è in grado di soddisfare regolarmente le obbligazioni assunte; di poi abbiamo visto che, analogamente, non esiste un obbligo rispetto al debitore civile.

Al contrario, questo obbligo matura per il debitore/imprenditore assoggettabile alla liquidazione giudiziale o anche alla liquidazione da sovraindebitamento. Si tratta, ora, di fare il passo successivo e vedere cosa accade quando il concorso fra creditori si esprime all'interno di un procedimento espropriativo, singolare o collettivo che sia.

Quando crisi e insolvenza colpiscono un'impresa e, cioè, un soggetto giuridico ed economico che idealmente si colloca sul mercato e che, presuntivamente, intreccia una pluralità di relazioni commerciali, appare opportuno che all'incapacità del debitore di adempiere con ordinarietà alle proprie obbligazioni, l'ordinamento reagisca con un insieme di regole che, da una parte, siano dirette a perseguire il medesimo obiettivo delle procedure espropriative – cioè il soddisfacimento dei creditori –, ma che vadano anche oltre.

In primo luogo, queste regole debbono essere intese a disciplinare il fenomeno della patologia col potenziale coinvolgimento anche di coloro che non sono più creditori, ma che possono avere acquisito vantaggi asimmetrici rispetto ad altri e che si ritiene non debbano consolidarsi.

Questo fenomeno è notoriamente descritto come “concorso”¹⁷; il concorso dei più creditori sul medesimo patrimonio impegnato con la garanzia patrimoniale. Un concorso che si può realizzare anche nella procedura espropriativa – ne sono esplica-

zione sia l'istituto dell'intervento dei creditori (per vero declinato con limitazioni soggettive stringenti e assai opinabili, vds. art. 499 cpc), sia quello della successione di pignoramenti sugli stessi beni (vds., art. 493 cpc) –, ma con modalità statiche perché il patrimonio è solo quello che si seleziona al momento del pignoramento. È pur vero che questo patrimonio può comprendere anche beni che non appartengono al debitore (art. 2929-bis cc, art. 602 cpc), ma ciò deriva da una attività di tipo recuperatorio che il creditore promuove prima del concorso e non dopo che questo si è aperto.

Viceversa, dentro le procedure di crisi e di insolvenza, si assiste al fenomeno della *concorsualità dinamica* perché dopo che il patrimonio del debitore è acquisito, si possono sviluppare varie iniziative volte ad ampliarlo (come pure a restringere il passivo) e a coinvolgere un'ulteriore pluralità di soggetti, quali creditori già soddisfatti, così come parti *in bonis* di contratti pendenti al momento di apertura della procedura.

È difficile sostenere che la liquidazione giudiziale non sia un modello di esecuzione forzata¹⁸; anzi, se si vuole, è il modello per antonomasia dell'esecuzione forzata. Ciò nondimeno, possiamo anche precisare che la liquidazione giudiziale non si esaurisce nella funzione dell'espropriazione singolare perché nelle procedure di crisi e di insolvenza intercettiamo il valore dell'impresa come organizzazione¹⁹. L'espropriazione colpisce singoli beni, eventualmente una pluralità anche articolata di beni, ma pur sempre disaggregati.

Diversamente, quando la crisi e l'insolvenza riguardano un debitore che esercita una attività d'impresa, appare necessario valutare se l'impresa abbia, ancora, un valore residuo, ma tale da consentirne un'utile collocazione sul mercato, se sia possibile – in un periodo di transizione – recuperare economicità a quell'attività d'impresa, se la gestione unitaria del patrimonio sia più proficua di una gestione liquidatoria atomistica.

cimento dei danni per pagamenti preferenziali, in *Società*, 2017, p. 595 (contro la tesi affermata in decisione) e L. Balestra, *Azioni di responsabilità e legittimazione del curatore: la questione dei pagamenti preferenziali*, in *Fallimento*, 2017, p. 662 (a favore).

17. D. Galletti, *Il concorso nel fallimento*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Utet giuridica, Milano, 2016, p. 1252; A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXV, Giappichelli, Torino, 2012, p. 251; D. Vattermoli, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 46; V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa*, Luiss University Press, Roma, 2009, p. 195.

18. La contiguità fra fallimento ed esecuzione forzata è affermata con riguardo al trascinarsi degli effetti fra il pignoramento e la liquidazione fallimentare: vds. Cass., 30 luglio 2015, n. 1615, in *Foro it.*, rep. 2015, voce *Fallimento*, n. 298; Cass., 22 dicembre 2015, n. 25802, in *Foro it.*, rep. 2015, voce *cit.*, n. 431; è con la sentenza di fallimento che si apre il processo esecutivo: vds. Cass., 28 maggio 2012, n. 8432, in *Fallimento*, 2013, p. 28.

19. A. Rossi, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1; F. Pasquariello, *Gestione riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 19; G.C.M. Rivolta, *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 5 ss.

Pertanto, è l'essere impresa come soggetto operante su un mercato complesso che regge l'ideologia diffusa di disciplinarne i fenomeni patologici con un insieme di principi e di regole a essi dedicati.

Così, i valori fondanti una procedura di crisi e di insolvenza si ritrovano nella necessità di provvedere al miglior soddisfacimento dei creditori nel contesto dell'apertura di un concorso dinamico sul patrimonio del debitore che, a sua volta, sia gestito secondo canoni di organizzazione imprenditoriale funzionalizzata, quindi, al conseguimento del risultato di remunerare il credito²⁰.

Questa conclusione improntata alla prudenza non può essere, però, un punto di arrivo perché è poi utile spiegare quando ci si trova al cospetto di una procedura concorsuale.

Prima di svolgere questo passaggio, è importante precisare che il soddisfacimento dei creditori è, sì, una componente essenziale di una procedura di insolvenza, ma per scelte di politica economica può essere fortemente compressa quando l'ordinamento reputi prevalenti interessi diversi (da quelli dei creditori): uno fra tutti, l'interesse alla continuità dell'attività di impresa, a sua volta giustificato, ad esempio, dall'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali²¹. Questa deviazione è enfatizzata nell'amministrazione straordinaria della grandi imprese, ma un fattore di contaminazione fra interesse dei creditori e interesse al mantenimento dei livelli occupazionali è ora penetrato nel sistema ordinario con l'art. 84 CCII, sia nella parte in cui la forza lavoro è fattore di selezione della proposta concordataria con piano di continuità, sia nella parte in cui la tutela dell'impresa è un valore-fine posposto a quello dei creditori, ma non per questo necessariamente subvalente²².

Orbene, nel selezionare i fattori identificativi della ragione dell'esistenza di procedure di crisi e di insolvenza, al netto di altri istituti che pure vanno inclusi nel perimetro del diritto della crisi e dell'insolvenza, ci si avvede che, tutti, presuppongono la relazione patologica di un patrimonio rispetto a coloro che sul quel patrimonio vantano una pretesa.

La relazione patologica si forma quando si crea una crisi di cooperazione fra chi ha la disponibilità di

un patrimonio e non fa fronte alle obbligazioni contratte, rispetto alle quali quel patrimonio funge da garanzia, e chi, invece, ha erogato credito nell'aspettativa di poter trovare soddisfazione proprio su quel patrimonio.

Non c'è crisi o insolvenza in assenza di una rottura dell'equilibrio fra creditore e debitore. Si può discutere quanto si vuole, come presto si vedrà, sulla funzionalizzazione delle procedure concorsuali, ma è la crisi del rapporto dialogico "creditore – debitore" a innescare il bisogno di affrontare un percorso di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Di crisi (e insolvenza) in senso tecnico si potrà discutere quando chi amministra l'impresa avverta che la situazione di difficoltà si potrà (forse) superare solo coinvolgendo i terzi. Con ciò, vogliamo riferirci a una nozione giuridica di crisi che si allontana un po' da quella declinata nell'art. 2 CCII²³.

È ben probabile che la crisi del rapporto sia solo l'occasione e non la causa, ma tutti i protagonisti della scena dell'insolvenza vengono chiamati in causa dopo la rottura dell'equilibrio fra creditore e debitore.

E allora, se di una relazione di credito-debito non si può fare a meno (anche quando l'iniziativa sia affidata al pubblico ministero, ciò accade perché le relazioni commerciali non scorrono più sul binario della fisiologia), si percepisce che il diritto di cui ci occupiamo è diretto a disciplinare fenomeni che pertengono all'attuazione della garanzia patrimoniale.

Certo, il diritto della crisi e dell'insolvenza è cementato dall'idea che serva ad attuare la responsabilità patrimoniale, senza in esso esaurirsi.

Con diverse sfumature, gradatamente ascendenti, l'attuazione della responsabilità patrimoniale dovrà essere coniugata con altri valori – che, in talune situazioni, potrebbero finanche divenire dominanti –, ma la cornice costituzionale impedisce di negare che le procedure di crisi e di insolvenza non siano strumenti per consentire al creditore di ottenere tutto – e proprio tutto – ciò che un debitore inadempiente non ha voluto corrispondergli. È evidente che l'esito della procedura non potrà sempre essere pienamente, o anche solo parzialmente, soddisfacente per il creditore, perché ciò dipenderà in larga misura dalla capacità patrimoniale

20. In luogo di molti, A. Rossi, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 2017, p. 637; A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1099.

21. G. Meo, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3.

22. Sulle criticità dell'art. 84 CCII, vds. R. Brogi, *Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi* in *Fallimento*, 2019, in corso di pubblicazione; L. Stanghellini, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 449.

23. Mentre la nozione di insolvenza è rimasta invariata, il legislatore delegato ha definito «crisi»: *lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*; sulla criticità della formula, vds. A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fallimento*, 2019, p. 295; S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 29.

le dell'obbligato; ma gli strumenti di cui il creditore è dotato altri non sono: può realizzare coattivamente la responsabilità patrimoniale facendo espropriare i beni del debitore che costituiscono la garanzia generica del suo credito o tramite l'esecuzione individuale o tramite l'esecuzione collettiva-concorsuale. La liquidazione giudiziale è il mezzo (coattivo) di attuazione della responsabilità patrimoniale. In sostanza, quando il debitore non adempie alle proprie obbligazioni e riveste la soggettività dell'imprenditore, all'esecuzione individuale si sostituisce un'esecuzione collettiva universale, molto più invasiva, che assolve alla funzione primaria di soddisfare le ragioni dei creditori. È innegabile che i passaggi fondamentali dell'esecuzione espropriativa si ripetano nell'esecuzione concorsuale; i tratti comuni sono rappresentati dal fatto che, in ambedue i casi, di fronte a un debitore che non adempie, l'ordinamento stabilisce l'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria (e dei suoi ausiliari), intervento che si realizza con: 1) lo spossessamento (integrale o parziale, con vigilanza di organi designati dall'autorità giudiziaria); 2) la vendita dei beni; 3) la distribuzione delle risorse fra i creditori che hanno partecipato all'esecuzione.

Pertanto, neppure il più avanzato sostenitore della liquidazione giudiziale quale luogo di mera disciplina organizzativa della crisi d'impresa potrà negare che il fallimento è anche una procedura esecutiva perché: attua la responsabilità patrimoniale (art. 2740 cc) → in funzione della soddisfazione dei creditori, → contro la volontà del debitore, → privato del potere di disporre del suo patrimonio → e nel contesto di un processo che l'ordinamento statuale appresta allo scopo, con l'impiego di mezzi e strutture dell'apparato giurisdizionale. Con la differenza che tutto il patrimonio è coinvolto e che tutti i creditori ne sono partecipi, se lo vogliono.

La liquidazione giudiziale rappresenta il mezzo per realizzare contro la volontà del debitore la responsabilità patrimoniale (declamata nell'art. 2740 cc), da attuarsi secondo le regole della concorsualità invocabile le quante volte, sul medesimo patrimonio, concorrano almeno due pretese creditorie (art. 2741 cc).

6. Concorso e concorsualità nelle procedure

Di concorsualità si può discutere quando più creditori aspirano a soddisfarsi su un unico patrimonio; ciò

spiega perché, in questa lata accezione, l'esecuzione individuale si possa orientare con le regole della concorsualità e, per converso, come l'esecuzione concorsuale possa essere al servizio di un solo creditore, nel qual caso si potrà parlare di concorsualità solo potenziale.

La disposizione che lega la responsabilità patrimoniale all'esecuzione è quella dell'art. 2910 cc, là dove si stabilisce che il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore.

La lettura segnatamente processualistica del fallimento – e del fallimento come processo esecutivo – emergeva emblematicamente nell'art. 105 CCII (ora replicato negli artt. 214 e 216), là dove si dichiaravano applicabili le disposizioni del codice di procedura civile in tema di vendita forzata²⁴.

Molte cose sono però cambiate dal 1942 ad oggi, e la legge fallimentare – prima – e il codice della crisi – poi – non potevano non prenderne atto, dapprima attraverso una prudente e spesso saggia e illuminata lettura adeguatrice della giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) e, di poi, mediante la riscrittura delle regole.

Tuttavia, sarebbe incoerente, per valorizzare il profilo regolativo della crisi, dimenticare alcune caratteristiche strutturali che ci portano, oggi come ieri, a riconoscere nella liquidazione giudiziale una procedura esecutiva. Una procedura esecutiva di tenore più efficace le quante volte tutti gli strumenti che ne derivano siano in concreto attivati.

La concentrazione esecutiva (quella che, spesso, viene definita in termini di universalità) è forse il valore più interessante. Parliamo di concentrazione per dire che: 1) il fallimento apre un'espropriazione generale sui beni del debitore assorbendo le iniziative dei singoli (art. 150 CCII)²⁵; 2) gli effetti sostanziali del pignoramento si realizzano con la sentenza dichiarativa (e col vantaggio per il creditore di non doversi, per forza, munire di un titolo esecutivo), sì che un unico atto pone tutti i vincoli di indisponibilità; 3) il patrimonio aggredibile è potenzialmente più esteso di quello sottoponibile a esecuzione singolare per effetto dell'applicazione delle regole della concorsualità dinamica; 4) la concorsualità si estende ai rapporti giuridici, ai diritti, alle aspettative e cioè a tutte le posizioni giuridiche soggettive (attive e passive) riconducibili al debitore.

È sufficiente che questa concorsualità sia affermata come normalmente ricorrente, perché non è

24. S. Satta, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1990, p. 337; A. Bonsignori, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1986, p. 643.

25. Sul vincolo da spossessamento vds., *inter alia*, G. De Ferra e L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento per il fallito (art. 42-50)*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1986, pp. 13 ss.; per quanto attiene alla posizione dei creditori, vds. D. Galletti, *Il concorso nel fallimento*, *op. cit.*, p. 1257.

essenziale alla permanenza della procedura. Il creditore può volere l'applicazione delle regole concorsuali anche se sa bene di essere l'unico creditore rimasto e lo strumento della liquidazione giudiziale non può essergli negato²⁶.

7. Concorsualità e *par condicio*

Nei paragrafi che precedono, si è posto in evidenza che la radice della *par condicio* è il concorso, mentre sarebbe inesatto postulare che la *par condicio* sia la radice del concorso; le due espressioni sono spesso associate, ma non corrispondono al medesimo concetto.

Il principio della *par condicio* esprime il metodo con cui, *nella* concorsualità, si può attuare una regola di trattamento fra vari creditori concorrenti che ambiscono a godere della medesima garanzia patrimoniale; il criterio della parità di trattamento è alternativo al criterio della preferenza temporale, ma di per sé è *un* criterio, non *il* criterio per regolare i rapporti fra creditori²⁷. La concorsualità è una logica implicazione del principio (allocato nella norma sovrastante dell'art. 2740 cc) dell'universalità della responsabilità patrimoniale.

Nelle procedure liquidatorie, "pure" il principio della parità di trattamento, al netto delle cause di prelazione e, se si vuole, del dominio della prededuzione, è regola ancora attuale, pur se non più centrale, vista la coeva recessività delle azioni revocatorie concorsuali.

Nelle procedure concordate, ove pure si attua la responsabilità patrimoniale, l'inserimento nel sistema del nuovo fenomeno delle classi di creditori, quale strumento di flessibilità delle proposte di concordato, esalta le regole della negozialità al punto da divellere il principio della parità di trattamento, la quale, pur spesso praticata, non è più indispensabile. Non diversamente, la facoltà per il debitore di pagare soltanto alcuni dei creditori concorsuali (*cf.* art. 100 CCII)²⁸ fa strame della parità di trattamento in nome (o, forse, nel miraggio) della continuità imprenditoriale.

Prima di valutare se e in quale misura si sia assistito, nel corso del tempo, alla effettiva recessività del principio di parità di trattamento, occorre fissare una anticipata conclusione: il concorso altro non è che un

effetto naturale della pluralità – attuale o potenziale – dei creditori che aspirano a soddisfarsi sul medesimo patrimonio. Pertanto, la concorsualità è fenomeno endemico e non eludibile ogni volta che le risorse del debitore debbano essere distribuite secondo un preciso ordine di graduazione legale; al contrario, la *par condicio* ci può essere o non essere e, quando c'è, può risultare variamente modulabile.

A questa conclusione è lecito giungere una volta smarcato il quesito se, invece, la *par condicio* non sia espressione di un principio di diritto naturale, dotato di copertura costituzionale con l'art. 3 Cost. e, per l'effetto, non alterabile dal legislatore ordinario.

8. *Par condicio* e Costituzione

La *par condicio creditorum* sembra derivare dall'art. 2741 cc, là dove si stabilisce che i creditori hanno un eguale diritto sui beni del debitore, salve le cause di prelazione. Così intesa, la *par condicio* sarebbe una regola tendenziale, posto che l'esistenza di cause di prelazione la emargina. Da tempo si assume che questo principio sia ormai un miraggio per effetto del depotenziamento pubblicistico dell'istituto; infatti, se la *par condicio creditorum* era comunemente considerata trasversale a tutte le procedure concorsuali liquidatorie e anche ai concordati, oggi dobbiamo chiederci quante ragioni di quel principio si ritrovino nei concordati, per i quali è ormai possibile la frantumazione delle posizioni giuridiche nei molti rivoli delle diverse posizioni economiche, attraverso l'istituto della classi. Né va trascurato che già nelle procedure liquidatorie il principio è da tempo recessivo, se non altro, per due fattori: il più antico è costituito da un aumento smodato delle cause di prelazione e della prededuzione; il più recente è rappresentato dal notevole ridimensionamento dell'azione revocatoria concorsuale.

Come anticipato, un ulteriore (e decisivo) colpo alla *par condicio* è stato assestato dal legislatore quando ha ritenuto di impiantare anche nel nostro ordinamento l'istituto delle classi dei creditori, prima nel concordato dell'amministrazione straordinaria, ora trapiantato nei concordati (giudiziale e preventivo).

La previsione della suddivisione dei creditori in classi e, cioè, la formazione di gruppi di credito-

26. Quando il debitore ha pagato tutti i suoi creditori tranne uno e non ci sono beni residui, è evidente l'interesse del creditore ultimo, pur unico, a chiedere l'apertura del fallimento per aprire un concorso dinamico con i creditori (già) soddisfatti.

27. G. Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 51; A.C. Mimola, *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 86; A. Maisano, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7.

28. L.A. Bottai, *Il pagamento di debiti anteriori tra regole di efficienza e incalcolabilità del diritto*, in *Fallimento*, n. 2/2017, p. 225; G. D'Atorre, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 39; M. Falagiani, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo – Il nuovo art. 182 quinquies, 4° comma, l.fall.*, in *Fallimento*, 2014, p. 827.

ri omogenei (al fine di distribuire le risorse in modo asimmetrico) sembra confliggere con l'art. 2741 cc, disposizione che affonda la sua legittimazione – per non trascurabili settori della letteratura – in un principio di parità di trattamento che trova un possibile ascendente normativo nella Carta costituzionale (e cioè nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.) o, se si vuole, in un ancor più risalente principio di «diritto naturale»²⁹, talché tutto ciò che altera la *par condicio* potrebbe prestarsi a un sospetto di illegittimità costituzionale, ancorché gli artt. 85 e 240 CCII siano norme pari-ordinate³⁰.

In verità, da tempo il legislatore ha avviato un percorso di segregazione e compartimentazione del patrimonio responsabile (dai patrimoni separati del diritto societario ai vincoli impressi a tutela di solo alcuni creditori) e un parallelo percorso di funzionalizzazione di crediti e patrimoni in vista della regolazione della crisi.

In tale prospettiva, la concezione “naturalistica” della *par condicio* appare largamente superata dagli eventi. Anziché difenderla ad oltranza, appare decisamente più proficuo delimitarne l'esatto perimetro applicativo da una parte e, soprattutto, individuare un altro obiettivo parimenti meritevole che costituisca una riconoscibile “stella polare” per tutti i creditori.

9. *Par condicio* e selezione delle procedure concorsuali

Se si prendono a campione i soli articoli della parte generale del codice (da 1 a 11) si trova utilizzata, per ben quindici volte, l'espressione «*regolazione della crisi e dell'insolvenza*». La locuzione è nuova nel lessi-

co normativo, ma è prelevata da un'espressione conosciuta in dottrina ormai diversi anni fa³¹. È una locuzione che nel codice risulta essere preceduta, quasi sempre, dal termine «procedura/e», sì che viene subito a galla il dubbio se debba intendersi sostitutiva di “procedura concorsuale”. La questione è di particolare delicatezza, visto che la legge adopera frequentemente (al plurale o al singolare) questa coppia di parole, la quale, come è ben noto, non è racchiusa in alcuna norma definitoria né in alcun catalogo, ciò che ha reso oltre modo difficoltoso il cammino dell'interprete³².

Il codice della crisi è fonte di una addizione di criticità: da un lato, di “procedure concorsuali” si continua a parlare, sebbene in misura sporadica, nel codice, mentre moltissime sono le leggi, dei più svariati settori, in cui l'espressione compare e non è destinata a essere soppressa; dall'altro lato anche la locuzione “procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza”, ripetutamente invocata, è priva della cornice definitoria.

Convivono queste due espressioni e non si può fare a meno di pensare che il loro significato sia diverso e che i concetti giuridici ad esse correlati non coincidano affatto. Quando si discute di procedure concorsuali, si evoca la concorsualità che, a sua volta, reclama regole disciplinari specifiche; si ruota attorno alla questione, oggetto di un recente trittico di decisioni del Supremo collegio³³, se fra le procedure concorsuali vadano inclusi gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ora, però, lo scenario si è complicato perché, oltre alle procedure concorsuali, di per sé non definite, si sommano le procedure di regolazione della crisi, parimenti non definite. Per provare a sciogliere il nodo interpretativo, è importante passare in rassegna, da cima a fondo, tutte e proprio tutte le disposizioni nel-

29. Cfr. M. D'Amelio (a cura di), *Codice civile. Tutela dei diritti – Commentario*, Barbera, Firenze, 1943, p. 439; V. Colesanti, *Mito e realtà*, op. cit., p. 46. Una conferma della preesistenza della *par condicio* alle regole di tecnica normativa si può trarre dal fatto che il principio, considerato “di civiltà”, è presente nella gran parte degli ordinamenti giuridici (a partire dalla norma “ascendente” dell'art. 2093 *Code Napoleon*), eppure proprio nel nostro sistema presenta oggi incrinature tali da far dubitare che ancora assuma la funzione di principio; vds. F. Macario, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale*, in *Riv. società*, 2008, p. 104. Decisamente contrario a questa tesi è P. Schlesinger, *L'eguale diritto*, op. cit., p. 330, ad avviso del quale il principio di eguale trattamento è solo una regola applicativa che può essere invocata, senza enfasi, quando appaia la soluzione più ragionevole; sulla stessa linea, V. Andrioli, *Fallimento e atti che limitano la disponibilità dei beni*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 569; Gius. Tarzia, *Par aut dispar condicio creditorum*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 6; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 89.

30. C: Ferri, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del “nuovo” concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 562.

31. M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Utet giuridica, Milano, 2009, pp. 15 ss.; ma in termini simili anche M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, p. 587 e, più di recente, F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1114.

32. Per alcuni tentativi definitori, cfr. M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 7; M. Sandulli e G. D'Atorre, *Manuale delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 24; A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 147.

33. Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Foro it.*, 2018, I, 1275; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087 e Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, ambedue reperibili online sul sito www.ilcaso.it.

le quali appaiono le due locuzioni. Ad esempio, l'art. 6 CCII, che si occupa dei crediti prededucibili continua a utilizzare le parole «*procedure concorsuali*» (allineandosi all'art. 111 l.fall.), ciò che impone all'interprete di interrogarsi sulla spettanza della prededuzione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, al pari dell'interrogativo secondo il regime attuale.

Quando si trascorre a esaminare le disposizioni che contengono il riferimento alle «*procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*», ci si avvede subito che, per il luogo in cui l'espressione è utilizzata, la stessa, di sicuro, abbraccia anche la liquidazione giudiziale. La lettura dell'art. 40 CCII, dedicato al procedimento unitario, fa svanire ogni dubbio al riguardo. Ecco, dunque, che la circostanza che una procedura sia imposta o chiesta dal debitore perde di totale rilievo; sono procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza tutte quelle cui si può accedere mediante la presentazione della domanda di cui all'art. 40: quindi, liquidazione giudiziale, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti.

Pertanto, sia le procedure concorsuali che quelle regolatorie della crisi e dell'insolvenza includono tanto le procedure coattive che quelle volontarie, con il risultato che il perimetro delle procedure concorsuali sarà, di nuovo e a dispetto di altre letture, affidato all'opera dell'interprete³⁴.

E l'interprete, al cospetto delle affermazioni contenute nelle recenti decisioni della Suprema corte³⁵, dovrà stare ben piantato con i piedi per terra e rammentare che un'idea di procedura di concorso non può allontanarsi dai seguenti paradigmi: 1) la necessità di un provvedimento giudiziale di apertura che preveda la nomina di un giudice delegato e di un organo (curatore o commissario) a cui sia rimessa la gestione

della procedura o che ne vigili la conduzione; 2) l'universalità degli effetti che essa produce sul patrimonio del debitore (coinvolto per l'intero) e verso i creditori (tutti indistintamente); 3) l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari; 4) il principio della *par condicio creditorum* o, più precisamente, l'applicazione di un criterio rigido di distribuzione verticale fra i creditori delle risorse che provengono dalla liquidazione del patrimonio del debitore. In particolare, se nella procedura manca un ordine di distribuzione, parlare di procedura di concorso è, quanto meno, velleitario e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 57-61 CCII, collocati sotto il titolo «Sezione II – Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione») non contengono, neppure nella rinnovata disciplina, alcuna regola di distribuzione delle risorse.

Non è revocabile in dubbio che la Suprema corte, come sta già accadendo, reiteri la propria lettura concorsualizzante³⁶ e, tuttavia, il nuovo codice della crisi non offre sicuri approdi e le intitolazioni delle sezioni in cui è suddivisa la legge lascia aperta la soluzione: diversamente da quello che taluno potrebbe definire un vuoto dialogo ideologico, le conseguenze pratiche sono relevantissime, come si ricava dalla discussione sulla possibilità di applicare gli accordi di ristrutturazione alle imprese vigilate secondo il Tub³⁷.

10. Le differenti forme di tutela nel diritto sostanziale e nel diritto processuale

L'argomento della *par condicio creditorum* non è appannaggio di una sola disciplina giuridica. Non a

34. M. Fabiani, *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, in *Il caso*, 14 ottobre 2018, <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1054.pdf>.

35. «*La sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria ... Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio*». Forse la Corte di legittimità si è fatta prendere dal "perimetro immaginario", là dove ha incluso fra le procedure concorsuali persino le convenzioni di moratoria di cui all'art. 182-septies l.fall. (ora art. 62 CCII), che mai nessuno aveva avuto l'ardire di collocare nella concorsualità e che non prevedono alcun tipo di intervento omologatorio del giudice.

L'ultimo passaggio della motivazione è quella di "cifratura" della concorsualità, racchiusa fra: a) pubblicità del procedimento; b) coinvolgimento di tutti i creditori; c) interlocuzione con l'autorità giudiziaria ai fini protettivi (prima) e di controllo (poi). Orbene, la prova del nove della asistematicità della cifratura si coglie nell'empito dei giudici di legittimità di aver voluto inglobare la convenzione di moratoria che, tutti ben sanno, non produce alcun effetto protettivo sul patrimonio del debitore.

36. In dottrina, per tutti, C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una «procedura concorsuale»: la cassazione completa il percorso*, in *Fallimento*, 2018, p. 988.

37. Per l'ammissibilità, cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2018, ined.; Trib. Milano, 10 novembre 2016, ined.

caso, di tale argomento si sono occupate la letteratura civilistica, quella commercialistica e quella processualcivilistica³⁸.

Merita spiegare la ragione del perché ciò sia accaduto; la ragione, se si vuole, è di facile intuizione. La parità di trattamento pertiene sia al fenomeno della distribuzione delle risorse sia al fenomeno dell'accesso alla distribuzione delle risorse. E allora, forse, prima si dovrebbe indagare il fenomeno processuale, perché va risolto preliminarmente, e poi quello sostanziale, senonché, quando si è soliti discutere di declino della *par condicio*, si concentra l'attenzione sulla recessività sostanziale: classi, revocatorie affievolite, proliferazione delle cause di prelazione, esplosione della prededuzione sono tutti fattori che impattano sulla distribuzione delle risorse.

Assai diverse debbono essere, invece, le riflessioni da svolgere quando si ha di mira il tema dell'accesso alla distribuzione delle risorse.

Al momento, in un periodo di limbo che trova la sua fonte nei processi riformatori domestici ed europei, si può notare che la *par condicio* in chiave processuale non si è (davvero) indebolita e che, anzi, si è cercato di proteggerla con varie modalità, talune anche "aggressive".

In questa cornice, partiremo proprio dalla disamina dello stato dell'arte della *par condicio* nel processo.

10.1. La *par condicio creditorum* vista dal prisma del processo

Quando si attua la garanzia patrimoniale all'interno di un procedimento esecutivo (volontario o coattivo) occorre, prima di tutto, pensare a come si forma una massa attiva sulla quale poi i creditori potranno soddisfarsi.

Questa massa attiva si forma in virtù di un principio segregativo in forza del quale, una volta che è decollata un'iniziativa esecutiva, il patrimonio colpito non può essere distratto dall'assolvimento della ga-

ranzia patrimoniale, salvo che non vengano accertati diritti dei terzi sui beni³⁹.

Da questo punto di vista, possiamo allora osservare che, nei procedimenti concorsuali, la *par condicio* ha preso vigore perché sono stati marginalizzati i casi in cui qualcuno dei creditori può far da sé e sono state, invece, potenziate le circostanze che giustificano l'imposizione di un vincolo sui beni del debitore in tempi anticipati rispetto al passato.

Quanto al primo aspetto, va segnalato che nella liquidazione giudiziale non sono più previste esecuzioni speciali, lasciandosi soltanto agli istituti di credito che hanno erogato credito fondiario la possibilità di iniziare o proseguire un processo esecutivo individuale, visto che il legislatore delegato non ha attuato il criterio di legge delega orientato a far assorbire progressivamente nel tempo questi privilegi⁴⁰. Tuttavia, come ha ben colto, e in più occasioni, la giurisprudenza, alla banca fondiaria viene riconosciuto, soltanto, il diritto di agire esecutivamente senza potersi sottrarre al concorso sostanziale⁴¹. In tal senso, qui, vi è effettivamente una breccia nella regola della *par condicio* processuale, ma poi la parità si ristabilisce rapidamente nel momento in cui la distribuzione delle risorse deve avvenire. La previsione dell'autonomia dell'esecuzione fondiaria rappresenta, sì, un granello di sabbia nell'ingranaggio paritario, ma guardando al passato la situazione non è certo peggiorata.

Un maggiore rispetto della parità di trattamento processuale si ritrova nella previsione (artt. 150 e 54 CCII) secondo la quale il divieto delle azioni esecutive si estende anche ai creditori prededucibili e, cioè, a quei creditori che sorgono solo col concorso e che non dovrebbero competere con i creditori anteriori⁴². Il loro diritto di antergazione viene, però, limitato alla posizione sostanziale di preferenza, mentre la tutela processuale non è più esaltata.

In passato si discuteva se il creditore prededucibile potesse aggredire il patrimonio del debitore insolvente in conflitto con il vincolo segregativo, ma l'attuale tessuto normativo esclude in radice quella

38. Gius. Tarzia, *Par aut dispar condicio creditorum?*, *op. cit.*, p. 1.

39. Parliamo delle azioni di rivendica e di restituzione nel fallimento (art. 103 CCII) e delle opposizioni di terzo all'esecuzione (art. 619 cpc). Vds. L. Baccaglioni, *Limiti probatori e azione di rivendica nel fallimento: un regolamento di confini tra l'art. 621 c.p.c. e le altre norme in materia di divieto di prova per testimoni*, in *Fallimento*, 2016, p. 702; G.P. Macagno, *La domanda di rivendica/restituzione*, in *Fallimento*, 2011, p. 1049; A. Castagnola, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 361.

40. L'art. 7, comma 4, l. n. 155/2017 prevedeva: «escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari; prevedere, in ogni caso, che il privilegio fondiario continui ad operare sino alla scadenza del secondo anno successivo a quello di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui all'articolo 1».

41. Cass., 28 settembre 2018, n. 23482, in *Foro it.*, rep. 2018, voce *Fallimento*, n. 435; Cass., 30 marzo 2015, n. 6377, in *Fallimento*, 2015, 784; in dottrina, M. Montanari, *La realizzazione dei crediti fondiari nel fallimento*, in *Il caso*, 4 settembre 2018, <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1044.pdf>; F. Casa, *Appunti sul credito fondiario tra privilegio processuale e concorso formale*, in *Fallimento*, 2015, p. 786.

42. Cass., 9 gennaio 2013, n. 339, in *Fallimento*, 2013, 937; Cass., 22 luglio 2004, n. 13647, in *Foro it.*, rep. 2004, voce *Liquidazione coatta amministrativa e ammin. straord.* n. 68; in dottrina, D. Galletti, *Il concorso nel fallimento*, *op. cit.*, p. 1282.

possibilità.

Pertanto, anche da questo punto di vista, certo non si può parlare di regressione della parità di trattamento.

Vi sono, ancora, segnali di altro tipo che inducono a postulare che la tutela della *par condicio* non si sia affievolita in chiave processuale.

Gli artt. 150 e 54 CCII hanno infatti ampliato la platea dei soggetti che restano assoggettati al vincolo segregativo; infatti, in passato, il divieto riguardava le azioni esecutive e non anche quelle cautelari. È ben vero che, in via interpretativa, si tendeva a estendere il divieto anche alle iniziative cautelari⁴³, ma non si può che prendere atto che il legislatore ha ritenuto importante trasformare in diritto positivo ciò che prima era solo una interpretazione⁴⁴.

La protezione da aggressioni individuali è stata, poi, ulteriormente estesa per effetto della anticipazione del divieto di cui all'art. 54 CCII al momento della pubblicazione della domanda di concordato (pur se l'effetto è solo semi-automatico, dipendendo dalla richiesta del debitore e pur se la stabilità dell'effetto può venire meno per decisione del giudice)⁴⁵, talché i creditori si avvantaggiano della segregazione patrimoniale sin da un tempo che può essere lontano rispetto a quando il debitore scoprirà le sue carte da giocare sul tavolo della crisi.

In parte diversa mi pare sia la funzione del divieto di azioni esecutive e cautelari correlato al ricorso per omologazione di un accordo di ristrutturazione, o al ricorso per il pre-accordo di ristrutturazione. Se, infatti, possiamo condividere la tesi per la quale negli accordi di ristrutturazione il debitore può scegliere

con chi trovare un'intesa senza doverli coinvolgere tutti e se rileviamo che a ogni creditore il debitore può proporre un soddisfacimento diverso⁴⁶, ecco allora che la funzione protettiva del divieto non è più quella di assicurare la *par condicio*, ma quella (1) di agevolare il debitore nelle trattative per giungere a un accordo (art. 54, CCII) e quella (2) di assicurare ai creditori aderenti il trattamento pattizio e ai creditori non aderenti il pagamento integrale, il che, al fondo, significa che il divieto mira a garantire un miglior soddisfacimento dei creditori⁴⁷.

In questo caso, assumere che gli accordi di ristrutturazione possano entrare nella nomenclatura delle procedure concorsuali è esercizio indifferente perché, anche accedendo a questa soluzione, deve escludersi un pari diritto dei creditori alla distribuzione delle risorse. Se mai, la questione si ripropone con riferimento agli accordi con efficacia estesa (art. 61 CCII), là dove si ripropone un embrione, ma solo per categoria, del principio di parità di trattamento⁴⁸.

L'esame delle disposizioni sopra enunciate consente, allora, di predicare che negli ultimi anni vi è stato un rafforzamento della *par condicio* che attiene alla segregazione del patrimonio del debitore⁴⁹.

11. La *par condicio* sostanziale nella legge del 1942 e la categoria dei privilegi

Vediamo, ora, quali erano i presidi a tutela della *par condicio creditorum* nell'impianto normativo espresso nel rd 16 marzo 1942, n. 267.

43. Cass., 18 gennaio 1995, n. 520, in *Fallimento*, 1995, p. 837.

44. Cass., 5 aprile 2013, n. 8425, in *Foro it.*, rep. 2013, voce *Fallimento*, n. 329; Trib. Padova, 22 maggio 2007, in *Fallimento*, 2008, 593; E. Staunovo Polacco, *Il divieto di azioni cautelari e i procedimenti di istruzione preventiva nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2008, p. 1341.

45. Per un primo inquadramento, vds. M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, in corso di pubblicazione; I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, n. 4/2019, p. 438; prima del codice della crisi, vds. V. Baroncini, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 30.

46. Si tratta di affermazione ampiamente condivisa. Vds. M. Onorato, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, ETS, Pisa, 2017, p. 85; F. Guerrera, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in F. Barachini (a cura di), *Il diritto dell'impresa in crisi tra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 131; C.L. Appio, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 81.

47. R. Rosapepe, *La tutela cautelare nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in F. Fimmanò (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 205; L. Masi, *L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito*, in *Fallimento*, 2012, p. 1365; G. Carmelino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, 6° comma*, in *Fallimento*, 2011, p. 1222.

48. T. Tomasi, *Impresa in crisi e creditore bancario*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 216; A. Zorzi, *L'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (art. 182 septies l.fall.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 405; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 449.

49. Si consideri che è proprio nella procedura di fallimento oggi, e di liquidazione domani, che si enfatizza un vincolo di segregazione (a favore dei creditori). Vds. A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 63 ss.

Nella legge fallimentare, testo originario, il tema della parità di trattamento fra i creditori era indirettamente incentrato sull'art. 111 l.fall., la norma che disciplina la distribuzione delle risorse acquisite dal patrimonio del debitore. Questa disposizione prevedeva (e ancora prevede, ma con importanti deviazioni) che le risorse da destinare ai creditori fossero da ripartire in modo degradante (e, dunque, non paritario) fra spese, debiti contratti per l'amministrazione della procedura (ed esercizio provvisorio), debiti prelatizi e debiti chirografari.

Pertanto, l'applicazione del principio della *par condicio* derivava dall'implicita importazione della regola di cui all'art. 2741 cc, con l'incursione della antergazione dei debiti afferenti, a vario titolo, alla procedura.

Parlare di *par condicio* significava, quindi, testare la normativa fallimentare con quella discendente dal codice civile e dalle leggi complementari. In quel periodo storico, però, la gran parte delle cause di prelazione, ipoteca, pegno e privilegio erano collocate proprio nel codice civile. Di poi, nel corso del tempo, abbiamo assistito a una continua, incessante e debordante proliferazione di nuove cause di prelazione: nuovi privilegi speciali e generali, mentre i diritti reali di garanzia non hanno subito scossoni per lungo tempo e, cioè, sino a quando non si è diffuso nella prassi il cd. "pegno irregolare"⁵⁰ e, più di recente, sino all'introduzione del cd. "pegno non possessorio"⁵¹. I privilegi che il legislatore ha voluto introdurre nel corso del tempo si sono sempre sovrapposti a quelli già vigenti, con il risultato di elidere progressivamente il comparto dei creditori chirografari.

Sappiamo che l'attribuzione a un diritto di credito del privilegio è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore che, in ragione della qualità del credito, ritiene che quella posizione sia particolarmente meritevole e tale da giustificare il superamento della *par condicio*.

È sin troppo ovvio che il passare del tempo rende giustificabili nuovi privilegi ma, al contempo, dovrebbe anche renderne non più giustificabili altri. Ciò nondimeno, il legislatore si è sempre preoccupato di aggiungere e mai di togliere anche se, in via di fatto, più si collocano in grado preminente certi privilegi, più gli altri scivolano verso il basso e vengono marginalizzati. Poiché frequentemente i patrimoni dei debitori non sono sufficienti a soddisfare il "monte dei

crediti privilegiati", ecco che i creditori che detengono un privilegio, ma sono collocati in basso nella graduatoria, vengono spesso a posizionarsi in posizione più prossima a quella dei creditori chirografari.

Proprio la circostanza che l'attribuzione di un privilegio trovi la sua fonte nella discrezionalità del legislatore ha quasi sempre impedito un intervento correttivo del giudice delle leggi. Su questo terreno, la Corte costituzionale si è sempre espressa con grande prudenza.

Uno scenario così articolato e complesso è, finalmente, giunto all'attenzione del legislatore, che con la legge delega n. 155/2017 ha preso posizione, stabilendo di ridurre e rivedere i privilegi; sennonché, la materia è così complessa che il legislatore delegato ha preferito abdicare e, sul punto, la delega è ormai scaduta, sì che non v'è da attendersi a breve una potatura delle cause di prelazione. Da questo punto di vista, quindi, il rispetto della parità di trattamento scontrerà ancora molti limiti.

12. *Par condicio* e azioni revocatorie

L'istituto concorsuale che emblematicamente esprime il principio della *par condicio* alligna nelle norme in tema di revocatoria fallimentare e, soprattutto, in quello che è ora l'art. 171 CCII.

Non vi era alcun dubbio, sin dagli albori della legge fallimentare, che l'azione revocatoria fosse uno strumento destinato ad ampliare la platea dei creditori sui quali il dissesto del comune debitore dovesse incidere.

Infatti, con l'azione revocatoria fallimentare non veniva solamente esteso il periodo sospetto rispetto a quello dell'azione revocatoria ordinaria, ma si voleva anche riportare il creditore soccombente nell'azione revocatoria nella identica posizione che avrebbe rivestito se l'atto pregiudizievole non fosse stato compiuto, così da generare una postuma *par condicio* anche a favore del creditore "revocato"; tutto ciò rappresentava un superamento del disposto dell'art. 2902 cc, che pospone nel processo esecutivo tale creditore rispetto a quello che agisce in revocatoria⁵².

Ma che l'azione revocatoria fallimentare fosse divenuta, ancor di più, l'estremo baluardo del rispetto della *par condicio*, si deve a quella intuizione dottrina che estromise il fattore-danno dai presupposti

50. G. Presti, *Il pegno irregolare: profili ricostruttivi e di disciplina fallimentare*, in *Vita not.*, 2001, p. 29.

51. C. Avolio, *Il pegno non possessorio nel fallimento*, in *Giur. comm.*, n. 2/2019, I, p. 267; M. Campobasso, *Il pegno non possessorio – «Pegno», ma non troppo*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, p. 703; E. Gabrielli, *Pegno «non possessorio» e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 241.

52. G. Ferri jr., *Le pretese del terzo revocato nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 143.

per l'accoglimento dell'azione⁵³. L'ingresso e poi la condivisione della teoria anti-indennitaria diedero fuoco alle polveri e, da quel momento in poi (ci posizioniamo all'inizio degli anni settanta), si assistette a una vera e propria esplosione delle azioni revocatorie fallimentari, che si rivelarono il polmone finanziario più consistente per le procedure fallimentari.

Tutto ruotava attorno all'idea che, nella revocatoria fallimentare, non assumesse rilievo decisivo la prova dell'esistenza di un pregiudizio al patrimonio del fallito, in quanto ciò che rilevava davvero era l'alterazione della parità di trattamento. Il danno era costituito, proprio, dalla violazione del principio civilistico della pari distribuzione delle risorse fra creditori.

Il fenomeno della revocatoria fallimentare si alimentò, poi, anche in virtù del concorrente fenomeno della successione di procedure concorsuali. A partire dalla crisi economica degli anni settanta, divenne sempre più diffuso un preciso schema: l'impresa in crisi provava a percorrere la via dell'amministrazione controllata; poi, al termine del periodo, verificato che la difficoltà temporanea era vera insolvenza, si virava verso il concordato preventivo e da qui, in non pochi casi, si trascinava nel fallimento. Tutto ciò è passato alla storia del diritto fallimentare come "teoria della consecuzione", sì che gli effetti dell'ultima procedura (il fallimento) venivano fatti decorrere a far data dalla prima (l'amministrazione controllata). Il risultato che ne sortiva era devastante perché il periodo sospetto copriva il biennio anteriore alla prima procedura, e quindi potevano essere oggetto di azione revocatoria fallimentare atti compiuti anche una decina d'anni prima del fallimento, cumulando il periodo sospetto al termine quinquennale di prescrizione dell'azione.

Non a caso, l'attuale art. 170 CCII, per impedire questo effetto, stabilisce in cinque anni dal compimento dell'atto il limite ultimo per l'esercizio dell'azione.

La degenerazione dell'azione revocatoria indotta dalla teoria della consecuzione si cumulò con il ripu-

dio dell'azione da parte degli istituti di credito nei cui confronti veniva promossa la gran parte di tali azioni.

Per circa un decennio, fra il 1995 e il 2005, non v'era convegno nel quale non si parlasse delle azioni revocatorie sulle rimesse bancarie; numerosissime erano le sentenze che si occupavano di tale questione e, ovviamente, molteplici erano le voci di dissenso e le richieste di cambiamento della legge⁵⁴.

Dopo una serie di sfiananti tentativi e dopo la creazione di molteplici esenzioni correlate a particolari rapporti creditorî (si pensi alle esenzioni per le operazioni di cartolarizzazione, a quelle per la cessione dei crediti d'impresa, a quelle per le garanzie finanziarie, a quelle a favore di erario ed enti previdenziali⁵⁵), il dl n. 35/2005 riscrive la storia del diritto fallimentare con pochi, ma decisivi ritocchi. La nuova strutturazione dell'art. 67 l.fall. si fondava sul dimezzamento del periodo sospetto e, soprattutto, sull'inserimento di un novello terzo comma, che contiene una variegata serie di esenzioni⁵⁶, fra le quali, ovviamente, quella riferita alle operazioni bancarie.

Il diritto fallimentare cambia radicalmente in quella occasione, posto che le ulteriori, ritmiche, riforme non sono più intervenute – se non in misura davvero marginale – sulla struttura, sulla natura e sulla funzione dell'azione revocatoria fallimentare.

Si è parlato di depotenziamento dell'azione revocatoria⁵⁷ o persino di smantellamento, ma ciò che è sicuro – perché i dati statistici lo confermano – è il fatto che l'azione non è più al centro del sistema del concorso, non è più il paradigma della "concorsualità sistematizzata". È ben vero che la legge non l'ha formalmente soppressa, ma l'esperienza ci dice che le azioni che vengono intraprese rappresentano quantitativamente una ridottissima percentuale rispetto al passato.

Accade, così, che le aspettative dei creditori di fare affidamento anche su risorse che affluiscano da coloro che si sono avvantaggiati si siano ampiamente prosciugate. Ne consegue che i creditori più forti, e cioè capaci di farsi pagare, scontano solo un minimo rischio revocatorio; il presidio della *par condicio* è,

53. A. Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970, p. 241.

54. C. Costa, *La revocatoria fallimentare ed il progetto di riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 139; S. Fortunato, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, in *Fallimento*, 2004, p. 340; M. Fabiani, *La revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma*, in *Foro it.*, V, 2001, p. 250; Gius. Tarzia, *La revocatoria dei pagamenti nei progetti di riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 835.

55. Gior. Tarzia, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, p. 835.

56. G.B. Nardecchia, *Le nuove esenzioni del 3° comma dell'art. 67 l.fall.*, in *Fallimento*, 2009, p. 14; D. Galletti, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 163; B. Meoli, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 207.

57. M. Lubrano Di Scorpaniello, *Le regole di distribuzione dell'attivo tra vecchio e nuovo*, in G. Palmieri (a cura di), *Temi del nuovo diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 180.

piuttosto, assegnato alla tutela penale, sotto il vessillo della bancarotta preferenziale. Vi sono molti comportamenti che i creditori decidono di non assumere al fine di non imbattersi nel rischio dell'imputazione penale per concorso in bancarotta. Tutto ciò ha provocato un disallineamento non facile da far comprendere perché vi sono condotte sicuramente lesive della *par condicio*, ma poste al riparo del tempo trascorso, che tuttavia restano parallelamente illecite perché in conflitto con la norma penale.

Poi, in concreto, il rischio dell'incriminazione pervade, soprattutto, quelle situazioni nelle quali le operazioni da compiere hanno un impatto economico più rilevante. Per le operazioni minori, il timore della revocatoria è quasi disinnescato.

Il codice della crisi lascia intatto il perimetro applicativo delle azioni revocatorie senza tener in debito conto le riforme sulle cd. "procedure preventive di allerta e composizione assistita della crisi"; l'unica concessione è affidata al contenuto ampliamento del periodo sospetto, che non decorre più dall'apertura del concorso, ma dal formale deposito della domanda dalla quale è germinata la sentenza che apre la liquidazione giudiziale. Di fatto si è, così, neutralizzato il tempo del procedimento istruttorio nel quale è contenuta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale (cfr. artt. 163 ss. CCII).

L'indifferenza verso le azioni revocatorie concorsuali deriva, forse, dall'assenza di volontà di effettuare una decisa scelta di campo fra tutela del credito e tutela della continuità d'impresa. È, infatti, noto quanto si discuta se sia preferibile istituire attorno all'impresa il "cordone sanitario" indotto dal rischio revocatorio, con l'effetto di spingere l'acceleratore della crisi verso l'insolvenza⁵⁸, oppure se sia più utile attenuare quel rischio, lasciare che gli operatori continuino a dialogare con l'impresa in crisi, affrontare un percorso di regolazione della crisi e salvare il valore residuo dell'impresa⁵⁹.

L'opzione fra due soluzioni così radicalmente diverse non può essere una soluzione di compromesso. In verità, una risposta non può che essere modulare, perché dipenderà dalla tipologia del creditore che agisce per il recupero del credito, dal posizionamento dell'impresa sul mercato – e qui sarà decisiva la capacità del mercato di assorbire il valore dell'impresa.

Le dispute ideologiche sono stimolanti, ma poi sono la vita dell'impresa e la vita dei suoi creditori a costituire il valore cui deve tendere la legge.

Il tessuto normativo attuale è ambiguo. Da un lato, riscontriamo la debolezza del sistema revocatorio e, quindi, potremmo essere indotti a pensare che la legge preferisce il valore della continuità dell'impresa; la previsione di un *favor* per il concordato in continuità e, addirittura, la netta preferenza della continuità nelle procedure di amministrazione straordinaria⁶⁰ sembrerebbero dirci che si è intrapresa la strada del valore del risanamento. Ma poi, se leggiamo le regole del concordato, immediatamente cogliamo che il *favor* verso la continuità è (ancora) solo un mezzo per assicurare ai creditori il loro miglior soddisfacimento, nonostante le recenti contaminazioni con l'amministrazione straordinaria.

Tanto nella attualità, quanto nelle proiezioni del codice della crisi cogliamo, dunque, profili di ambiguità sistemica, in quanto non c'è piena condivisione sulle finalità degli strumenti di regolazione di crisi e insolvenza.

Il problema non è tanto l'alternativa "conservazione *vs.* liquidazione", quanto verificare *dove* si posiziona il valore. È patrimonio condiviso la circostanza che, se la conservazione dell'impresa genera un valore che si risolve in un migliore soddisfacimento dei creditori, la conservazione dell'attività sarà la scelta da fare⁶¹.

Quando, invece, la conservazione dell'impresa non genera valore (o un valore sufficiente) per remunerare i creditori anteriori, ma consente pur sempre il superamento della crisi, ci troviamo di fronte a un conflitto perché dobbiamo stabilire se abbandonare i vecchi creditori al loro destino (quello del mancato soddisfacimento) sia premiante per favorire il mercato, o se, invece, il mancato soddisfacimento si risolva, sempre, in una distruzione di valore – quello di chi ha concesso il credito. In questo caso, l'alternativa non si gioca più a livello del caso specifico, ma coinvolge l'economia del Paese e impone una scelta di politica economica; dobbiamo chiederci se la prosecuzione dell'impresa, pur non offrendo ai creditori quanto loro spetta, generi dei vantaggi compensativi per il sistema tali da ricadere anche proprio su quel singolo creditore danneggiato.

58. D. Galletti, *La ripartizione del rischio insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 337.

59. L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 249; F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 203.

60. G. Rocca e D. Corrado (a cura di), *Le amministrazioni straordinarie fra salvaguardia della continuità, tutela dei livelli occupazionali ed efficacia delle azioni di risanamento*, in *Quaderni SAF Luigi Martino* (Milano), n. 74, 2018, p. 110.

61. N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 264; R. Rossi, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 175.

Se il vantaggio compensativo è in grado di espandersi anche rispetto a quei creditori, ben si potrebbe predicare che il valore della continuità deve prevalere; altrimenti, non vi sono altre ragioni (ad esempio, il solo mantenimento dei livelli occupazionali) per non preferire la soluzione che assicuri ai creditori il loro migliore soddisfacimento.

La prima conclusione che possiamo trarre è nel senso che una modificazione della *par condicio* si è consumata e che questa modificazione ne ha comportato un serio affievolimento.

13. *Par condicio* e prededuzione

Il codice civile conosce i crediti privilegiati e quelli chirografari; poi ha imparato a conoscere i crediti postergati (artt. 2467 e 2497-*quinquies* cc). Tutt'ora, nel codice civile, non troviamo regolata la categoria dei crediti prededucibili.

Quest'ultima categoria è, invece, dirompente nel concorso fallimentare e, più in generale, nelle procedure regolative della crisi e persino nelle procedure esecutive singolari (vds., art. 6, comma 2, CCII).

La fonte normativa era, sin dalla legge del 1942, l'ancora attuale – eppure manipolato – art. 221 CCII. In esso si stabilisce, infatti, che le risorse debbono essere distribuite in modo degradante, principiando proprio dai crediti prededucibili.

Un tempo, tale categoria era ben delimitata perché comprendeva (1) le spese della procedura, (2) i debiti contratti durante la procedura e (3) i debiti contratti nell'esercizio provvisorio⁶². Senonché, i crediti prededucibili sono esplosi con il fenomeno della consecuzione fra procedure perché i crediti sorti nell'amministrazione controllata, oltre a essere prededucibili all'interno di quella procedura, si trascina-

vano nel fallimento⁶³; per lungo tempo, un argine era frapposto dal concordato preventivo sul presupposto della natura strettamente liquidatoria di quella procedura, ma l'argine venne divelto da alcune pronunce a metà degli anni novanta. Con esse, si ammise che il concordato preventivo poteva (anche) avere una funzione conservativa dell'attività⁶⁴; di certo, l'attuale conformazione dell'assetto del concordato e alcune specifiche disposizioni (vds., artt. 6 e 46, CCII) consentono di concludere che nel concordato vi è ampio spazio per la prededuzione.

In parallelo, l'esplosione della prededuzione si è riscontrata nell'amministrazione straordinaria, là dove la continuità dell'impresa è assunta come valore-fine della procedura.

Tutti questi indici dimostravano come, nella distribuzione delle risorse, una fetta sempre più consistente fosse riservata a creditori non concorsuali; peraltro, non ci si è arrestati a questo punto perché – come è ben noto – la prededuzione ha avuto un vero e proprio sussulto con la riformulazione dell'art. 111 l.fall. In tale disposizione, i crediti prededucibili sono anche quelli sorti in funzione o in occasione di una procedura concorsuale⁶⁵.

Le cose sono cambiate con il codice della crisi, il quale, in contrapposizione con gli approdi interpretativi cui era giunto il giudice di legittimità, riscrive la prededuzione sopprimendo i criteri identificativi della occasionalità e della funzionalità e, in ossequio ai principi del delegante, rimodula la prededuzione allo scopo di contenerla.

Alcuni crediti ormai qualificati prededucibili⁶⁶ vengono confermati nel rango, ma ridotti percentualmente (solo il 75 per cento dei crediti professionali resiste alla prededuzione, con il residuo 25 per cento riquilificato come credito privilegiato) nell'impatto rispetto ai creditori anteriori.

62. G. Alessi, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 96; A. Vitale, *I debiti della massa nel fallimento, individuazione della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 97; M. Vaselli, *I debiti della massa nel fallimento*, Cedam, Padova, 1951, p. 37.

63. S. Pacchi Pesucci, *L'amministrazione controllata*, in Aa. Vv., *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 14; V. Giorgi, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 24; T. Mollura, *L'amministrazione controllata delle società*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 54; fra le tante, Cass., 9 novembre 1982, n. 5883, in *Dir. fall.*, 1983, II, 42; Cass., 19 agosto 1983, n. 5402, in *Foro it.*, 1983, I, 2748; Cass., 26 febbraio 1988, n. 2069, in *Fallimento*, 1988, 552.

64. Cass., 24 luglio 2007, n. 16387, in *Fallimento*, 2008, 431; Cass., 12 marzo 1999, n. 2192, in *Foro it.*, 1999, I, 2948; Cass., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 290; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 361; S. Bonfatti, *Giurisprudenza in bilico tra massime tralaticie ed obiter dicta su casi di specie*, in S. Pacchi Pesucci (a cura di), *L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 201; A. Dimundo e A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 143; A. Bonsignori, *Processi concorsuali minori*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIII, Cedam, Padova, 1997, p. 263; P.F. Censoni, *I ripensamenti della Cassazione sulla prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 289; G. Bozza e G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 587; F. D'Alessandro, *Procedure concorsuali consecutive e prededuzione*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 149.

65. G. Lo Cascio, *La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi*, in *Fallimento*, 2015, p. 6; A. Cavalaglio, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 467.

66. M. Fabiani, *La variabile dei costi nei procedimenti di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2017, p. 1091.

Vengono rivalutati i profili che in passato caratterizzavano la prededucibilità, e cioè l'essersi il credito formato sotto il controllo di un giudice (cioè all'interno di una procedura), e vengono emarginati i casi di valorizzazione dei crediti anteriori al concorso, benché funzionali.

Senza addentrarci nel dettaglio dei crismi della prededuazione (art. 6 CCII), ben si può concludere che una restrizione delle prededuzioni ri-espande la tutela dei crediti anteriori e, di fatto, si risolve in una ripresa della *par condicio*. La compressione della prededuazione avrebbe dovuto costituire un plesso delle varie fonti di economicità delle procedure, ma alla fine la riduzione dei costi si è risolta solo nel paradigma della falciatura della prededuazione.

È, allora, abbastanza evidente che il legislatore abbia preferito imboccare la strada ideologica dell'equazione prededuazione=costo, così espungendo la prededuazione dalla categoria dei valori della ristrutturazione. Se le nuove obbligazioni generano debiti, ma anche un vantaggio per l'impresa e, di riflesso, per i creditori, la prededuazione non andrebbe mortificata.

Il sospetto verso la prededuazione muove anche dalla stessa incapacità del legislatore di riordinare la magmatica normazione sui privilegi e, forse, anche dal retaggio dell'idea che la prededuazione debba essere incasellata in disposizioni precise, sulla scorta del parallelo principio della tassatività delle cause di prelazione⁶⁷.

Se è ben vero che la prededuazione nasce come strumento di tutela di crediti che si formano nel corso di una procedura espropriativa⁶⁸ e sembra attenere al processo⁶⁹, ormai da tempo la prededuazione può essere accostata alla causa di prelazione.

La tassonomia delle cause di prelazione include una specificazione riferita alla materia dei privilegi in senso stretto: i privilegi (speciali e generali, mobiliari e immobiliari) sono una qualità del credito frutto di una valutazione generale e astratta svolta dal legislatore sulla particolare meritevolezza del credito, nel

senso che si reputa che certe ragioni di credito debbano essere tutelate più di altre e ciò avviene ponendole all'apice della graduazione dei crediti.

Ora che il diritto positivo ci consegna una nozione di prededuazione, è opportuno operare una distinzione: vi sono crediti prededucibili che restano ancorati alla lettura tradizionale, e cioè quella di crediti strettamente inerenti a una procedura esecutiva (si pensi alle spese relative al funzionamento della liquidazione giudiziale, come le spese per la redazione dell'inventario, sol per svolgere l'esempio più semplice); ma, accanto a questi crediti, ve ne sono altri che non ineriscono direttamente al funzionamento della procedura, bensì alla funzionalizzazione della procedura al soddisfacimento dei creditori⁷⁰. In questa prospettiva, sono prededucibili tutti quei crediti che sorgono per assicurare la continuità dell'attività d'impresa (e ciò sul presupposto, in verità assunto ma indimostrato, per quanto sopra esposto, dell'utilità della prosecuzione), nonché tutti quelli che consentono di conservare i valori attivi, e ancora tutti quelli che maturano durante la procedura e che, tuttavia, non possono essere reputati come strettamente connessi al funzionamento della stessa. Questi crediti sorgono direttamente nei confronti dell'*impresa* e nulla hanno a che vedere col procedimento di attuazione della garanzia patrimoniale.

Orbene, con riferimento ai crediti relativi alla gestione dell'attività nonché a quelli che ineriscono alla conservazione del valore, la prededuazione sembra decisamente accostarsi al privilegio. Se il privilegio è generato dalla causa del credito riferita alla *natura* del rapporto (art. 2745 cc)⁷¹, la prededuazione è generata dalla causa del credito riferita alla *funzione* del rapporto. La distanza fra i privilegi e questi casi di prededuazione si è considerevolmente assottigliata e potremmo, a buon titolo, parlare di un "superprivilegio"⁷² che si può esercitare sull'intero patrimonio del debitore, ma con esclusione (art. 222 CCII) dei beni gravati da pegno e ipoteca, cioè in base alla dispo-

67. Cass., 10 febbraio 2003, n. 1946, in *Arch. civ.*, 2003, p. 737; Cass., 15 giugno 1988, n. 4082, in *Fallimento*, 1988, p. 1080; S. Ciccarello, *Privilegio del credito*, op. cit., p. 55.

68. G. Bozza, *I criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori dal debitore concordatario*, in *Fallimento*, 2015, p. 701; M. Spadaro, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014, p. 540; A. Trinchi, *sub art. 111*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1170; A. Patti, *I privilegi*, in Aa. Vv., *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 10; U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 1961, p. 844; G. Alessi, *I debiti di massa*, op. cit., p. 28.

69. Cass., 11 giugno 2019, n. 15724.

70. P. Spolaore, *Garanzia patrimoniale e trust nella crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 87.

71. A. Patti, *I privilegi*, op. cit., p. 11.

72. *Contra*, G. Ferri jr., *In tema di prededuazione prefallimentare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 453.

zione che regola il concorso fra crediti in prededuzione e garanzie reali⁷³; un argomento ulteriore è costituito dalla graduazione fra crediti prededucibili, posto che, nel caso di incapienza del patrimonio, tali crediti vanno soddisfatti in ragione delle eventuali prelazioni che li assistano⁷⁴.

Pertanto, con specifico riferimento alla formazione di crediti verso l'impresa, e non verso la procedura, come si era abituati a pensare, il valore della prededuzione è largamente assimilabile a quello di un privilegio – generale, mobiliare e immobiliare – del più alto grado.

L'antergazione nel processo (ma per motivi anche non processuali) di un credito rispetto a un altro deve dipendere, sempre, da un giudizio di valore e di meritevolezza del credito, perché se è vero che le prededuzioni non equivalgono in tutto a dei privilegi, è altrettanto vero che va rispettato un criterio di razionalità, unica guida per giustificare le differenze (art. 3 Cost.). Questa meritevolezza andrebbe riconosciuta quando l'assunzione del debito crea valore; in tal senso, il concetto di funzionalità di cui all'art. 111 l.fall. è stato almeno in parte superato dall'art. 6 CCII, là dove si è previsto che taluni crediti anteriori possano assumere il rango di crediti prededucibili non già per la loro (sola) funzionalità, ma anche per la loro (concreta) utilità, visto che l'antergazione è condizionata dall'omologazione degli accordi di ristrutturazione o dalla ammissione al concordato preventivo.

Questa ponderazione di valore si potrebbe risolvere, quindi, con una riduzione dei creditori prededucibili, con il risultato di re-ampliare la *par condicio*.

È un risultato che, in astratto, ben può apparire coerente con l'intenzione di recuperare risorse a favore dei creditori anteriori, ma al contempo potrebbe rivelarsi distonico con l'obiettivo di una uscita dell'impresa dalla crisi.

Adottare un criterio di valutazione *ex post*, insito nell'introduzione del requisito dell'utilità⁷⁵, rende instabile la tutela del credito poiché il creditore, nel momento in cui esegue la prestazione, è ignaro della sorte della procedura – sorte spesso governata da fattori esogeni e non controllabili. Sulla stessa lunghezza d'onda si muovono gli artt. 99 e 101 CCII, de-

dicati ai finanziamenti erogati per la ristrutturazione: in tali disposizioni, infatti, nonostante (e a valle del) l'autorizzazione del tribunale, il rango prededucibile del credito da finanziamento può recedere in caso di frode del debitore e di consapevolezza della frode da parte del creditore. Poiché, peraltro, la nozione di frode include una fattispecie nella quale la prededuzione decade anche in presenza di omessa rappresentazione di informazioni rilevanti, ecco che il rischio della perdita della prededuzione non può essere consegnato alla pura patologia.

In questa cornice, qualche rischio di minor *appeal* del codice della crisi non può essere sottovalutato.

14. Par condicio e segregazioni patrimoniali

Quando si pensa alla *par condicio* e alla sua declinazione topografica (art. 2741 cc), viene subito alla mente il principio della superiore garanzia patrimoniale (art. 2740 cc). La legge vuole che la garanzia patrimoniale si formi sull'intero patrimonio del debitore, compresi i beni che sopraggiungono. Ebbene, al cospetto di questa disposizione è in corso da tempo un processo di compartimentazione del patrimonio del debitore attraverso le forme, sempre più late, di segregazione patrimoniale. Quanto più si ammette che il patrimonio di un soggetto sia suddiviso in tanti compartimenti stagni, tanto più il principio della *par condicio* recede, perché ogni creditore viene indirizzato verso un solo segmento del patrimonio astrattamente aggredibile.

La segregazione patrimoniale non nasce nel mondo delle obbligazioni commerciali, ma in quello delle obbligazioni civilistiche. Possiamo pensare al diritto delle successioni e all'accettazione con beneficio di inventario, strumento volto, proprio, a segmentare il patrimonio responsabile. Oppure possiamo richiamarci al diritto della famiglia e al fondo patrimoniale, o ancora ai patrimoni destinati a proteggere interessi meritevoli di tutela (art. 2645-ter cc).

Sono, questi, soltanto alcuni degli esempi che ci restituisce il diritto civile; ma oltre al diritto positivo,

73. E. Bruschieta, *La ripartizione dell'attivo*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1191; S. Bonfatti e P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2011, p. 430.

74. D. Galletti, *Il concorso nel fallimento*, op. cit., p. 1283; E. Marinucci, *I crediti prededucibili nel fallimento*, Cedam, Padova, 1998, p. 185. In senso contrario, sulla assimilazione ai privilegi, vds. ancora G. Bozza, *I criteri per la distribuzione delle prededuzioni tra il ricavato dei beni messi a disposizione dei creditori dal debitore concordatario*, in *Fallimento*, 2015, p. 701.

75. A questo si riferisce l'art. 6 CCII laddove premia con la prededuzione il risultato dell'ammissione del debitore al concordato preventivo. Sia chiaro, però, che tutto ciò non trasforma l'obbligazione del professionista in una obbligazione di risultato (come taluno sembra adombrare), in quanto l'utilità diviene parametro per l'attribuzione del rango prededucibile, fermo restando il credito e il privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 2), cc.

non si può non evocare tutta la storia della penetrazione nel nostro ordinamento dell'istituto del *trust*⁷⁶. Una prima ipotesi di segregazione patrimoniale nel diritto dell'impresa si ritrova nella ormai lontana previsione della costituzione di società di capitali con socio unico. Il patrimonio del socio viene conferito in una società unipersonale, ed ecco che le obbligazioni contratte dalla società non interferiscono con quelle contratte dal socio⁷⁷.

La segregazione patrimoniale è stata anche prevista nel comparto delle società fiduciarie e ciò in funzione di separare i beni sociali dai diritti dei fiduciari.

Nel mondo del diritto delle società, la riforma del 2003 ha generato i patrimoni destinati a uno specifico affare⁷⁸.

Il principio della universalità della responsabilità patrimoniale si è, nel corso del tempo, grandemente affievolito ed è stato sostituito da altri valori, nel senso che si è ritenuto meritevole di tutela proteggere specifici interessi (i soggetti deboli, i fiduciari, gli investitori, etc.). Con il degrado di tale principio, per l'effetto scema anche la *par condicio*, in quanto i creditori dei patrimoni segmentati finiscono per godere di una tutela più intensa perché non concorrono con i creditori del patrimonio "generale".

Il codice della crisi non introduce nuove forme di segregazione patrimoniale e, al contrario, con riferimento alle società di capitali sembra favorire aggregazioni patrimoniali, ammettendo – se non proprio incentivando – le operazioni straordinarie sul capitale e, soprattutto, introducendo una disciplina della crisi e dell'insolvenza di gruppo, là dove ammette (sebbene con grande cautela) un travaso di risorse da società a società, purché si tenga conto dei "vantaggi compensativi" e ferma restando l'assenza della cd. "*substantive consolidation*"⁷⁹.

Le segregazioni patrimoniali hanno parcellizzato la tutela del credito; le nuove disposizioni del codice della crisi andranno ponderate con cautela prima

di poter assumere che vi sia stata una inversione di rotta per imboccare una nuova aggregazione di impronta più marcatamente sostanzialistica. Qualche avvisaglia che il codice della crisi voglia giustapporre regole speciali al diritto delle società è fenomeno che si coglie nell'attribuzione al curatore di poteri sulla conformazione della struttura finanziaria della società insolvente e sulla stessa organizzazione (art. 264 CCII), proprio per assecondare una visione che badi, più di tutto, al risultato anche al costo di calpestare più di qualche regola antica⁸⁰.

15. *Par condicio* e classi

Un classico profilo d'indagine che si interfaccia con il tema della *par condicio* è quello delle classi dei creditori.

Del fenomeno delle classi dei creditori si è avuto modo di dibattere ampiamente a partire dal 2003, quando venne rimodulata l'amministrazione straordinaria.

Il codice della crisi conferma che i creditori possono essere suddivisi in classi (nei concordati, ma con dubbia esclusione del concordato minore) o in categorie (negli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa) e, anzi, alza l'asticella perché in conformità a un principio di legge delega enuclea quattro ipotesi nelle quali, nel concordato preventivo, la formazione delle classi è obbligatoria.

Che la frammentazione dei creditori in classi sia fattore di frattura della *par condicio* è intuitivo perché le risorse che provengono da un (unico) patrimonio responsabile vengono distribuite secondo criteri asimmetrici, criteri che ora trovano una regola caratterizzante nell'art. 85 CCII, a mente della quale il debitore può formare più classi fra creditori, ma deve farlo in presenza di particolari situazioni: a) per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento; b) per i

76. A. DI Gennaro – M. Ghione – L. Iovino, *Segregazione patrimoniale ed impresa in crisi: vincolo ex art. 2645-ter c.c., fondo patrimoniale, trust, società semplice di mero godimento, azioni correlate, patrimoni destinati ad uno specifico affare – Pubblicità immobiliare – Il notaio «burocrate», in Riv. notarile*, n. 1/2018, p. 27.

77. A. Nigro, *Società unipersonali e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 330; G. Positano, *Socio unico di società di capitali e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 310; M. Fabiani, *Società insolvente e responsabilità di socio unico*, in *Fallimento*, 2000, p. 25.

78. La letteratura è vastissima (e inversamente proporzionale allo scarso successo dell'istituto); vds., in luogo di molti, P. Manes e F. Pasquariello, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano. Codice civile*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 2013; F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 267; G. Guizzi, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 773; S. Vincere, *Patrimoni destinati e fallimento*, in *Giur. comm.*, n. 1/2005, I, p. 126.

79. G. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 277; G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCII fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, p. 413.

80. Sul coinvolgimento delle partecipazioni sociali nel processo di regolazione della crisi da riorganizzazione, vds. G. Ferri jr., *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 747.

creditori titolari di garanzie prestate da terzi; c) per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro; d) per i creditori proponenti il concordato e per le parti a essi correlate.

Tale disposizione trova la sua fonte nell'art. 6 l. n. 155/2017, in base al quale si invitava il legislatore delegato a «[d] individuare i casi in cui la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, è obbligatoria, prevedendo, in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne».

Il legislatore delegato ha esercitato la delega e ha stabilito i casi in cui la formazione delle classi è vincolata. È ben noto quanto sia stato dibattuto nei primi anni successivi al 2006 il tema della possibile obbligatorietà delle classi in presenza di posizioni disomogenee. La giurisprudenza⁸¹ si è pronunciata per la necessaria facoltatività, confortata da ampia dottrina⁸², anche se in letteratura⁸³ e fra taluni giudici di merito⁸⁴ era stata condivisa l'opposta soluzione.

Una opposta soluzione che il legislatore oggi positivizza e che, però, pone da subito un primo interrogativo, vale a dire se in presenza di situazioni non omogenee sia ora sicuro che la formazione della classe non sia obbligatoria in quanto è la legge che ne ha stabilito il rigido palinsesto; detto in altro modo, il dubbio è relativo alla tassatività delle fattispecie di cui all'art. 85 CCII. Il tono perentorio con cui è declinato l'art. 85 sembra lasciar intendere che solo in questi casi il debitore sia costretto a formare le classi, il che potrebbe ben presto indurre taluno – in presenza di situazioni simili, ma non incluse nella norma – a sollevare un incidente di costituzionalità. È ben vero che, se la regola generale è la libertà di formare le classi, la norma che pone un vincolo può essere intesa come regola eccezionale e, dunque, non suscettibile di interpretazione analogica. In tale cornice, la soluzione da prospettare appare densa di criticità: da un lato, la tassatività delle ipotesi di classi obbligatorie offrirebbe certezza⁸⁵, ma al contempo potrebbe rivelarsi irrazionale. Nonostante la formulazione perentoria,

sembra allora preferibile una lettura più elastica, che veda nell'art. 85 un elenco di casi esemplificativi, ma non tassativi. Ciò si traduce nel fatto che il tribunale, al cospetto di situazioni disomogenee fra creditori, possa sindacare la mancata formazione delle classi⁸⁶.

La previsione delle classi testimonia, sì, la recessività della *par condicio* (che, si è visto, per altri versanti viene parzialmente recuperata), ma soprattutto è l'occasione per dimostrare che il valore della parità di trattamento, pur non sconfessato, è scavalcato da un valore nuovo, diffusamente richiamato nel codice della crisi e rappresentato dal fine principe di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori; obiettivo cui tendono le regole stabilite negli artt. 87, 94, 99, 100, 123, 274, 284, 285, 287, regole che, si badi, non sono più confinate nelle procedure concordate, ma si affacciano anche nella liquidazione giudiziale.

In un certo qual modo, l'ordinamento vira verso un approdo giuscommercialistico più che civilistico, ponendo in apice il valore dell'impresa e dello *jus mercatorum*. Il principio di parità di trattamento viene marginalizzato, pur se, come detto, non destituito, per essere affiancato e per certi versi sostituito dal principio in forza del quale può essere tollerabile trattare meglio di altri alcuni creditori, ma al fine che tutti siano, comunque, trattati meglio che in altri scenari.

16. *Par condicio* e continuità dell'impresa

L'accentuata recessività del principio di *par condicio* e un approccio al fenomeno delle crisi che muova da una rinnovata attenzione verso l'impresa e che vada, dunque, alla ricerca di nuovi valori è tema che si innesta nel rapporto dialogico "liquidazione vs. conservazione". Tale rapporto trova il suo campo di elezione nella specialità dell'amministrazione straordinaria, talché il quesito che attiene alla giustificazione di una procedura destinata all'impresa di grandi

81. Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Foro it.*, rep. 2012, voce *Concordato preventivo*, n. 165; Corte appello Torino, 27 gennaio 2010, *ivi*, rep. 2011, voce cit., n. 171; per l'analoga situazione nel concordato fallimentare, vds. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, *ivi*, 2011, I, 2095.

82. In luogo di molti, D. Galletti, *Classi obbligatorie? No, grazie!*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 343; P.F. Censoni, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Fallimento*, 2010, p. 328; S. Ambrosini, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in F. Di Marzio e F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 542.

83. R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, n. 1/2009, p. 30; G. D'Atorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 419; M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, p. 437.

84. Trib. Biella, 27 aprile 2009, in *Foro it.*, rep. 2010, voce cit., n. 143; Trib. Monza, 7 aprile 2009, *ivi*, rep. 2009, voce cit., n. 81.

85. V. Zanichelli, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, Neldiritto, Molfetta, 2019, p. 34.

86. Cass., sez. unite, 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.*, 2018, I, 4020.

dimensioni si intreccia, indissolubilmente, con quello inerente alla necessità che vi siano procedure nelle quali la tutela del credito sia ampiamente recessiva rispetto al valore della tutela della continuità dell'attività d'impresa.

Come tutte le attività, è fisiologico che anche l'impresa sia destinata a incrociare una fase di crisi, qui intesa come alterazione dei fattori di equilibrio dell'intrapresa commerciale. Quando l'impresa, anziché produrre valore, distrugge ricchezza, il sistema economico nel suo complesso deve reagire, unitamente a quelle che possono essere le reazioni dell'imprenditore. Ma queste reazioni debbono essere razionali e la razionalità impone coerenza.

A sua volta, la coerenza vuole che si valuti preventivamente quale direzione vada presa quando si manifesta una crisi e, al fondo, si resta ancorati al dilemma se dover privilegiare l'interesse dei creditori o del mercato. Certo, si potrebbe predicare che vanno equamente tutelati ambedue i valori, ma il rischio di compromessi indigesti, che si riflettono sull'applicazione pratica, induce a preferire una scelta di campo.

È sin troppo noto che, nelle procedure di crisi e insolvenza devolute al controllo del giudice ordinario, il prisma di riferimento è la tutela del diritto di credito; ma, per converso, nell'amministrazione straordinaria, la tutela del credito evapora e la conservazione dell'impresa per il suo risanamento diviene il valore dominante.

Come nel fallimento e nei concordati si persegue l'obiettivo di massimizzare il risultato dei creditori, se del caso tramite una prosecuzione dell'attività quando questa genera valore, e un valore che prevale sulla liquidazione, nell'amministrazione straordinaria si punta tutto sulla prosecuzione dell'attività, se del caso guardando anche all'interesse dei creditori.

Nel fallimento e nel concordato, la continuità è un "valore-mezzo" per tutelare i creditori. Nell'amministrazione straordinaria, la continuità è un "valore-fine", anche quando si esauriscono le risorse per i creditori. I creditori, poi, possono fra loro trovarsi in posizione di conflitto, perché vi sono coloro che sono interessati alla prosecuzione dell'attività e coloro che, invece, sono interessati solo alla riscossione del credito "vecchio".

Sarebbe facile porsi al riparo della specialità, probabilmente non del tutto giustificata, dell'amministrazione straordinaria e non porsi il problema per le altre procedure. Questa opzione non pare fondata e le osservazioni che precedono inducono a interrogarsi se, nei procedimenti giurisdizionali, il valore della continuità non abbia conquistato dignità autonoma: in tal caso, le asimmetrie con l'amministrazione straordinaria sarebbero, sì, presenti, ma marginali.

Il d.lgs n. 14/2019, pur non potendo abbattere il muro della tutela del credito vista la legge delega, introduce significative (e forse discutibili) aperture verso l'impresa in quanto tale.

In primo luogo, l'art. 84 CCII (sotto la rubrica «Finalità del concordato preventivo») prevede che «*In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore*». In secondo luogo, l'art. 211 CCII inverte il sistema della legge fallimentare e stabilisce che l'apertura della liquidazione giudiziale non interrompe l'attività d'impresa (pur se con i *caveat* che, al rovescio, determinavano nel fallimento la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio).

Il messaggio che è stato lanciato è, chiaramente, quello di introdurre profili di contaminazione con l'amministrazione straordinaria, posto che il mantenimento dei livelli occupazionali diviene elemento fondante la qualificazione del piano di concordato come piano di continuità, se si assicura l'impiego della forza lavoro.

Occorre, allora, indagare sul fatto se il perseguimento del miglior interesse dei creditori possa avere soppiantato il principio di *par condicio* come paradigma di riferimento nei procedimenti di attuazione della garanzia patrimoniale.

La vera torsione normativa si rinviene nell'art. 100 CCII, là dove si stabilisce che, per i concordati che si fondano su un piano di continuità aziendale, è possibile, a procedura aperta e cioè quando si dovrebbe pienamente applicare la regola della *par condicio*, procedere al pagamento di crediti anteriori, senza un vincolo di parità di trattamento. Secondo la lezione corrente, la norma non consente solo una antergazione temporale (si pagano subito fuori concorso crediti anteriori), ma consente anche di sottrarli alla falcidia concordataria.

È discusso se questa disposizione sia di stretta applicazione e sia, quindi, confinata ai concordati con piani di continuità o se esprima un principio più generale estensibile anche ai concordati con piani di liquidazione.

Una lettura restrittiva significa distinguere fra diversi strumenti di attuazione della garanzia patrimoniale e giungere alla conclusione che la regola base è quella della *par condicio*, regola però derogabile nei concordati con piani di continuità.

Assumere, invece, una lettura espansiva significa trarre il sistema verso un principio nuovo: assicurare il migliore soddisfacimento dei creditori

(tutti) è obiettivo preminente rispetto a quello della parità di trattamento⁸⁷. Il benessere collettivo prevale sull'uguaglianza.

17. Le tutele rimediali all'affievolimento della *par condicio*

A prescindere dalle conclusioni assunte *supra*, siamo ormai certi che la *par condicio* non è più un dogma né, tanto meno, un feticcio.

Ciò posto, però, occorre fare un passo in avanti e stabilire se essa sia ancora un valore, per quanto residuale, oppure se non debba proprio essere accantonata. Se si optasse per questa seconda soluzione, risulterebbe poco utile andare alla ricerca di strumenti alternativi, ad esempio la revocatoria concorsuale, per ripristinarla. Viceversa, se fosse ancora un valore, ma in larga parte prosciugato dal depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare, allora varrebbe la pena andare alla ricerca di strumenti idonei a salvaguardarla.

La prima soluzione avrebbe l'effetto di abrogare tacitamente l'art. 2741 cc e un simile risultato, quand'anche per taluno auspicabile, non è ancora giunto a maturazione.

La seconda soluzione appare, quindi, preferibile, avendo però l'accortezza di individuare strumenti che non portino al risultato, non voluto, di irrigidire ulteriormente un principio che il legislatore, dal 2005, ha voluto attenuare.

Nel passaggio dalla legge fallimentare al codice della crisi, l'impianto dell'azione revocatoria non è stato modificato nei suoi tratti salienti.

V'è, però, quanto al regime disciplinare una modifica che potrà, sebbene solo di riflesso, contribuire a ri-espandere un poco la promuovibilità delle azioni revocatorie fallimentari. Infatti, gli art. 163 ss. CCII neutralizzano il tempo dell'istruttoria pre-liquidazione giudiziale perché prevedono che il periodo sospetto (semestrale, annuale e biennale) decorrerà non più da un provvedimento formale del giudice di apertura di una procedura, ma dal momento in cui è stata depositata la domanda alla quale fa seguito la sentenza del tribunale.

Il sensibile calo (per usare un eufemismo) delle azioni revocatorie negli ultimi dieci anni è stato, evidentemente, "digerito" dai più e il fatto che un pilastro portante della concorsualità sistematizzata sia stato ignorato nella legge delega e, di conseguenza, anche nel decreto delegato (fatte salve incursioni in-

vero marginali) non è senza significato. Tuttavia, il micro-sistema delle revocatorie vive nel macro-sistema delle procedure concorsuali, talché alla luce dei mutamenti del macro-sistema e, soprattutto, dell'introduzione degli strumenti di allerta⁸⁸, sarebbe stato opportuno riflettere se, per coerenza, non si dovesse incidere anche sulle azioni revocatorie.

18. L'azione risarcitoria per perdita di *chance*

Una volta presa consapevolezza che anche con il codice della crisi lo spazio di applicazione delle azioni revocatorie sarà decisamente ridotto, occorre valutare se possano esistere strumenti rimediali alternativi tali da poter perseguire comportamenti che abbiano prodotto l'effetto di elidere l'applicabilità dell'art. 166 CCII.

Per adoperare un termine in voga nell'era delle clausole generali, proviamo a immaginare che il debitore, d'intesa con un creditore, abbia concertato la predisposizione di un piano attestato di risanamento (art. 56 CCII) al solo scopo di assegnare al creditore una garanzia da porre al riparo in caso di successiva liquidazione giudiziale: cioè, una condotta abusiva. Di fronte a questo esempio, si potrebbe obiettare che sarebbe sufficiente che il curatore promuova l'azione revocatoria e, in quella sede, chiedere l'inoperatività dell'esenzione sul presupposto della insussistenza sostanziale di un piano attestato. Senonché, la concertazione fra il debitore e il creditore potrebbe anche avere prodotto un ritardo nella dichiarazione di fallimento tale da porre quell'atto al di fuori del periodo sospetto.

Così, pure, si potrebbe pensare alla redazione di un accordo di ristrutturazione (poi omologato) con previsione di un pagamento a favore di un creditore aderente e successiva liquidazione giudiziale.

In casi come questi, non si dovrebbe escludere la percorribilità di un'azione risarcitoria promossa contro il terzo, per avere il terzo tenuto una condotta anti-giuridica (in violazione del principio del *neminem laedere*) volta a conquistarsi una esenzione dall'azione revocatoria, in conflitto con il principio della *par condicio*. Oggi, l'art. 4 CCII stabilisce che «*Nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza*». Da questa regola di condotta si possono trarre spunti per con-

87. A. Bartalena, *Il concordato in continuità*, in L. Calvosa (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza*, Pacini, Pisa, 2017, p. 102.

88. A: Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, p. 409; M. Perrino, *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, n. 5/2019, p. 653.

fortare la tesi qui proposta: l'azione potrebbe configurarsi come diretta a risarcire un danno, quello derivante dalla perdita della *chance* di poter promuovere l'azione revocatoria.

19. L'azione di nullità per violazione di norma imperativa

Vi sono alcune condotte che, oltre a confliggere col principio di *par condicio*, appaiono lesive della tutela penale correlata e assicurata dalla previsione del reato di bancarotta fraudolenta preferenziale.

È ben noto come, mutato il quadro normativo dell'azione revocatoria fallimentare (dal 2005), il quadro normativo della bancarotta si sia modificato solo parzialmente per effetto dell'addizione dell'art. 217-bis l.fall., ora confluito nell'art. 324 CCII.

Tale disposizione ha aggiunto una scriminante penale parallela rispetto ad alcune ipotesi di esenzione dalla revocatoria concorsuale. Ciò, però, non ha comportato affatto che, là dove ricorrono casi di esenzione, ricorrano specularmente altre scriminanti sul fronte penale.

Il mancato coordinamento delle due discipline può determinare disarmonie, ma anche (forse non voluti) spazi residui di tutela.

Se un imprenditore in stato di insolvenza effettua il pagamento di alcuni crediti scaduti e ascrivibili alle esenzioni di cui all'art. 166, comma 3, lett. *a e f*, CCII, ma con un intento volutamente discriminatorio, non possiamo essere sicuri che quei pagamenti non siano penalmente sanzionabili. Il pagamento di un dipendente e il mancato pagamento di tanti altri va considerato un'operazione non revocabile; ma una condotta del genere non è, proprio, una emblematica rappresentazione della violazione del principio di *par condicio*?

Così, se potessimo predicare che quel pagamento contrasta con la disposizione di cui all'art. 322 CCII, se ne dovrebbe far conseguire che quel pagamento è nullo, in quanto contrario a norma imperativa. Una conclusione forse eterodossa, ma sostenibile.

Contro una siffatta lettura, si è mossa la Corte di cassazione, che ha recisamente negato che un negozio (ma anche un atto) posto in essere in frode ai creditori sia, al contempo, un atto in frode alla legge (vds. *supra*).

Per il principio di specialità, l'atto in frode dei creditori è inefficace, ma non è nullo. Questa conclusione, così radicale, non è condivisibile. Sicuramente non c'è equivalenza fra frode alla legge e frode ai creditori; tuttavia, da questo assunto non si può far conseguire che un unico atto possa sia pregiudicare la garanzia dei creditori, sia risultare contrario a una

norma che eleva la *par condicio* a bene giuridico tutelato in sé.

20. L'azione risarcitoria contro l'autore dell'operazione preferenziale

Un ulteriore filone di indagine è rappresentato dalla possibilità di configurare il compimento di un atto lesivo della *par condicio* come condotta imprenditoriale che, nelle società di capitali, può esporre l'autore a una delle azioni di responsabilità previste nel codice civile.

La società ha interesse a che gli organi sociali esercitino i poteri di amministrazione e di controllo nell'osservanza della legge, in modo da non subirne un pregiudizio. Il pregiudizio si può concretare in un danno al patrimonio sociale, da intendersi anche come minore profitto. Se dalla condotta illecita degli amministratori non è sortito un danno, non c'è spazio per una azione di responsabilità, azione che ha natura risarcitoria e non sanzionatoria. Quando l'amministratore agisce per interessi personali o per danneggiare taluni soci, di certo si espone a una serie di reazioni, ma fra queste non dobbiamo includere l'azione di responsabilità sociale ove le condotte non si siano risolte in un danno.

Non vi è dubbio che siano configurabili condotte che danno luogo tanto a reazioni revocatorie quanto a reazioni sul piano della responsabilità. Ove un amministratore abbia ceduto un bene della società a prezzo vile, l'operazione negoziale potrà essere letta alla luce dell'art. 166, comma 1, CCII; ma, in questo caso, l'atto di gestione ha anche provocato un danno al patrimonio sociale.

Le due forme di tutela non coincidono perché la prima mira ad assicurare ai creditori il ripristino della garanzia patrimoniale, mentre la seconda è volta a rimpinguare il patrimonio sociale danneggiato. Questo non vuol dire che le due azioni non presentino profili di interconnessione; il ripristino della garanzia patrimoniale comporterà una distribuzione delle risorse fra i creditori e ciò potrà risolversi in una dissoluzione del danno ove il patrimonio venga reintegrato. Infatti, se è ben vero che l'azione revocatoria non produce un effetto restitutorio, il ripristino della garanzia patrimoniale potrà significare la soddisfazione dei creditori e quindi una elisione del danno, perché il bene non è stato restituito, ma il suo valore è stato convertito in liquidità destinata ai creditori.

Assai diverso è il discorso quando l'atto dell'amministratore non ha procurato un danno al patrimonio ma (solo) una lesione alla *par condicio*. L'amministratore ha eseguito un pagamento revocabile; ha adoperato risorse per estinguere un debito. In tal

caso, la società non potrebbe reclamare alcun danno perché il pagamento di un debito scaduto è un atto neutrale (tanto è vero che non può essere impugnato con l'azione revocatoria ordinaria). L'azione di responsabilità *ex art. 2393 cc* sembra impercorribile.

In verità, questa potrebbe essere una conclusione affrettata, in quanto il pagamento a favore di un creditore potrebbe rilevare in termini di perdita di risorse per proporre una soluzione alternativa alla liquidazione giudiziale. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla domanda di concordato preventivo (o alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione) si considerano inefficaci e il creditore va trattato come creditore chirografario. Pertanto, se l'amministratore paga un creditore solo apparentemente privilegiato, sottrae risorse agli altri creditori e tale perdita potrebbe impedire l'accesso al concordato per insufficienza di risorse da destinare ad altri. La società potrebbe agire contro l'amministratore per avere impedito l'accesso al concordato, ma molto probabilmente quella società, nel frattempo, sarà stata assoggettata alla liquidazione giudiziale.

Questo significa che l'atto lesivo della *par condicio*, rispetto alla società, non è causativo di un danno in sé, ma può determinarlo laddove quell'atto rechi, altrimenti, un nocumento.

Sappiamo che, in presenza di una insolvenza accertata e di una procedura concorsuale imposta, l'art. 255 CCII attribuisce al curatore o al commissario la legittimazione a promuovere le azioni di responsabilità. Pertanto, se la società non è riuscita ad accedere al concordato, la legittimazione ad agire si trasferisce al curatore. V'è da chiedersi tuttavia se, a liquidazione giudiziale dichiarata, il danno cagionato per l'impossibilità di accedere al concordato possa essere azionato dal curatore o se tale danno che abbiamo ascritto alla società non sia, piuttosto, un danno che incide sui diritti dei soci.

Siamo abituati a pensare che i soci, in quanto *residual claimants*, non possano vantare pretese sul patrimonio, oggetto della responsabilità verso i creditori sociali, sino a che questi non vengano soddisfatti. Si tratta, però, di un pensiero "antico" perché, ormai, si sta diffondendo sempre di più l'idea che ai soci possa spettare ancora il valore dell'impresa quando questo valore è creato, dal nuovo, con la continuità dell'impresa (e l'art. 84 CCII offre, al riguardo, qualche segnale)⁸⁹.

Se si ammettesse che questo percorso è ragionevole, vi sarebbe un interesse economico e una legittimazione processuale a che siano i soci a far valere

le alterazioni della *par condicio creditorum*, quando queste alterazioni abbiano compromesso le *chance* di accesso a una procedura negoziata, potenzialmente remunerativa (anche) per i soci.

Vediamo, ora, se la lesione della *par condicio creditorum* possa essere fatta valere dai creditori sociali. Perché sussista responsabilità verso i creditori sociali non basta che vi sia stata una condotta dannosa, ma è pure necessario che da questa condotta sia derivata la lesione alla garanzia patrimoniale perché il patrimonio è divenuto insufficiente a remunerare tutti i creditori.

Poniamo pure in disparte come si atteggi questa insufficienza patrimoniale e vediamo che, ai nostri fini, la lesione della *par condicio* potrà avere generato un pregiudizio al patrimonio, oppure no. Non è il caso di ripetere quanto abbiamo visto prima e si può concentrare l'attenzione su quelle condotte che si siano limitate a violare la *par condicio* con l'esecuzione di pagamenti di debiti scaduti. Il pagamento di un debito brucia risorse e, al contempo, fa decrescere il passivo. Quell'atto, in sé considerato, non dovrebbe avere cagionato alcun danno ai creditori dal punto di vista dell'aggravamento dell'insufficienza patrimoniale. Pertanto, la condotta pur posta in essere in frode ai creditori non avrebbe recato loro un danno diretto.

Si è visto prima, però, che talune condotte sono rilevanti anche come fattispecie di reato e che, quando un reato è stato commesso, i danni derivanti dal reato possono essere richiesti proprio dal curatore che è legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale.

Da qui si fa conseguire questo sillogismo: se il pagamento preferenziale è un reato e se il reato può generare un danno che è il curatore a far valere, ecco allora che al curatore spetta l'azione contro gli autori della condotta per avere violato la *par condicio*. Il sillogismo non è eterodosso, ma non coglie tutta la portata della situazione. Infatti, un conto è postulare che i pagamenti preferenziali sono fattispecie di reato, altro conto è dimostrare che quel reato – in disparte il danno morale – ha creato un danno ai creditori intesi come massa, posto che il curatore è chi può costituirsi parte civile.

Un danno direttamente cagionato da un tale comportamento pare assai complicato da dimostrare perché non è un danno al patrimonio, e l'art. 2394 cc lo pretende. Diverso è il discorso per possibili danni collaterali: il pagamento di un debito correlato a un ricorso per dichiarazione della liquidazione giudiziale può rivelarsi idoneo a ritardare l'apertura del con-

89. M. Fabiani, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in S. Ambrosini (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Zanichelli, Bologna, 2017, pp. 45 ss.

corso, ma in questo caso il pagamento preferenziale è solo occasione del danno perché il danno deriva dalla condotta diretta a far indebitamente proseguire l'attività.

21. Conclusioni

Le riflessioni (di taglio rapsodico) condotte nei superiori paragrafi portano alla luce che, nel passaggio dalla legge fallimentare al codice della crisi, talune regole che esprimono tecnicità sembrano conformarsi all'idea di un recupero della forza della *par condicio*; si pensi al contenimento della prededuzione e al (seppur limitato) ampliamento del periodo sospetto nelle azioni revocatorie. Ma, parallelamente, altre regole che esprimono concetti di valore paiono indirizzarsi

verso una maggiore attenzione al risultato dell'operazione di regolazione della crisi (inclusa la liquidazione giudiziale). L'idea di migliorare le *performance* delle procedure è un marchio di fabbrica del codice della crisi, anche al costo di smorzare la razionalità del diritto e la sistematicità di regole risalenti. Ovviamente, si può discutere se questa scelta sia condivisibile e cioè se un impianto più sostanzialista sia accettabile; certo è che ora non è tempo di bilanci e le previsioni potranno risultare azzardate perché i comportamenti umani (e le imprese li riflettono direttamente) hanno un grado di prevedibilità spesso assai ridotto.

La sorte della *par condicio* resta, allora, affidata all'interpretazione di quella porzione del codice più attenta all'impresa; se sarà valorizzata, quel principio diverrà definitivamente una regola secondaria, altrimenti si continuerà a navigare nell'ambiguità.

La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII

di *Fabrizio Guerrera*

Lo scritto analizza la nuova disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese dettata dal CCII (d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14), soffermandosi sia sulle regole di unificazione procedurale inerenti al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti "di gruppo", sia sui principi che governano la gestione unitaria e coordinata delle soluzioni negoziali della crisi da parte della *holding*.

1. Le principali novità della soluzione negoziale della crisi di gruppo / 2. I profili organizzativi del gruppo nella gestione della crisi / 3. Peculiarità del piano e delle proposte di gruppo / 4. Il perimetro del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo / 5. Pianificazione di gruppo e nuove regole concordatarie / 6. Valutazione del piano di gruppo e approvazione delle proposte di concordato / 7. La tutela di creditori e dei soci delle società del gruppo in sede di omologazione / 8. La disciplina processuale del concordato e dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo / 9. Le operazioni riorganizzative di gruppo

1. Le principali novità della soluzione negoziale della crisi di gruppo

Il titolo VI («Disposizioni relative ai gruppi di imprese») del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi anche "CCII") introduce nel diritto comune dell'impresa, in attuazione dell'art. 3 della legge delega n. 155/2017, una disciplina organica della crisi e dell'insolvenza dei gruppi, da lungo tempo attesa e sollecitata dalla dottrina¹. Si tratta – va detto – di una normativa che merita, nel complesso, un giudizio largamente positivo, a differenza di altre parti del nuovo CCII.

L'art. 284, commi 1 e 2, CCII, prevede la *facoltà*, con i connessi oneri e rischi procedurali – e non l'obbligo –, di più imprese o società appartenenti a un gruppo di presentare, con unico ricorso, la domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo (o degli accordi) di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 40 CCII, che è soggetta a pubblicità nel registro delle imprese. È prevista, a tal fine, la predisposizione di un piano unitario o di più piani collegati, a scelta delle proponenti; tuttavia, le proposte di concordato rivolte ai creditori devono essere distinte, derivando ciò – come si vedrà – dall'autonomia delle masse delle singole imprese (art. 284, comma 3, CCII) e dal sistema stesso di votazione (art. 286, comma 5, CCII)².

1. Per una sintesi della situazione e del dibattito antecedente all'emanazione del CCII, vds.: G. Scognamiglio, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 1091 ss.; C. Costa e A. Pappalardo, *Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese*, in C. Costa (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Utet giuridica (Wolters Kluwer), Milano, 2008, pp. 667 ss.; M. Garcea, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 943 ss.; S. Poli, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 735 ss.; M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Aa. Vv.*, *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. III, Utet giuridica, Milano, 2014, pp. 2693 ss.

2. Per una illustrazione della nuova disciplina, vds. R. Santagata, *Il concordato di gruppo nel progetto Rordorf: prime impressioni*, in

Per il caso di accesso separato alle procedure di crisi da parte di imprese o società appartenenti a un gruppo, in alternativa alla procedura unitaria di concordato di gruppo, l'art. 289 CCII istituisce, invece, particolari obblighi informativi e di collaborazione a favore del commissario giudiziale e a carico della Consob, delle pubbliche autorità e delle società fiduciarie.

È prevista la possibilità di un piano (o di piani collegati) di risanamento di gruppo, oggetto di attestazione da parte di un unico professionista indipendente e quindi, se del caso, di un accordo stragiudiziale con i creditori ex art. 56 CCII. Il piano può essere pubblicato, poi, «su richiesta» dei soggetti interessati nel registro delle imprese, in collegamento alla pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis cc per le società soggette a direzione e coordinamento. Anche in questo caso opera – deve ritenersi, limitatamente agli obblighi d'informazione e collaborazione e in favore, qui, dell'attestatore del piano – la disposizione dell'art. 289 CCII.

Si rammenti che i «piani di risanamento di gruppo» sono previsti, nel diritto speciale, dagli artt. 69-quinquies e 159-bis Tub, introdotti dal d.lgs n. 181/2015 in attuazione della direttiva «*Banking Resolution and Recovery*» (BRR). Nella disciplina bancaria delle crisi (titolo IV - «Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa»), essi svolgono, tuttavia, una funzione diversa e «anticipatoria», collegata anche agli *stress test*, poiché predispongono presidi e programmi d'azione per la gestione della crisi *prima* che questa si manifesti: sono cioè *adottati preventivamente* dalle banche interessate, valutati dalla Banca d'Italia e solo dopo, ricorrendone le circostanze, *attuati* sotto la vigilanza o per impulso di essa (artt. 69-octies e 69-noviesdecies Tub)³.

Il codice della crisi adotta all'art. 2, lett. h, una definizione di «gruppo» che ricalca quella della «attività di direzione e coordinamento» (art. 2497 ss. e, specialmente, art. 2497-sexies cc), ma non coincide esat-

tamente con essa. Ciò deriva, probabilmente, dall'intenzione di ampliare la figura del gruppo in crisi o insolvente in una prospettiva di «diritto dell'impresa», prevedendo, fra l'altro, la possibilità che il ruolo di capogruppo sia assunto anche da una persona fisica, con un evidente disallineamento – per lo meno formale – rispetto alla fattispecie dell'art. 2497 cc.

Da segnalare anche la definizione del «gruppo di rilevante dimensione», composto da un'impresa madre e dalle imprese figlie da includere nel bilancio consolidato secondo la direttiva Ue n. 34/2013. Tale qualificazione rileva ai fini della competenza giurisdizionale in materia, che è assegnata, per le relative procedure e le controversie che ne derivano, al tribunale sede della sezione specializzata in materia d'impresa (art. 27 CCII).

L'unificazione della procedura⁴ si conforma al modello della *procedural consolidation*. Essa non presuppone la soggettivazione del gruppo, neanche in senso processuale, bensì la legittimazione delle (sole) imprese ad esso appartenenti, che versino in stato di crisi o d'insolvenza, ad accedere «congiuntamente» alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Si ha, cioè, la convergenza dei soggetti legittimati su un'unica domanda, dagli stessi sottoscritta e presentata; nel caso delle società, v'è comunque necessità di un'apposita deliberazione o decisione dell'organo competente ai sensi degli artt. 44, comma 5, e 265 CCII, prevista ora espressamente anche per l'istanza di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'accesso «collettivo» delle imprese del gruppo alla procedura di crisi presuppone, in certo senso, l'inscindibilità del piano di gruppo (o dei piani collegati) rispetto alle «proposte» di concordato o all'accordo unitario (o agli accordi) di ristrutturazione dei debiti. Ciò spiega la prescrizione, all'art. 284, comma 5, CCII, di un'attestazione «unitaria» della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano (o dei piani) di gruppo da parte di uno stesso professionista indipendente: scelta sicuramente ragionevole e op-

Riv. dir. impr., 2016, pp. 681 ss.; L. Panzani, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, pp. 1153 ss.; G. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pp. 277 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni sulla nuova disciplina della crisi del gruppo di società*, materiali per il corso di perfezionamento su «Il nuovo diritto fallimentare» svoltosi presso l'Università di Firenze il 27 febbraio e il 14 marzo 2019; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 213 ss.; M. Arato, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in *Il Caso*, 10 aprile 2018, pp. 2 ss. (<http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1014.pdf>); S. Monti, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese*, in S. Sanzo e D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice del crisi di impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 305 ss.

3. Sull'argomento cfr., in generale, G. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485; B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Contratto e impresa*, n. 3/2016, pp. 689-722.

4. Resta così superato l'indirizzo tradizionalmente contrario della giurisprudenza di legittimità, su cui vds. i commenti di M. Fabiani, *Concordato preventivo e gruppo di società* (nota a Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559), in *Foro it.*, 2016, pp. 1372 ss.; G. Fauceglia, *Uno, nessuno, centomila: il concordato preventivo di gruppo* (nota a Cass., 13 ottobre 2015, n. 20559), in *Giur. comm.*, 2016, II, pp. 118 ss.; L. Abete, *Concordato preventivo "di gruppo"* (nota a Cass., 31 luglio 2017, n. 19014), in *Fallimento*, 2018, p. 179.

portuna, sebbene condizionante sotto il profilo delle eventuali modifiche del piano e delle sue ripercussioni. In ogni caso, è esplicita e inequivoca la scelta legislativa di salvaguardare la cd. autonomia delle masse attive e passive delle imprese di gruppo (art. 284, comma 3, CCII), che accedono al concordato o all'accordo di ristrutturazione "collettivo", restando esclusa qualsiasi forma di *substantive consolidation*⁵.

L'art. 284, comma 4, CCII richiede l'illustrazione delle «ragioni di maggiore convenienza» del piano di gruppo o dei piani collegati («reciprocamente collegati e interferenti»), e ciò in funzione del «migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese», per ragioni –verosimilmente– di trasparenza informativa. Invero, al di là dei proclami legislativi, il riferimento all'interesse dei creditori, nel contesto della domanda di accesso e con riferimento alla fase iniziale della presentazione, non appare grandemente significativo: conta soprattutto il (presumibile maggiore) valore del gruppo "risanato" come tale, che dovrebbe riverberarsi, poi, a favore di tutti gli *stakeholders* delle imprese in crisi. Comunque sia, l'allegata preferibilità del concordato o dell'accordo "di gruppo" implica l'illustrazione di una sintetica verifica comparativa tra la soluzione prescelta in concreto e le altre possibili soluzioni negoziali e non della crisi o dell'insolvenza (liquidazione giudiziale, concordato individuale o di gruppo, concordato liquidatorio, di continuità o misto, con assunzione etc.).

L'unificazione delle procedura comporta la valutazione unitaria di ammissibilità, da parte del tribunale ai sensi dell'art. 47 CCII, della "domanda di accesso" alla procedura di crisi presentata da tutte (e da ognuna del-) le imprese o società interessate, con intuibili vantaggi e complicazioni per le proponenti. L'unicità dell'istanza può anche accentuare il rischio d'inammissibilità della domanda di concordato; il che desta preoccupazioni, specialmente in pendenza di istanze di liquidazione giudiziale rivolte contro alcune. Unitaria è, altresì, la delibazione del tribunale in sede di omologa del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, in quanto basata, appunto, su una

«valutazione complessiva», sebbene condizionata potenzialmente dalle opposizioni dei creditori e dei soci delle *single* società (art. 285, commi 4 e 5, CCII).

L'art. 284, comma 4, CCII detta, poi, i contenuti informativi della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo inerenti alla struttura e ai vincoli di gruppo e al bilancio consolidato; ma si tratta, tutto sommato, di una prescrizione di valenza modesta, tenuto conto degli obblighi pubblicitari incombenti sulle società del gruppo alla stregua degli artt. 2421, n. 1, 2427, nn. 5 e 22-bis, 2428, 2497-bis cc e 42 d.lgs n. 127/1991. La sua utilità si apprezza soprattutto in chiave di trasparenza, completezza e facilitazione informativa, specie sotto il profilo dell'aggregazione e dell'aggiornamento dei dati contabili e societari.

2. I profili organizzativi del gruppo nella gestione della crisi

L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte dell'impresa *holding* comporta l'assunzione di doveri di "corretta organizzazione" del gruppo e, quindi, anche di doveri di "prevenzione della crisi" del gruppo e delle singole società o imprese appartenenti ad esso⁶.

Sul punto, la lacuna nella disciplina societaria della crisi è soltanto apparente, perché gli artt. 375, 377, commi 2-5, CCII e 2086, comma 2 (nuovo testo) cc si applicano senza dubbio anche alla capogruppo *in quanto tale*. Il che equivale a dire che il dovere di operare «la gestione dell'impresa nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma» e il «dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale» si proiettano sulle controllate, attraverso le quali l'impresa di gruppo o l'attività diretta e coordinata del gruppo di imprese è esercitata.

L'organizzazione del gruppo non riguarda soltanto la trasmissione delle direttive della *holding*,

5. Il rilievo è comune tra i commentatori della nuova disciplina: vds., in particolare, G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, op. cit., pp. 280 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni*, op. cit.; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto*, op. cit., pp. 213 ss.; sul fenomeno nell'esperienza Usa, vds. D. Vattermolli, *Gruppi insolventi e "consolidamento" di patrimoni* (substantive consolidation), in *Rivista di diritto societario (RDS)*, 2010, pp. 586 ss.

6. Il problema è particolarmente avvertito nella disciplina bancaria, che prevede l'istituzione di un *Early Warning System* volto al controllo sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della banca e imperniato su indicatori di natura quali-quantitativa, selezionati per monitorarne il profilo di rischio in vari ambiti (patrimonio, liquidità, governance, controlli interni, redditività, rischio creditizio, etc.) e fornire gli elementi necessari agli interventi e alle eventuali misure sanzionatorie o di sostegno della capogruppo: cfr. le *Disposizioni di vigilanza* (Banca d'Italia, circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e successive modifiche e integrazioni), parte I, titolo IV, capitolo 6, sezione III («Processo di gestione del rischio di liquidità») e parte III, capitolo 6, sezione III («Gruppo bancario cooperativo – Contratto di coesione»). Vds. pure, in tema, l'art. 6, comma 2, Tusp (d.lgs 19 agosto 2016, n. 175), che prevede, per le società a controllo pubblico, l'obbligo di predisporre «specifici programmi di valutazione del rischio aziendale» e di informarne l'assemblea attraverso la relazione sul governo societario.

ma si estende ai flussi informativi (ascendenti e discendenti), ai compiti “ampliati” (alla sfera delle controllate) degli organi amministrativi e di controllo della capogruppo e al monitoraggio della situazione patrimoniale e finanziaria complessiva delle società del gruppo⁷. Del resto, la realtà del gruppo di imprese è caratterizzata, di norma, da intensi rapporti infragruppo (commerciali, finanziari, di garanzia etc.) e talora anche dall'accentramento della tesoreria⁸, sicché l'integrazione funzionale e operativa delle attività accentua il rischio di una “propagazione” della crisi e dell'insolvenza.

Lo stesso vale per il dovere di «attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» prescritto dal combinato disposto degli artt. 375 e 377 CCII e 2086, comma 2 cc⁹. Esso non comporta, beninteso, un dovere d'intervento incondizionato della capogruppo in forma di “salvataggio” delle imprese in situazione di crisi o d'insolvenza: in questo senso depone anche la *Section 15.15 dell'EMCA (European Model Companies Act)* nel disegnare i presupposti della «*Parent liability*»¹⁰, che attribuisce peraltro in via esclusiva all'organo di gestione o di liquidazione o al curatore fallimentare della società controllata la legittimazione all'esercizio dell'azione.

Piuttosto, deve essere adeguatamente valutato e fronteggiato il rischio sistemico per il gruppo in caso di “abbandono” della controllata in difficoltà e, comunque, osservato, nella gestione della situazione di crisi del gruppo o di alcune delle sue componenti, il canone generale della «corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497 cc)¹¹. Ricorre infatti, di norma, un “interesse di gruppo” a evitare il contagio o anche soltanto un pregiudizio economico per la *holding* e le sue controllate (dirette o indirette), determinato dall'irrecuperabilità dei crediti, dall'escussione delle garanzie, dalla svalutazione delle partecipazioni etc.

In chiave positiva, l'attività di direzione e coordinamento implica l'espletamento di un ruolo decisionale strategico della *holding* nella gestione “unitaria e coordinata” della crisi del gruppo (o di alcune delle imprese e società del gruppo) e nella pianificazione complessiva della sua soluzione, al fine di realizzare, direttamente o indirettamente, sinergie e utilità per alcune o per tutte le imprese del gruppo. V'è la possibilità che la soluzione negoziale “di gruppo” generi un plusvalore o, comunque, limiti le perdite, anche soltanto nel senso della riduzione delle minusvalenze sui cespiti da liquidare, e produca economie di spese per la procedura nonché per l'assistenza e la consulenza; ciò risponde, senz'altro, all'interesse della *holding* in quanto tale.

Il ruolo decisionale strategico della controllante è enfatizzato anche dal fatto che il CCII, per così dire, apre alla rilevanza del gruppo “in senso forte” nelle soluzioni negoziali della crisi, prevedendo la possibilità di operazioni e trasferimenti di risorse infragruppo a servizio del concordato o dell'accordo (art. 285, comma 2, CCII). Il che, come meglio si vedrà, da un lato, pone un problema di “distribuzione interna” del plusvalore di gruppo (di cui occorre definire un ragionevole criterio); dall'altro, prospetta un rischio di trasferimenti (ingiustificati o sproporzionati) di ricchezza tra le masse patrimoniali “autonome” delle imprese o società coinvolte, con possibile pregiudizio dei creditori e dei soci, che va affrontato, appunto, nell'ambito di un progetto unitario di risanamento, liquidazione o ristrutturazione¹². A ciò si aggiunga l'opportunità o necessità del coinvolgimento di società o imprese “sane” del gruppo nella soluzione della crisi o dell'insolvenza, le quali non possono accedere, come tali, alla procedura di crisi, ma possono dare un sostegno determinante alla sua soluzione.

La domanda “unitaria” di accesso alla procedura presuppone che vi sia stata una decisione della capogruppo, condivisa o recepita, e comunque attuata e

7. Cfr., sul tema: L. Benedetti, *I flussi informativi nella crisi del gruppo*, in *Giur. comm.*, n. 2/2017, pp. 271 ss.; F. Guerrera, *I regolamenti di gruppo*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1599 ss.

8. Cfr. G. Verna, *Sulla presentazione di concordati preventivi da parte di gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 903 ss.; G. Lombardi e P.D. Beltrami, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 713 ss.

9. Per una lettura critica (e giustamente riduttiva) di questa prescrizione, cfr. V. Di Cataldo – S. Rossi, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2018, pp. 753 ss.

10. Cfr. par. 1: «*Whenever a subsidiary company, which has been managed according to instructions issued by its parents in the interest of the group, has no reasonable prospect, by means of its own resources, of avoiding a winding-up (crisis point), the parent company is obliged without delay to effect a fundamental restructuring of the subsidiary or to initiate its winding-up procedure*».

11. Vds., in argomento, M. Miola, *Attività*, *op. cit.*, pp. 2719 ss. e 2735 ss.

12. Su questi problemi vds., in particolare, R. Santagata, *Concordato preventivo “di gruppo” e “teoria dei vantaggi compensativi”*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.; G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, *op. cit.*, pp. 288 ss.; L. Panzani, *La disciplina della crisi di gruppo*, *op. cit.*, pp. 1153 ss.

formalmente assunta da ciascuna delle altre società del gruppo. L'atto potrebbe essere previsto e regolato dallo statuto o dal regolamento di gruppo, ferma restando la necessità di una delibera autonoma per ogni singola società. Non sembra, quindi, necessario un mandato alla *holding* (salva, com'è ovvio, la possibilità di conferire una procura speciale *ad hoc*) per la presentazione dell'unico ricorso, né tantomeno un preventivo "patto" tra le imprese del gruppo.

Altro discorso è, come si vedrà, quello concernente l'eventuale "accordo" inerente alla regolamentazione sostanziale dei rapporti di gruppo sottostanti al piano unitario (o ai piani collegati), che può riguardare anche il profilo dei vantaggi compensativi (art. 285, commi 2 e 5, CCII). Si noti che, anche per quest'aspetto, un modello di riferimento può essere rintracciato nell'art. 69-*duodecies* Tub, introdotto dal d.lgs n. 181/2015 in attuazione della direttiva BRR, che prevede la possibilità di concludere – sempre, però, in via preventiva – accordi di «sostegno finanziario di gruppo».

3. Peculiarità del piano e delle proposte di gruppo

La direzione strategica della *holding* dovrebbe mirare a: risanare le singole società del gruppo in stato di crisi o insolvenza (art. 284, comma 5, CCII); ottimizzare il soddisfacimento dei rispettivi creditori (art. 285, comma 2, CCII); tutelare, per quanto possibile, la posizione dei detentori degli "strumenti di capitale".

Il piano di gruppo unitario o i piani collegati devono, ai fini dell'ammissione della domanda di accesso alla procedura di regolazione concordata ai sensi dell'art. 44 CCII, dimostrare la fattibilità e convenienza della soluzione integrata della crisi in funzione di tali obiettivi (art. 284, commi 4 e 5, CCII). La discrezionalità dell'organo amministrativo della controllante sopravvive in misura limitata nella fase di crisi del gruppo¹³, dovendo il potere di gestione societario e imprenditoriale esercitarsi in modo vieppiù corretto e rispettoso dei diritti dei soci esterni e dei creditori.

L'autonomia patrimoniale delle masse attive e passive delle imprese del gruppo, ribadita dall'art. 284, comma 3, CCII, costituisce un limite alla costruzione delle soluzioni negoziali della crisi o dell'insol-

venza del gruppo. Si tratta, tuttavia, di un vincolo da intendere in senso sostanziale e relativo, non formale o assoluto: le operazioni e i «trasferimenti di risorse infragruppo» «a servizio del piano di ristrutturazione» sono ammessi (art. 285, comma 2, CCII) e vanno attuati, appunto, conciliandoli con il rispetto di tale limite.

L'eterodirezione (e la correlativa scelta delle modalità e dell'*iter* del risanamento) può giustificare l'imposizione di sacrifici a singole entità del gruppo, senza per questo connotare in senso "solidaristico" e, tantomeno, "mutualistico" l'interesse del gruppo. Quest'ultimo resta genuinamente "lucrativo", anche in uno scenario di salvataggio, perché la *holding* deve mirare a conservare i valori dei propri attivi, a partire da quello delle sue partecipazioni nelle controllate. Lo stesso vale per l'attribuzione di vantaggi (diretti o indiretti) derivanti, per esempio, da rinunce o garanzie infragruppo o dalla previsione di una cessione soltanto "parziale" di beni *ex art.* 85, comma 3, lett. a, CCII di una società a fronte della messa a disposizione di altre utilità.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, va rammentato che la giurisprudenza di legittimità, contro l'opinione dottrinale prevalente, insiste nell'affermare l'innammissibilità di una *cessio bonorum* "parziale", in sede concordataria, per violazione dell'art. 2740 cc¹⁴. Tuttavia, la tesi dell'inderogabile necessità di destinazione integrale del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai suoi creditori dovrebbe essere superata, almeno per i concordati di gruppo, proprio dalla possibilità di prevedere e attuare, per legge, trasferimenti di risorse infragruppo.

La previsione, nell'ambito del piano, di «operazioni contrattuali e riorganizzative» infragruppo e di «trasferimenti di risorse» da parte di una a beneficio di altre società del gruppo dovrebbe trovare, appunto, la sua "causa" – alla stregua degli accordi di risanamento o ristrutturazione o del concordato preventivo – nella stessa soluzione negoziale della crisi. Queste attribuzioni patrimoniali potrebbero essere regolate da un "contratto" (di devoluzione o di assistenza finanziaria, anche plurilaterale) collegato al piano e sottostante alla domanda di concordato o di omologa dell'accordo. Volendo richiamare il modello degli accordi di «sostegno finanziario di gruppo», prima ricordato, deve osservarsi che l'art. 69-*duodecies*, comma 4, Tub prevede finanziamenti, prestazioni di

13. Cfr. A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in R. Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 813; U. Tombari, *Crisi di impresa e doveri "corretta gestione e societaria" della società capogruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 644; N. Abriani, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Il nuovo dir. soc.*, n. 11/2012, p. 93; G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 605.

14. Cfr. Cass., 17 ottobre 2018, n. 26005, in *Fallimento*, 2019, 489 ss., con nota di L. Benedetti, *Il concordato con cessione parziale dei beni nell'ambito del gruppo in crisi tra passato e futuro*.

garanzie, messa a disposizione di beni o attività (da utilizzare come garanzia), nonché combinazioni di queste forme di sostegno mediante una o più operazioni, anche con soggetti terzi (estranei al gruppo).

La causazione di svantaggi, in relazione alle masse patrimoniali facenti capo alle imprese del gruppo, potrebbe essere compensata da idonee contropartite dirette o indirette alle società sacrificate; o – perché no? – da indennità dirette a favore dei creditori penalizzati e, perciò, astrattamente controinteressati a quella soluzione. Resta ferma, peraltro, l'esigenza di considerare, anche nei suoi effetti riflessi, il beneficio generato dal superamento stesso della crisi di gruppo.

L'art. 285, comma 2, CCII prescrive un'attestazione "supplementare", da parte di un professionista indipendente, circa la "necessità" delle operazioni infragruppo ai fini: a) della continuità di almeno alcune delle imprese del gruppo (con l'esclusione, invero non opportuna, dei trasferimenti infragruppo nei concordati liquidatori); b) del migliore soddisfacimento dei creditori «di tutte le imprese del gruppo». Quest'ultimo criterio dovrebbe intendersi in modo relativo ed elastico, nel senso cioè dell'equilibrio e della neutralità della scelta, complessivamente valutati, ammettendo disparità funzionali alla riuscita dell'operazione.

In altri termini, la nuova disciplina, letta alla luce del principio di autonomia privata, dovrebbe consentire di promuovere soluzioni negoziali più complesse e articolate della crisi del gruppo o delle imprese del gruppo. L'*atipicità* della proposta di concordato preventivo – sopravvissuta nel CCII (art. 85, comma 3, lett. a e b, CCII) a dispetto della rigida dicotomia finalistica continuità/liquidazione posta dall'art. 84, comma 1, CCII – può giovare, cioè, a valorizzare l'autonomia delle imprese proponenti nell'elaborazione del piano di ristrutturazione o di liquidazione di gruppo e delle proposte ai creditori.

Quella "dicotomia" – sia detto incidentalmente – contraddice la filosofia di fondo che ispira la moderna disciplina delle soluzioni negoziali della crisi d'impresa e rappresenta un'ipotesi concettuale della prassi e delle tendenze giurisprudenziali. Essa complica inutilmente l'applicazione delle regole concordatarie (basti pensare alle ambiguità del giudizio di "prevalenza" o alla difficoltà di ricondurre il concordato con assunzione allo schema continuativo o liquidatorio), ostacola senza ragioni l'accesso alla procedura di crisi

ed è ignorata, non a caso, dalla direttiva Ue del 22 novembre 2016 sui cd. quadri di ristrutturazione preventiva¹⁵.

In questo quadro, l'interesse "di gruppo" si risolve, quindi, nell'ottimizzazione della soluzione negoziale della crisi delle singole società interessate e si riverbera anche nella valorizzazione del patrimonio e della redditività delle stesse, nell'interesse dei rispettivi creditori, *in primis*, e degli stessi soci (in presenza, di un residuo attivo reale o virtuale, o comunque di un valore latente dell'impresa, anche se non espresso dal bilancio). Donde la necessità di definire il "perimetro" del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo in rapporto alla dimensione complessiva e alla configurazione del gruppo stesso.

4. Il perimetro del concordato o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo

Il "perimetro" del concordato o dell'accordo di risanamento o di ristrutturazione di gruppo (artt. 56 e 57 CCII) non necessariamente coincide con quello del gruppo in sé o della parte del gruppo in crisi. Alcune entità *in bonis* potrebbero, infatti, concorrere "dall'esterno" alla sua riorganizzazione nella posizione di assuntori, garanti o sovventori, sottoscrivendo la domanda di concordato o l'accordo in aggiunta ai soggetti legittimati o assumendo impegni collaterali e strumentali¹⁶.

L'interesse "di gruppo" al salvataggio o, più in generale, alla risoluzione della crisi può essere perseguito mediante l'assunzione, da parte delle imprese sane, di obblighi di devoluzione, garanzia, finanziamento, investimento, prestazione di beni e servizi a condizioni di favore etc., generalmente subordinati all'omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, o alla stipula dell'accordo di risanamento. Simili atti non sono da valutare, in linea di principio, contrari all'interesse sociale né, tantomeno, estranei all'oggetto della società che li compie. Possibile è, altresì, la previsione di finanziamenti pre-deducibili (artt. 99-102 CCII) e di nuovi apporti provenienti dalla *holding* o dai soci della società in crisi e dalle altre società del gruppo, nell'ambito del piano unitario o nei piani collegati.

15. Cfr., in tema, L. Stanghellini, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza - Editoriale*, materiali per il corso di perfezionamento su «Il nuovo diritto fallimentare» svoltosi presso l'Università di Firenze il 27 febbraio e il 14 marzo 2019; L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: Early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2017, pp. 129 ss.; Id., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 11 settembre 2017, <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/977.pdf>.

16. Sul punto, vds. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part III. Treatment of enterprise groups in insolvency*, New York, 2012, pp. 22 ss.

Naturalmente, in questo caso, gli organi societari di gestione delle imprese partecipanti alla soluzione negoziale di gruppo, esercitando la loro discrezionalità amministrativa, assumono una responsabilità verso i centri d'interesse "esterni", cioè verso i soci *non di controllo* e i creditori della capogruppo o delle società sorelle le quali, senza essere in crisi o insolventi, concorrono alla soluzione negoziale pianificata di gruppo: nel senso che il sacrificio dovrà essere giustificato, proporzionato e adeguatamente compensato, nella logica dell'art. 2497 cc.

L'allargamento del perimetro del concordato o dell'accordo ad altre entità del gruppo rende necessaria l'estensione dell'analisi di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano di risanamento, di ristrutturazione o di concordato da parte del professionista indipendente a tutte le società del gruppo coinvolte. Si avrà, quindi, un'attestazione unitaria del piano (art. 284, comma 5, CCII), come pure una valutazione giudiziale unica di fattibilità (anche economica) e di attendibilità dei relativi dati e presupposti ai fini dell'ammissione (art. 47 CCII).

L'adesione "dall'esterno" alla proposta di concordato o all'accordo di ristrutturazione o di risanamento, da parte di altre imprese *in bonis* o entità del gruppo, avrà per queste ultime effetti diversi, sebbene collegati alle regole di efficacia concorsuale (e, se del caso, extra-concorsuale) dello strumento negoziale utilizzato (artt. 44, comma 6, 56 e 17 CCII).

Per quanto riguarda, in particolare, il concordato, potrà profilarsi una "complicazione" della fase esecutiva in caso di "partecipazione" di altre imprese sane del gruppo, nel senso che il commissario giudiziale dovrà vigilare coerentemente (art. 118 CCII) anche sull'assolvimento degli impegni assunti da queste, ove essenziali alla riuscita del piano¹⁷, ma incontrerà limitazioni relativamente ai poteri d'intervento e sostitutivi che possono essergli attribuiti dal tribunale rispetto alle imprese non assoggettate alla procedura. Questo vale, a maggior ragione, per la figura l'amministratore giudiziario, che è organo della società in concordato e, quindi, può instare per l'attuazione degli obblighi delle altre imprese partecipanti, ma non agire direttamente in loro vece.

5. Pianificazione di gruppo e nuove regole concordatarie

Come si è detto, la soluzione negoziale di gruppo può essere programmata nell'ambito di un piano

unitario o di più piani collegati (di risanamento, di ristrutturazione e di concordato) in vista della regolazione della crisi o dell'insolvenza dell'intero gruppo o di una parte di esso.

L'art. 285, comma 1, CCII prevede espressamente la possibilità di combinare la liquidazione e la continuazione di alcune delle imprese di gruppo in funzione di un programma complessivo di soluzione della crisi. La "commistione" di fini ricorre frequentemente nelle soluzioni concordatarie e, a maggior ragione, in realtà imprenditoriali articolate e multiformi come quelle dell'impresa di gruppo, che mal si presta a essere governata dalla dicotomia introdotta dal CCII all'art. 84, comma 1.

Comunque sia, nel nuovo contesto normativo si pone, anche per il concordato di gruppo, un problema molto serio di "selezione" della disciplina applicabile, determinato dalle strette imposte dalla dicotomia tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale e dalle insidie della valutazione di "prevalenza" della finalità del concordato, che si traducono in altrettanti rischi d'inammissibilità della domanda *ex art. 47 CCII*. Com'è noto, l'art. 84, comma 4, CCII disincentiva il concordato liquidatorio, prescrivendo l'apporto di risorse aggiuntive e l'offerta di una percentuale minima di pagamento ai creditori chirografari; laddove il ricorso al concordato con continuità aziendale, seppure ostacolato da requisiti di accesso piuttosto stringenti, è reso più vantaggioso sotto il profilo della flessibilità e della libertà di formulazione della proposta (quanto a percentuali, necessità di risorse, previsioni di moratoria etc.).

Il problema è affrontato dal disposto dell'art. 285 CCII, che replica l'art. 84, comma 3, CCII, introducendo il discutibile criterio della "prevalenza quantitativa" dei flussi generati dalla continuazione dell'attività (descritti come «ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino»), rispetto a quelli generati dalla liquidazione, declinato in questo caso su base "consolidata". Le perplessità derivano, tuttavia, dall'intrinseca incongruenza del concetto di ricavato della continuità aziendale, inteso come fonte di copertura del fabbisogno concordatario, che si può superare soltanto ricomprendendovi la continuità cd. indiretta, che si realizza cioè tramite la cessione o l'affitto di complessi aziendali destinati alla cessione a terzi (proponenti o non).

Dovrebbe applicarsi anche al concordato "di gruppo", con gli opportuni adattamenti, quella singolare e altrettanto discutibile "presunzione assoluta

17. In argomento, vds. F. Guerrera, *L'esecuzione forzata del concordato preventivo nell'art. 185 l. fall. e nell'art. 118 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in corso di pubblicazione in *Scritti in ricordo di M. Sandulli*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 358 ss.

di prevalenza” della continuità aziendale introdotta dall’art. 84, comma 3, CCII nell’ipotesi di mantenimento in servizio di un numero di addetti pari ad almeno la metà della media dell’ultimo biennio precedente alla domanda. Si dovrebbe applicare, pertanto, il regime del concordato “con continuità aziendale”, ove il requisito risultasse rispettato, computando i lavoratori con riferimento al complesso delle imprese del gruppo che accedono congiuntamente alla procedura di crisi.

In questo quadro, così incerto e controverso, bisognerebbe porsi un quesito di fondo, e cioè se la soluzione concordataria “di gruppo” consenta – più di quella “individuale” e, appunto, nel segno della “rilevanza specifica” del gruppo – un recupero della *atipicità* della proposta di concordato preventivo e agevoli, così, il superamento delle strettoie evocate dal disposto dell’art. 285, comma 1, CCII.

In questa prospettiva, un altro profilo interpretativo critico è quello della dubbia applicabilità al concordato di gruppo della disciplina delle proposte concorrenti (art. 90 CCII). Non sembra, infatti, che possa ritenersi ammissibile la proposta formulata da un terzo, relativamente a singole imprese o società e incompatibile con il piano (o i piani collegati) di gruppo, né che possa operare, in presenza di proposte necessariamente differenziate in relazione alle diverse masse, la soglia di accesso di cui all’art. 90, comma 5, CCII. Tanto meno sembra praticabile una proposta concorrente, accompagnata magari dalla “ricapitalizzazione forzata” della *holding*, che implicherebbe l’assunzione di poteri di “direzione unitaria” da parte del terzo proponente anche sulle altre società accedute alla procedura di crisi, al di là dei confini entro cui si ammette il superamento del dibattuto principio di “neutralità organizzativa”¹⁸. Sembra, pertanto, preferibile l’opzione ermeneutica della disapplicazione dell’istituto alle crisi di gruppo.

In conclusione, occorre chiedersi se sia possibile superare (o forzare) i limiti o i vincoli alla libertà negoziale del proponente nella prospettiva di una valutazione “globale” del concordato di gruppo e in vista dell’obiettivo della migliore “valorizzazione virtuale” dell’impresa di gruppo, che implica, appunto, il «miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo» (art. 285, comma 1, CCII); senza dimenticare che, in caso di “continuità diretta”, l’obiettivo

è quello del «ripristino dell’equilibrio economico finanziario nell’interesse prioritario dei creditori, oltre che *dell’imprenditore e dei soci*» (art. 84, comma 2, CCII).

Probabilmente – o auspicabilmente – la risposta a tale domanda è affermativa, e questa rappresenterebbe la più importante chiave di rilevanza normativa del gruppo (*in senso forte*) nelle soluzioni negoziali della crisi.

6. Valutazione del piano di gruppo e approvazione delle proposte di concordato

Come si è detto, i proponenti del concordato sono chiamati a illustrare la convenienza della soluzione negoziale di gruppo per i creditori. In ogni caso, il piano unitario o i piani collegati, con la previsione della continuità aziendale diretta o indiretta e della liquidazione parziale dei beni, mettono capo a una pluralità di proposte ai creditori delle rispettive imprese.

Alla votazione “contestuale e separata” sulle proposte di concordato preventivo formulate dalle singole imprese istanti parteciperanno i relativi creditori, ma non i soci e, più in generale, i “detentori di strumenti di capitale”, quand’anche pregiudicati dal piano di soluzione. Il CCII non recepisce la soluzione prevista e suggerita in tal senso (sebbene non imposta) dalla proposta di direttiva Ue del 22 novembre 2016, che promuove la partecipazione di questi *stakeholders* all’adozione del piano di ristrutturazione, seppure scongiurando la possibilità di un loro ostruzionismo (art. 2, n. 3; art. 9, comma 1; art. 12)¹⁹.

L’approvazione della proposta di concordato “di gruppo” esige, secondo l’art. 286, comma 5, CCII, l’approvazione delle proposte di *tutte* le imprese che hanno presentato la domanda unitaria di concordato da parte dei creditori di *ognuna* di esse, secondo le regole generali in materia (classi, maggioranze etc.).

Il “classamento” dei creditori di ciascuna delle società proponenti non è obbligatorio, ma altamente probabile, alla luce dell’art. 85, comma 5, CCII, che introduce varie ipotesi di distinzione necessaria delle varie tipologie di creditori. Si è adottata, quindi, per la votazione dei creditori una logica di coordinamento e di separazione differente da quella scelta dall’art.

18. In argomento, sia consentito rinviare a F. Guerrera, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni di società in crisi*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 6/2018, pp. 1082 ss. ed ivi diffusi richiami alla dottrina in materia, tra cui si segnala, in particolare: V. Pinto, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 100.; M.L. Vitali, *Profili di diritto societario delle “proposte concorrenti” nella nuova disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 870; G. Ferri Jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, 2012, pp. 477 ss.

19. Cfr. L. Panzani, *La proposta di direttiva*, op. cit., pp. 129 ss.; Id., *Conservazione dell’impresa*, op. cit.; D. Vattermoli, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 858 ss.

4-bis, comma 2, dl n. 347/2003, che prevedeva la formazione di “sottoclassi” di creditori in ragione della situazione patrimoniale della società debitrice.

Sono escluse dal voto le imprese creditrici appartenenti al gruppo (art. 286, comma 6, CCII), sia *in bonis*, cioè estranee alla procedura di concordato, sia *a fortiori* partecipanti ad essa quali proponenti. Non si ha, quindi, data l'autonomia delle masse, l'elisione delle partite infragruppo, ma soltanto la loro “neutralizzazione” ai fini del voto per ragioni di trasparenza e correttezza della decisione collettiva.

Questa regola non si armonizza facilmente con la disciplina generale dettata in materia di voto nel concordato e appare anzi, per la verità, contraddittoria. Essa, infatti, da un verso, esclude dal voto e dal computo delle maggioranze le società appartenenti al gruppo e, in generale, i creditori “in conflitto d'interessi” sia nel concordato preventivo sia in quello fallimentare (artt. 109, comma 5 e 243, comma 5, CCII); dall'altro, attribuisce la legittimazione al voto al creditore che formula la proposta di concordato “concorrente” (e alle società del relativo gruppo), purché inserite in una apposita “classe” (art. 109, comma 6, CCII), mantenendo in vita l'attuale e discutibile soluzione compromissoria.

All'approvazione della proposta da parte dei vari gruppi di creditori concorsuali, segue, ricorrendone i presupposti, l'omologazione giudiziale sulla base di una valutazione unitaria e complessiva del piano di gruppo o dei piani collegati (art. 285, comma 4, CCII). In questa sede, vanno amministrati e risolti i possibili conflitti con i creditori e tra i creditori delle società del gruppo, così come i conflitti con i soci “esterni” delle società partecipanti alla soluzione negoziale della crisi, e anzitutto delle società proponenti dirette, che riguardano il trattamento loro riservato sulla base del piano, in ragione delle risorse patrimoniali e finanziarie disponibili, delle operazioni tra le imprese del gruppo, dei vantaggi direttamente o indirettamente arrecati all'una o all'altra massa e dei criteri di distribuzione del “plusvalore” creato dalla soluzione riorganizzativa.

La legge opta per un criterio “minimalista” o “neutrale” di soluzione del conflitto riguardo ai creditori: in caso di opposizione dei creditori legittimati ai sensi dell'art. 285, comma 3, CCII, il tribunale deve assicurarsi che essi possano essere «soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società» (in osservanza del principio *NCWO* - “no creditor worse off”); e questo vale anche per i trasferimenti di risorse all'interno del gruppo conseguenti alle operazioni contrattuali e riorganizzative previste dal piano. Ovviamente, il

giudizio d'indifferenza della soluzione concordataria per la singola massa patrimoniale, dal punto di vista dei creditori, implica la determinazione (tutt'altro che facile e incontrovertibile) del valore dell'impresa in prospettiva di gruppo, comparativamente a quella fallimentare.

Per quanto riguarda, invece, i soci esterni, i quali intendano far valere – sempre tramite l'opposizione all'omologazione – l'irragionevolezza del pregiudizio arrecato alla singola società dalle operazioni e dai trasferimenti di risorse infragruppo, l'art. 285, comma 5, CCII prevede l'applicazione del criterio dei «vantaggi compensativi» dettato dall'art. 2497 cc, in funzione della possibile esenzione della responsabilità del soggetto controllante da responsabilità per i danni da eterodirezione abusiva. Dovendo essere adattato, in sede di opposizione all'omologa, alla valutazione del piano (o dei piani) di gruppo²⁰, appare necessaria una sua reinterprete e rielaborazione in funzione concordataria: il che significa lasciare spazio all'apprezzamento del vantaggio concreto dato dal superamento della crisi di gruppo, così come delle eventuali contropartite, ove contemplate dal piano e oggetto di espressa pattuizione.

L'applicazione del criterio dei vantaggi compensativi potrà aversi non soltanto in chiave *indennitaria* (relativamente, cioè, ai benefici derivanti all'impresa dalla soluzione di gruppo: risparmi di spesa, finanziamenti prededucibili, continuazione di rapporti commerciali, forniture di beni e servizi, prestazione di garanzie infragruppo etc.), ma, in certa qual misura, non incompatibile con l'autonomia delle masse, anche *redistributiva*, facendo riferimento al “patrimonio consolidato” o, meglio, al “plusvalore atteso” dalla ristrutturazione. Inoltre, i vantaggi compensativi potrebbero essere non solo *attuali* e tangibili ovvero *potenziali* e prevedibili, ma anche puramente *virtuali* o *negativi*, così, per esempio, legati al “non esperimento” di azioni recuperatorie o risarcitorie di pertinenza della massa, in caso di dichiarazione d'insolvenza (ivi inclusa l'azione di responsabilità da eterodirezione abusiva ex art. 2497 cc contro la *holding* e i soggetti corresponsabili).

7. La tutela di creditori e dei soci delle società del gruppo in sede di omologazione

In sede di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione di gruppo, il tribunale gode di poteri alquanto penetranti allorché i creditori dissenzienti legittimati all'opposizione con-

20. Cfr. R. Santagata, *Concordato preventivo “di gruppo”, op. cit.*, pp. 213 ss.

testino, tramite questa, la convenienza della proposta (art. 112, comma 1, CCII) o gli effetti pregiudizievoli delle operazioni infragruppo (art. 285, comma 3, CCII); lo stesso vale, con riguardo a questi ultimi, per le contestazioni dei soci (art. 285, comma 5, CCII), che possono essere fatte valere attraverso l'opposizione. Peraltro, il criterio di soluzione del conflitto è, giustamente, differente per i creditori e per i soci delle società del gruppo.

Il giudizio sulla "convenienza" della proposta di concordato o dell'accordo di ristrutturazione, *dal punto di vista dei creditori opposenti* (dissenzienti o non aderenti), è basato, in ogni caso, anche quando è contestato il pregiudizio dell'operazione, su una valutazione complessiva del piano e sul raffronto di questo con i presumibili risultati della liquidazione giudiziale della "singola società" (cfr. art. 285, comma 4, CCII e artt. 48 e 112 CCII) e non anche di un eventuale concordato individuale (nel che potrebbe ravvisarsi una qualche incongruenza rispetto alla fase di ammissione al concordato di gruppo, specialmente alla luce del principio di autonomia delle masse).

Il giudizio sulla sussistenza (o accettabilità) del pregiudizio alla singola società, *dal punto di vista dei soci*, è imperniato invece sul criterio squisitamente societario dei vantaggi compensativi (art. 285, comma 5, CCII).

In questa prospettiva, devono essere segnalati i limiti intrinseci della tutela giudiziale dei soci dissenzienti realizzata attraverso il rimedio "endo-concorsuale" dell'opposizione all'omologa del concordato e dell'accordo di gruppo. Si tratta di limiti alquanto stringenti e severi, sotto il profilo del rito e soprattutto dei termini e delle modalità di difesa dei diritti e degli interessi astrattamente intaccati dalla soluzione contestata (artt. 48 e 112 CCII), specialmente se si considera la complessità delle operazioni contrattuali e riorganizzative, valutate in sé e in rapporto al piano di gruppo.

Queste regole processuali appaiono ispirate al discorso superamento del principio di "neutralità organizzativa" e al conseguente affievolimento dei diritti di partecipazione dei soci e degli investitori delle società delle società in crisi, ai quali non sarà consentito, per l'appunto, di esperire i normali rimedi societari – anzitutto invalidativi – avverso le decisioni contestate (artt. 2377, 2379, 2388, 2479-bis e *ter cc*). Può tornare utile, in proposito, il raffronto con l'art. 264 CCII sui poteri "straordinari" del curatore in ordine al compimento di atti e operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società, in

quanto previsti dal programma di liquidazione, che prevede una ridotta tutela dei soci opposenti della società fallita, lì addirittura compressa nei limiti ancor più angusti del reclamo contro gli atti del curatore *ex art.* 133 CCII.

Sembra da escludere, tuttavia, che tali limitazioni possano applicarsi anche ai soci delle società *in bonis* eventualmente coinvolte nel piano di ristrutturazione "di gruppo", con un ruolo anche determinante (per esempio, di finanziatore, garante o assuntore). Costoro, quali soggetti controinteressati, oltre a essere legittimati come terzi all'opposizione *ex art.* 48 CCII, potranno impugnare le deliberazioni lesive dei loro diritti, sebbene ciò costituisca un fattore di rischio con riguardo alla "fattibilità giuridica" del concordato²¹.

È, invece, inconcepibile l'opposizione di una società controllata (verosimilmente, in caso di cambio del controllo o dell'amministrazione per qualunque causa), poiché questa ha deciso "a monte" la presentazione della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo e l'ha irrevocabilmente sottoscritta tramite il suo rappresentante (cfr. artt. 44, comma 5 e 265 CCII). Ammissibile sarà, semmai, l'opposizione di altre società del gruppo estranee al perimetro del concordato come soggetti terzi *ex art.* 48 CCII, là dove controinteressate alla soluzione concordataria o ristrutturativa (verosimilmente, nel caso di sfaldamento e di conflittualità del gruppo).

8. La disciplina processuale del concordato e dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo

Come si è detto, la disciplina del concordato o dell'accordo "di gruppo", basato su un piano unitario o piani coordinati, è ispirato al modello della *procedural consolidation* e rappresenta un'alternativa al mero coordinamento procedurale previsto dall'art. 289 CCII, che prevede obblighi di informazione e collaborazione.

Il tribunale competente per il concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di gruppo – beninteso, di imprese o società aventi tutte sede in Italia (art. 284, comma 1, CCII) – è individuato con riferimento al COMI della capogruppo²² (art. 27 CCII), quand'anche *holding* "individuale" o, in mancanza di regolare pubblicità *ex art.*

21. Sulla questione, sia consentito rinviare a F. Guerrero, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura*, op. cit., pp. 1093 ss.

22. Cfr. G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, op. cit., pp. 277 ss.; L. Benedetti, *Osservazioni*, op. cit.; nella dottrina precedente all'emanazione del CCII, vds. A. Mazzoni, *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in

2497-bis cc, dell'impresa maggiormente indebitata. Non sono previste regole di riunione o coordinamento in caso di procedure separate, anche perché il concordato di gruppo è soltanto "facoltativo"; anzi, possono sorgere conflitti di competenza in caso di istanze di liquidazione giudiziale presentate, presso altri tribunali, contro una delle società del gruppo.

Resta salva, per i gruppi transfrontalieri, l'applicazione del regolamento Ue n. 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza, comprensive di quelle di ristrutturazione – *lato sensu* – dell'impresa, che segue la logica alternativa del "coordinamento" tra gli organi giurisdizionali delle procedure di crisi e d'insolvenza²³. Il regolamento, tuttavia, lascia irrisolti taluni problemi internazional-privatistici di "diritto societario della crisi", come quelli che riguardano atti, compiti e responsabilità inerenti alla situazione di crisi e alla fase di accesso alla procedura.

L'art. 286 CCII prevede per il «concordato di gruppo» la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale, a dispetto dell'autonomia giuridica delle singole imprese e delle relative masse (dove i possibili conflitti d'interessi insorgenti tra diversi gruppi di soci e di creditori; cioè, tuttavia, non sembra legittimare la nomina di diversi comitati dei creditori, in caso di concordati con cessione). Diversa è la soluzione scelta per la liquidazione giudiziale unitaria del gruppo dall'art. 287, comma 2, CCII, essendo possibile optare in quel caso anche per la pluralità degli organi, ove sussistano «specifiche ragioni».

L'eventuale procedimento di revoca del concordato per atti di frode e di apertura della liquidazione giudiziale (artt. 49, comma 2, e 106 CCII) deve essere condotto unitariamente. Anche i costi della procedura di gruppo sono stabiliti complessivamente e ripartiti tra le società in proporzione alle rispettive masse attive.

Il tribunale adito provvede all'omologazione del concordato o dell'accordo, ricorrendone i presupposti. L'unicità del procedimento di omologazione deriva dall'unità stessa del ricorso, cioè della domanda processuale delle imprese del gruppo, che prescinde dalla pluralità (eventuale) dei piani e di quella (necessaria) delle proposte collegate. Esso sfocia in un unico decreto di omologazione del concordato di gruppo, in esito alla deliberazione delle eventuali opposizioni dei creditori e di soci dissenzienti. In questo modo si supera la necessità di ricorrere al meccanismo, frequentemente adottato, delle condizioni sospensive "in-

crociate" dei concordati e degli accordi delle singole imprese e società del gruppo.

In questo sistema, pertanto, tutti i conflitti tra i centri d'interesse riferibili alle società del gruppo sono "internalizzati" e vanno risolti preventivamente o successivamente (cioè in sede di ammissione o di omologazione), nell'ambito della procedura unitaria, con gli strumenti e i rimedi concorsuali. Questo principio vale, tuttavia, per i conflitti in materia societaria soltanto nei limiti in cui è espressamente previsto, come si è già detto.

L'art. 286, comma 7, CCII prevede opportunamente l'applicazione dei principi in materia di annullabilità e di risoluzione "parziale" del contratto al concordato di gruppo, una volta omologato e, quindi, in fase esecutiva. Non può dubitarsi, invece – si ripete –, che l'ammissione al concordato preventivo debba essere *globale e incondizionata*, così come l'approvazione delle proposte da parte della maggioranza dei gruppi dei creditori o delle relative classi.

Piuttosto, va segnalata l'utilità, nella regolazione delle crisi di gruppo, del ricorso al rimedio di cui all'art. 118 CCII dell'esecuzione "in forma specifica" del concordato, che prevede il potenziamento della figura del commissario giudiziale e la possibilità della nomina di un amministratore giudiziario limitatamente alle imprese in crisi, come tali formalmente assoggettate alla procedura.

9. Le operazioni riorganizzative di gruppo

La riorganizzazione del gruppo può basarsi anche su "operazioni straordinarie" e ciò comporta l'applicazione della disposizione dell'art. 116 CCII, che detta una particolare disciplina della "stabilizzazione" delle trasformazioni, fusioni e scissioni delle società in concordato preventivo. Tale disposizione presenta alcune incongruenze e suscita perplessità, specie là dove fa riferimento alle contestazioni dei creditori sulla «validità» dell'operazione (anziché al rimedio specifico dell'opposizione *ex artt.* 2500-*novies*, 2503 e 2506-*ter*, comma 3, cc), a tutela della garanzia patrimoniale del credito.

L'impressione è quella che sia mancata un'adeguata considerazione della scansione del procedimento, peraltro non identica per tutte le operazioni straordinarie, e del carattere generalmente "condizionato" (all'omologazione del concordato o dell'accor-

RDS, 2010, p. 552.

23. Cfr. M. Maugeri, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 2/2018, pp. 222 ss.; F.M. Muciarelli, *Il Regolamento sulle insolvenze transfrontaliere e la delega italiana sulla crisi d'impresa*, in *Riv. soc.*, n. 4/2018, pp. 891 ss.

do) della delibera di trasformazione, fusione, scissione adottata in tale contesto²⁴.

La volontà del legislatore sembra essere, comunque, quella di far confluire qualsiasi contestazione sull'operazione straordinaria, in termini di validità, efficacia o esecuzione, in ragione della sua provenienza *soggettiva*, nell'alveo dell'opposizione dei creditori dissenzienti all'omologazione unitaria del concordato, peraltro dettando una disciplina processuale *ad hoc*. L'art. 116, comma 2, CCII prevede la pubblicazione del piano nel registro delle imprese di tutte le società interessate e la fissazione, ad almeno trenta giorni da tale adempimento, di un'udienza per la trattazione dell'opposizione (*al piano*, quindi, e *non alla delibera* riorganizzativa con essa programmata); opposizione che dovrebbe essere regolata per ogni altro aspetto dalla disposizione dell'art. 48 CCII in materia di omologazione.

Resta il dubbio se la disciplina vada applicata, per analogia, anche all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, rispetto ai creditori "non aderenti", come parrebbe coerente.

L'art. 116, comma 3, CCII stabilisce poi, del tutto opportunamente, l'irreversibilità degli effetti dell'operazione nel caso di risoluzione o annullamento del concordato, facendo salvo però il diritto al risarcimento del danno, secondo la disciplina societaria generale in materia (artt. 2500-*bis*, 2504-*quater* e 2506-*ter* cc).

Va segnalato, infine, che non dovrebbe applicarsi a queste operazioni il regime ordinario del recesso dei soci dissenzienti, che potrebbe arrecare notevoli ostacoli alla fattibilità del piano, in conformità con l'art. 6, comma 2, lett. c, n. 3, l. n. 155/2017, e ciò malgrado la sua mancata attuazione. Il problema si pone per le trasformazioni, le fusioni e scissioni trasformative, le scissioni non proporzionali e, in misura maggiore, per le srl (si pensi all'aumento di capitale con esclusione dell'opzione: art. 2481-*bis*, comma 1, cc), prescindendo qui da particolari previsioni di recesso "statutario".

Sembrano dunque parecchi – specie nella prospettiva del "diritto societario della crisi" – i punti critici su cui occorrerebbe intervenire per una revisione e messa a punto del CCII, prima della sua entrata in vigore.

24. Cfr. M. Maltoni, relazione al convegno su «Prime letture della riforma del diritto fallimentare», organizzato dall'Associazione «*Insignum*», Roma, 15 febbraio 2019.

L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano

di Paola Vella

Introducendo gli strumenti di allerta, l'Italia si è collocata tra gli ordinamenti concorsuali d'avanguardia nel panorama internazionale. Tuttavia, se è ormai universalmente riconosciuto che solo una tempestiva rilevazione degli indizi della crisi consente di prevenire l'insolvenza, resta in concreto assai problematico congegnare meccanismi idonei ed efficaci. Più delle procedure, serve una rivoluzione culturale del mondo imprenditoriale.

1. La lunga gestazione delle misure di allerta / 2. Gli “Strumenti di allerta” (interna ed esterna) / 3. I soggetti destinatari degli strumenti di allerta / 4. Le «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi» / 5. Il bilanciamento con i crediti vantati nei confronti della pubblica amministrazione / 6. Le «Misure premiali» / 7. La direttiva (UE) 2019/1023 su ristrutturazione e insolvenza / 8. Conclusioni e prospettive

1. La lunga gestazione delle misure di allerta

L'introduzione, nel titolo II della parte prima del nuovo «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», degli «Strumenti di allerta» (capo I) e del «Procedimento di composizione assistita della crisi» (capo III) – destinati a entrare in vigore il 15 agosto 2020 – costituisce una delle principali novità dell'intervento riformatore, come emerge da tutte le relazioni illustrative dei vari schemi e atti normativi succedutisi nel quadriennio preparatorio della riforma (gennaio 2015-gennaio 2019), sul condiviso presupposto che la possibilità di salvaguardare il valore dell'impresa in crisi è direttamente proporzionale alla tempestività dell'intervento risanatore e che, specularmente, il ritardo nel percepirne i segnali rende spesso irreversibile la sua degenerazione in stato di insolvenza e, al tempo stesso, vano – se non addirittura dannoso – ogni tardivo tentativo di ristrutturazione.

Anche sulla spinta alla ristrutturazione precoce proveniente da Commissione Ue, Banca mondiale e Unictal, il legislatore italiano si è determinato a introdurre una fase preventiva di «allerta», finalizzata a favorire l'emersione anticipata della crisi attraverso

l'istituzione di un organismo professionale pubblico (non giudiziario) terzo, chiamato a fungere da “collettore” delle segnalazioni del malessere economico o finanziario dell'impresa provenienti da soggetti qualificati, ad analizzarne rapidamente le cause e individuare insieme all'imprenditore possibili soluzioni, nonché a fornire a quest'ultimo l'ausilio per addivenire a una «composizione assistita della crisi» attraverso negoziati con tutti o anche solo alcuni dei creditori, ovvero, in mancanza, a indirizzarlo verso le procedure concorsuali allestite dall'ordinamento per far fronte alla crisi e all'insolvenza.

La *ratio* di tali misure – secondo la connotazione a esse impressa sin dall'origine dei lavori preparatori – è stata quella di creare un ambito confidenziale, ma professionalmente qualificato, di confronto tra i contrapposti (e non necessariamente divergenti) interessi del debitore (nonché degli eventuali organi societari di controllo) e dei creditori, evitando una negoziazione tardiva, improvvisata o solitaria dell'imprenditore, in vista di un risultato possibilmente risanatorio, ma comunque di più ordinata ed efficiente regolazione della crisi, se non dell'insolvenza frattanto maturata.

Erano questi i cardini dello schema di legge delega consegnato a fine dicembre 2015 dalla cd. “prima

Commissione Rordorf¹. Solo a ottobre 2017, dopo una lunga gestazione di quasi due anni, ha visto la luce la legge delega n. 155, che ha peraltro integrato lo schema dell'art. 4 con minuziose disposizioni, il cui livello di dettaglio è subito parso poco consono al modello normativo adottato. A fronte di un quadro normativo così dettagliato, i margini di intervento del legislatore delegato restavano dunque assai circoscritti.

Su questa base, il 22 dicembre 2017 (a distanza di soli 78 giorni dal decreto di nomina) la cd. “seconda Commissione Rordorf”² ha consegnato al Ministro della giustizia, entro il brevissimo termine assegnato, gli schemi di decreto legislativo sulla riforma organica della materia concorsuale e su modifiche a disposizioni del codice civile in materia societaria.

Senonché, il decreto legislativo n. 14 del 2019, recante il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito: “CCII”) è stato pubblicato a distanza di oltre un anno dalla consegna degli schemi elaborati in estrema urgenza.

Rispetto agli articoli predisposti dalla Commissione in tema di allerta e composizione assistita della crisi, le modifiche apportate dal legislatore delegato sono state non molte, ma certamente di forte impatto, specie con riguardo alla elevazione delle “soglie” di attivazione dell'allerta. Di tali divergenze si darà conto nel prosieguo dell'analisi.

2. Gli “Strumenti di allerta” (interna ed esterna)

Il quadro degli strumenti di allerta si compone, nel CCII – le cui norme sono per lo più destinate a

entrare in vigore il 15 agosto 2020 –, di due tipologie di obblighi: gli obblighi di segnalazione (a carico di soggetti qualificati) e gli obblighi organizzativi (a carico dell'imprenditore).

Pertanto, il suddetto capo I si completa con la parte seconda del CCII, recante le «Modifiche al codice civile» – queste, in vigore dal 16 marzo 2019 –, ove sono disciplinati gli «assetti organizzativi dell'impresa» (art. 375) e gli «assetti organizzativi societari» (art. 377), attraverso modifiche, rispettivamente, all'art. 2086 cc e agli artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies e 2475 cc (che al primo fanno espresso rinvio per tutti i tipi di società).

Gli obblighi di segnalazione riguardano due categorie di soggetti: per l'allerta cd. “interna”, gli organi di controllo societari, i revisori contabili e le società di revisione, i quali sono tenuti a segnalare i «fondati indizi della crisi» (art. 14), sulla base di appositi «indicatori della crisi», ossia «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa» (art. 13)³; per l'allerta cd. “esterna”, invece, i «creditori pubblici qualificati» – Agenzia delle entrate, Istituto nazionale della previdenza sociale e agente della riscossione – i quali devono attivarsi al superamento di una soglia di esposizione debitoria di importo rilevante, secondo parametri quantitativi e temporali diversificati per ciascuno dei predetti enti (art. 15)⁴.

Peraltro, più che di obblighi dovrebbe parlarsi di oneri. Invero, per la prima categoria di soggetti (allerta interna), solo la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo – seguita, in caso di inerzia di quest'ultimo, dalla tempestiva segnalazione all'organismo di composizione della crisi – consente loro di

1. Si tratta della «Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali», costituita il 28 gennaio 2015 dal Ministro della giustizia, di cui l'Autrice è stata componente.

2. «Commissione di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo in vista dell'approvazione del disegno di legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», costituita il 5 ottobre 2017 dal Ministro della giustizia, di cui l'Autrice è stata componente, nella veste di presidente della Prima sottocommissione, che ha curato le proposte sulle «Disposizioni generali» (titolo I, artt. 1-11) e, appunto, sulle «Procedure di allerta e composizione assistita della crisi» (attuale titolo. II, artt. 12-25).

3. Rispetto al testo elaborato dalla Commissione, molte sono le modifiche apportate all'art. 13 dal legislatore delegato. Fra esse meritano menzione il riferimento a indici che «misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi» e la possibilità, per l'impresa che motivatamente non ritenga adeguati gli indici elaborati dal Cndcec, di indicare nella nota integrativa al bilancio diversi indici la cui adeguatezza alla specificità dell'impresa sia attestata da un professionista indipendente (una sorta di indici “in house”).

4. Assai provvida risulta la «Revisione dei parametri» prevista dall'art. 354 CCII, per cui – al fine di migliorare la tempestività e l'efficienza delle segnalazioni dirette a favorire l'emersione precoce della crisi di impresa – si provvederà alla eventuale revisione delle disposizioni contenute nell'art. 15, con riguardo sia alla tipologia dei debiti sia alla loro entità, sulla base dei dati elaborati dall'«Osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi di impresa», da costituire ai sensi dell'art. 353 CCII, con il compito (tra l'altro) di monitorare l'andamento delle misure di allerta e di proporre le eventuali modifiche normative necessarie a migliorarne l'efficienza. I dati elaborati dall'Osservatorio costituiranno anche la base della dettagliata relazione che il Ministro della giustizia dovrà presentare al Parlamento sull'applicazione del CCII, entro due anni in sede di prima applicazione e, successivamente, ogni tre anni (art. 355 CCII). Peraltro, nella relazione illustrativa si è sottolineato che «tanto per l'individuazione di modalità e termini di segnalazione degli indicatori di crisi da parte dei creditori pubblici qualificati quanto per la determinazione delle misure premiali a favore dei debitori che facciano tempestivo ricorso ai procedimenti sovra menzionati, si è tenuto conto dei suggerimenti forniti dal Ministero dell'economia e delle finanze, nonché dall'Agenzia delle entrate e dall'Istituto di previdenza sociale».

fruire dell'esonero «dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere» dall'organo amministrativo⁵, sempre «che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione» (art. 14, commi 2 e 3). Per la seconda categoria di soggetti, invece (allerta esterna), la mancata attivazione alle condizioni previste per ciascuno di essi dall'art. 15 comporta, per Agenzia delle entrate e Inps, l'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari, e per l'agente della riscossione l'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione.

Gli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore nel codice civile (cui fa riferimento l'art. 12, comma 1) sono esplicitati anche tra i «Principi generali» del CCII, all'art. 3 («Doveri del debitore»), che impone all'imprenditore individuale di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugi le iniziative necessarie a farvi fronte» (comma 1), e all'imprenditore collettivo di «adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative» (comma 2).

Il principio cardine su cui fa perno il nuovo approccio alla crisi d'impresa è che, ai sensi del novellato art. 2086 cc, l'imprenditore societario o comunque collettivo «ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

A questo dovere fa eco quello degli organi di controllo societari, dei revisori contabili e delle società di revisione – ciascuno nell'ambito delle rispettive funzioni – di verificare che l'organo amministrativo monitori costantemente (assumendo, se del caso, appropriate iniziative) l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, il suo equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'eventuale esistenza di fondati indizi della crisi (art. 14, comma 1) mediante una co-

municazione scritta e motivata, recante l'invito a riferire sulle soluzioni individuate entro un termine non superiore a trenta giorni, decorso inutilmente il quale (così come in caso di mancata adozione, nei successivi sessanta giorni, delle misure proposte) i suddetti soggetti dovranno effettuare una tempestiva segnalazione all'Ocri («organismo di composizione della crisi d'impresa»).

In funzione ancillare va letta la disposizione contenuta nell'art. 379, comma 1, CCII che, in attuazione di uno specifico e dettagliato principio di delega (art. 14, lett. g, l. 155/17), ha modificato l'art. 2477 cc ridefinendo le soglie oltre le quali la nomina dell'organo sindacale o del revisore diventa obbligatoria nelle società a responsabilità limitata, sempre al fine di favorire l'emersione anticipata e la gestione tempestiva della crisi; in particolare, ciò accade quando la srl abbia «superato, per due esercizi consecutivi, almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 [in luogo di 4,4] milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 [in luogo di 8,8] milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 10 [in luogo di 50] unità». Detto obbligo cessa «quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti».

Il secondo comma dispone invece che, qualora non si provveda alla nomina dell'organo di controllo o del revisore entro il termine previsto dall'articolo 2477, comma 5, cc, il tribunale provveda alla nomina, oltre che su richiesta di ogni interessato, anche «su segnalazione del conservatore del registro delle imprese». Il terzo comma (introdotto sulla base di un'osservazione della Commissione giustizia della Camera) ha, infine, fissato in nove mesi il termine per provvedere alla costituzione degli organi di controllo.

La nuova disciplina presenta due novità: 1) il consistente abbassamento delle soglie di riferimento⁶; 2) il rilievo autonomo assegnato a ciascuna di esse, mentre per il venir meno dell'obbligo è necessario che la società scenda al di sotto di tutte le soglie per tre (e non più due) esercizi consecutivi.

Infine, per superare eventuali carenze di comunicazione interna tra gli organi societari, e comunque per stimolare la massima tempestività nell'attivazione del meccanismo bifasico di allerta (dapprima) interna e (poi) esterna, l'art. 14, ultimo comma, pone a carico di banche e altri intermediari finanziari l'obbligo di

5. Il legislatore delegato non ha ripetuto l'inciso «in difformità dalle prescrizioni ricevute» che, nello schema della Commissione, mirava a meglio circoscrivere il perimetro di questa causa di esonero da responsabilità.

6. In sede di conversione in legge del cd. «decreto sblocca cantieri», i parametri di cui all'art. 379 CCII sono stati nuovamente rivisti al ribasso. In particolare, ferma restando l'obbligatorietà della nomina in caso di redazione del bilancio consolidato o di controllo di una società obbligata alla revisione legale dei conti, i nuovi limiti sarebbero: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità (vds. art. 2-bis, comma 2, inserito dal ddl di conversione in legge del dl 18 aprile 2019, n. 32, trasmesso al presidente del Senato il 7 giugno 2019).

notiziare anche gli organi di controllo societari circa le variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti comunicate al cliente⁷.

Tanto gli obblighi di segnalazione quanto gli obblighi organizzativi concorrono dunque al perseguimento dell'obiettivo di una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, ai fini di una tempestiva adozione delle misure idonee a superarla o, comunque, a regolarla nel miglior modo possibile, tenuto conto di tutti gli interessi coinvolti (*in primis* dei creditori).

La scommessa, a fronte di obblighi che potrebbero essere visti come una indebita ingerenza nella libertà di iniziativa economica dell'imprenditore – tutelata anche dall'art. 41 Cost., sia pure con il limite di non potersi svolgere «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» –, è sull'effetto virtuoso di una *disclosure* della crisi accelerata dall'esterno, in quanto capace di indurre nel debitore una reazione pro-attiva. D'altro canto, è sempre crescente – anche a livello europeo – la consapevolezza della centralità dell'impresa come bene a sé stante, a fronte di interessi, quali quelli dei lavoratori (*cf.* art. 84 CCII, in tema di concordato preventivo con continuità aziendale indiretta), ritenuti meritevoli di altrettanta considerazione rispetto a quella data ai creditori pubblici (*cf.* art. 15 CCII), ovvero ai finanziatori, così come ai fornitori e tutti gli altri *stakeholder*, potendo in ultima analisi affermarsi che il risanamento di un'impresa risponde olisticamente all'interesse generale dell'economia e del mercato.

Infine, “a valle” dei principi di organizzazione, monitoraggio e segnalazione che informano la fase ancora “fisiologica” della vita dell'impresa, si colloca – in funzione dell'eventuale fase “patologica” – l'istituzione, presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura (Cciaa), del già menzionato Ocri (art. 16), con il triplice compito di: ricevere dai soggetti qualificati le segnalazioni di fondati indizi della crisi delle imprese la cui sede legale si trova nel relativo ambito territoriale; gestire il procedimento dell'allerta tramite l'ufficio del referente (che potrà essere costituito, anche in forma associata, da diverse Cciaa); assistere l'imprenditore nella procedura di composizione assistita della crisi da questi attivata, nominando a tal fine un collegio di tre esperti

indipendenti, designati – tra gli iscritti all'istituendo «Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza» (art. 356) – uno dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente in base alla sede legale dell'impresa (o da un suo delegato), uno dal presidente della Cciaa (o da un suo delegato, diverso dal referente) e «uno appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, individuato dal referente, sentito il debitore, tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria» (art. 17, comma 1)⁸.

3. I soggetti destinatari degli strumenti di allerta

In attuazione del principio di cui all'articolo 4, comma 1, lett. a, legge delega n. 155/2017, l'art. 12 traccia, nei commi 4 e 5, il perimetro soggettivo degli strumenti di allerta.

In linea di principio, essi si applicano a tutti i debitori che svolgono attività imprenditoriale; restano, però, escluse innanzitutto le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione e le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante, «secondo i criteri stabiliti dal regolamento della Consob concernente la disciplina degli emittenti» (comma 4).

Il successivo comma 5, discostandosi dalla proposta della Commissione (anche a causa della mancata attuazione della legge delega in tema di liquidazione coatta amministrativa), contiene un lungo elenco di imprese escluse dagli strumenti di allerta, in quanto assoggettate da leggi speciali, in via esclusiva, alla liquidazione coatta amministrativa (lca - come tali, già soggette a specifici regimi di vigilanza): si tratta di banche, imprese di intermediazione finanziaria, istituti di moneta elettronica e di pagamento, sim, fondi comuni di investimento, imprese di assicurazione e riassicurazione, nonché fondazioni bancarie, Cassa depositi e prestiti, fondi pensione, società fiduciarie e di revisione.

Per le imprese soggette a lca ordinaria, il comma 8 dell'art. 12 prevede invece un particolare procedi-

7. Per una compiuta disamina del tema, vds. G. Falcone, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, n. 2/2019, pp. 43 ss.

8. L'articolato meccanismo di designazione e nomina dei tre esperti – per quanto possa risultare, in alcuni casi, sovrabbondante – mira ad assicurare la presenza nel collegio dei necessari profili di competenza aziendalistica, contabile e legale (art. 17, comma 4), anche in vista di una suddivisione dei compiti ai fini dell'autonoma predisposizione di una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché dell'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali (art. 19, comma 2), ovvero dell'attestazione di veridicità dei dati aziendali su richiesta del debitore che intenda accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti o al concordato preventivo (art. 19, comma 3); in tal modo, si garantisce anche una maggiore celerità del procedimento.

mento di allerta e composizione assistita della crisi, integrato ai sensi dell'art. 316, comma 1, lett. *a* e *b*.

Ulteriore novità rispetto allo schema della Commissione è che le imprese escluse dall'allerta sono comunque ammesse a godere, ricorrendone le condizioni di tempestività, delle misure premiali.

L'art. 12, comma 7, dispone infine che gli strumenti di allerta si applicano anche alle imprese agricole e alle imprese "minori", queste ultime come definite dall'art. 2, comma 1, lett. *d*, CCII, entrambe soggette al «sovraindebitamento» di cui alla lett. *c* del medesimo articolo, sia pure compatibilmente con la loro struttura organizzativa. Peraltro, anche al fine di non disperdere esperienze già acquisite ed evitare il rischio di gravare oltremodo il nuovo organismo (l'Ocri), per i suddetti debitori⁹ sono state mantenute – con riguardo alla gestione della fase della composizione assistita della crisi che faccia seguito (o meno), all'allerta – le funzioni degli organismi che già oggi si occupano del sovraindebitamento (gli Occ, di cui alla vigente legge n. 3/2012 e successive modificazioni).

4. Le «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi»

L'intero procedimento di composizione assistita della crisi, di cui ai capi II e III del titolo II della parte prima del CCII, è improntato a principi di riservatezza¹⁰ (vds. art. 17, comma 3, per cui nella richiesta di designazione degli esperti non devono esservi riferimenti idonei all'identificazione del debitore), confidenzialità (vds. art. 18, comma 1, sulle modalità

dell'audizione del debitore e degli eventuali organi di controllo dinanzi al collegio, all'esito delle segnalazioni ricevute dall'Ocri), stragiudizialità (vds. art. 18, comma 5, per cui, se il debitore dopo l'audizione non assume alcuna iniziativa nel termine fissato dal collegio per l'adozione delle misure dirette a porre rimedio allo stato di crisi, il referente, su relazione scritta del collegio, si limita a darne comunicazione agli autori delle segnalazioni, i quali restano perciò liberi di assumere o meno ulteriori iniziative) e volontarietà (vds. art. 19, comma 1, per cui il procedimento di composizione assistita si può aprire solo su iniziativa del debitore).

Al riguardo, l'art. 21, comma 4, prevede – «in ossequio al principio della riservatezza e confidenzialità e al fine di evitare ostacoli in capo al debitore nell'illustrare al collegio la reale situazione dell'impresa», come si legge nella relazione illustrativa – che gli atti e la documentazione acquisita o prodotta nel procedimento possono essere utilizzati unicamente nell'ambito della liquidazione giudiziale o di un procedimento penale. Sul punto non è stata ripetuta la riserva apposta dalla Commissione con riguardo alla «esclusione delle dichiarazioni rese dal debitore», anche se nella relazione illustrativa si chiarisce che vanno naturalmente rispettate le norme che disciplinano l'acquisizione e l'utilizzabilità dei documenti in ambito penale. Ciò potrebbe, comunque, rappresentare una remora per il debitore a esporre in modo trasparente la propria situazione¹¹.

In ogni caso, i suddetti caratteri cessano di operare – intervenendo incidentalmente un vero e proprio procedimento giurisdizionale regolato dagli artt. 54 e

9. Sia le imprese agricole che quelle minori non sono attualmente assoggettabili a fallimento e, anche in base al CCII, non saranno assoggettabili alla corrispondente «liquidazione giudiziale», bensì alla cd. «liquidazione controllata» del debitore in stato di sovraindebitamento di cui agli artt. 268 ss. CCII, sia pure con la rilevante novità che la domanda di accesso a tale procedura potrà essere presentata non solo dal debitore, ma pure «da un creditore, anche in pendenza di procedure esecutive individuali e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, dal pubblico ministero» (art. 268, comma 2, CCII).

10. Non esclude (almeno in teoria) il carattere di riservatezza la previsione di un «elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, da cui risultino anche le domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza», che le Cciaa devono rendere disponibili «esclusivamente ai creditori pubblici qualificati» (art. 15, comma 6) per agevolarne le iniziative in materia di allerta ed evitare che essi subiscano le conseguenze dannose della loro inerzia, in termini di inefficacia del titolo di prelazione. Il tema della *privacy* resta comunque delicato. Tra l'altro, occorre considerare che: l'art. 18, comma 6 già prevede che «dell'eventuale presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi da parte del debitore il referente dà notizia ai soggetti qualificati di cui agli artt. 14 e 15 che non abbiano effettuato la segnalazione, avvertendoli che essi sono esonerati dall'obbligo di segnalazione per tutta la durata del procedimento»; il comma 5 dell'art. 18 prevede che il referente dia «immediata comunicazione agli autori delle segnalazioni» del fatto che il debitore non abbia assunto alcuna iniziativa allo scadere del termine assegnato dal collegio dopo l'audizione; l'art. 21, comma 3, prevede che l'Ocri dia comunicazione della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita della crisi ai soggetti di cui agli artt. 14 e 15 che non vi hanno partecipato; l'art. 12, comma 8, dispone che gli obblighi di segnalazione cessano in pendenza di una procedura concorsuale (la cui apertura determina la chiusura del procedimento di allerta e composizione assistita della crisi). D'altro canto, la funzione assegnata all'elenco nazionale appare in qualche modo "monca", poiché contempla solo le iniziative assunte dal debitore, e non anche quelle di creditori e pm.

11. Peraltro, l'art. 4, comma 2, CCII («Doveri delle parti») prescrive al debitore (così come ai creditori) di comportarsi secondo buona fede e correttezza «nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono» – espressione la cui latitudine potrebbe inglobare anche i negoziati della procedura di composizione assistita della crisi –, imponendogli espressamente obblighi di trasparenza, oltre che di tempestività e prudenza.

55 CCII – laddove l'imprenditore che presenti istanza per la soluzione concordata della crisi decida di rivolgersi al tribunale (sezione specializzata in materia di imprese) per ottenere le misure protettive necessarie a condurre a termine le trattative (art. 20, commi 1 e 2), in modo da impedire o paralizzare eventuali aggressioni del proprio patrimonio (o dei beni facenti parte dell'impresa) da parte dei creditori, nel periodo di tempo occorrente all'espletamento della procedura e all'eventuale raggiungimento di accordi negoziali. Conseguentemente, la loro durata massima corrisponde a quella delle trattative, risultando perciò pari a non più di sei mesi (*ex art. 19, comma 1*), fermo restando che eventuali proroghe del termine iniziale di tre mesi sono possibili solo a fronte di significativi progressi nelle trattative che rendano probabile il raggiungimento dell'accordo, sulla base di apposita attestazione del collegio amministrativo (art. 20, comma 3).

L'art. 12, comma 3, prevede una ulteriore e importantissima forma di protezione tanto degli strumenti di allerta quanto della procedura di composizione assistita della crisi, stabilendo (in analogia a quanto previsto nel concordato in continuità aziendale dall'art. 186-*bis*, comma 3, l.fall.) che la loro attivazione non può costituire di per sé – fatta salva, quindi, la rilevanza di ulteriori circostanze – causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi, pena la nullità di eventuali patti contrari.

Un assai più problematico arretramento del principio di stragiudizialità (che, però, deriva direttamente dalla legge delega n. 155/2017) si registra nell'art. 22 CCII, in base al quale il collegio, se ritiene evidente lo stato di insolvenza, lo segnala con relazione motivata al referente, il quale ne dà notizia al pubblico ministero per l'eventuale esercizio, entro sessanta giorni, dell'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 38 CCII* (*i.e.* l'attuale fallimento), nei seguenti casi: 1) mancata comparizione del debitore per l'audizione dinanzi al collegio; 2) mancato deposito, dopo l'audizione, dell'istanza di composizione assistita della crisi *ex art. 19, comma 1* (salvo che sia stata disposta dal collegio l'archiviazione *ex art. 18, comma 3*); 3) mancato deposito di una domanda di accesso alle procedure concorsuali nel termine di trenta giorni, assegnato dal collegio *ex art. 21, comma 1*, in caso di esito negativo delle trattative.

Invero, sebbene le procedure di allerta e composizione assistita della crisi siano state collocate “fuori del tribunale” proprio per incoraggiare l'imprenditore ad avvalersene – in quanto l'intervento del giudice poteva essere percepito dall'imprenditore o dai terzi come una sorta di “anticamera” di una vera e propria procedura concorsuale d'insolvenza – tuttavia questa norma di chiusura rischia di vanificare l'intento

perseguito dal legislatore laddove colloca, alla fine di un percorso dichiaratamente confidenziale e stragiudiziale, la figura non tanto del giudice (che peraltro mancherebbe del potere di iniziativa d'ufficio) quanto, addirittura, del pubblico ministero (di quel potere invece munito), così coinvolgendolo inevitabilmente anche in valutazioni di carattere penale.

Tra l'altro, la lieve discrasia tra il testo dell'art. 22 – laddove fa riferimento all'ipotesi in cui «il debitore dopo l'audizione non deposita l'istanza di cui all'art. 19, comma 1» (di composizione assistita della crisi) – e quello dell'art. 18, comma 5 – che ha riguardo più genericamente al caso in cui «il debitore non assume alcuna iniziativa allo scadere del termine fissato dal collegio che abbia insieme a lui individuato le possibili misure per porre rimedio al riscontrato stato di crisi» –, merita un chiarimento poiché, sebbene la seconda condotta comprenda la prima, tuttavia le conseguenze stabilite dalla legge risultano apparentemente diverse: mentre nel primo caso è previsto che il collegio segnali lo stato di insolvenza eventualmente riscontrato con relazione scritta al referente, «che ne dà notizia al pubblico ministero», nel secondo caso è previsto solo che il collegio ne dia semplice «comunicazione agli autori della segnalazione».

5. Il bilanciamento con i crediti vantati nei confronti della pubblica amministrazione

Il legislatore ha voluto dare ampio risalto, nel CCII, all'ipotesi in cui l'imprenditore vanti crediti insoddisfatti nei confronti della pubblica amministrazione.

Con una prima misura si è previsto, nell'art. 15, comma 5, l'esonero dei creditori pubblici qualificati dall'obbligo di segnalazione, se il debitore fornisca prova documentale di crediti di imposta o altri crediti vantati verso pubbliche amministrazioni (risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni predisposta dal Mef), di ammontare pari ad almeno la metà del debito verso il (singolo) creditore pubblico qualificato che abbia effettuato la segnalazione, volendosi in tal modo «tener conto della situazione patrimoniale complessiva dell'imprenditore ed evitare ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivanti dal ritardo nel pagamento da parte della stessa amministrazione», come si legge nella relazione illustrativa.

Naturalmente, per evitare impropri effetti “moltiplicatori”, dovrebbe essere creato un meccanismo di raccordo volto a evitare che gli stessi crediti in questione vengano “opposti” dal debitore più volte, nei confronti dei diversi creditori pubblici qualificati.

Accanto ad essa, il legislatore delegato ha intro-

dotto nell'art. 18, comma 3, una seconda misura, per cui il collegio dispone «in ogni caso» (dunque senza margini di discrezionalità valutativa) l'archiviazione quando l'organo di controllo societario o, in sua assenza, un professionista indipendente, attestati (allegando la relativa documentazione) l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni, per i quali siano decorsi novanta giorni dalla messa in mora, di «un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'art. 15, comma 2, lett. a), b) e c)»¹². Tale attestazione resta espressamente utilizzabile solo nel procedimento dinanzi all'Ocri.

Nella relazione illustrativa si legge che, in tal modo, si è voluto evitare che imprese in (apparente) difficoltà a causa del mancato pagamento da parte di debitori pubblici debbano subire conseguenze pregiudizievoli ulteriori a causa dei tempi delle procedure di liquidazione e di pagamento.

Tuttavia, dall'esame di tali due misure, emerge una impropria commistione tra presupposti delle segnalazioni e condizioni dell'archiviazione.

Invero, accanto all'ipotesi in cui l'imprenditore sia ritenuto non soggetto all'allerta, la principale ipotesi archiviazione ricorre quando, sulla base dell'audizione del debitore, degli elementi di valutazione allegati e delle informazioni assunte, il collegio «ritiene che non sussista la crisi» (art. 18, comma 3) e, a ben vedere, questa potrebbe sussistere – specie per le imprese di maggiori dimensioni, o più compromesse – anche in presenza di crediti scaduti verso la pubblica amministrazione che, scomputati dalla complessiva esposizione debitoria, determinino il mancato superamento (magari, anche per difetto di un solo euro) delle tre soglie debitorie verso Agenzia delle entrate, Inps e agente della riscossione (nonostante l'ingente entità di quest'ultimo, pari a 500 mila euro per le imprese individuali e un milione di euro per quelle collettive). Di tal che, proprio nei casi in cui emerge la probabilità non già di crisi, bensì di vera e propria insolvenza, il collegio sarebbe tenuto ad archiviare la procedura solo per la presenza dei crediti vantati verso la pubblica amministrazione, e peraltro in una misura correlata non già all'esposizione debitoria complessiva, bensì alle soglie che rilevavano solo come “trigger” per le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati.

In altri termini, se pare giusto dare rilevanza all'esistenza di crediti insoddisfatti verso la pubblica amministrazione in fase di allerta, ai fini degli obblighi di segnalazione, una volta attivato l'Ocri parrebbe più

opportuno lasciare il collegio libero di valutare, alla luce di tutti gli elementi raccolti, la sussistenza o meno dello stato di crisi – ai fini, rispettivamente, dell'individuazione (insieme allo stesso debitore) delle possibili misure per porvi rimedio, ovvero dell'archiviazione – senza porre vincoli numerici che potrebbero precludere un tempestivo intervento risolutore della crisi, dilazionandone inutilmente l'emersione.

6. Le «Misure premiali»

Come viene sottolineato nella relazione illustrativa, la prospettiva di successo della procedura di allerta e composizione assistita della crisi dipende, in gran parte, dalla propensione degli imprenditori ad avvalersene. È questa la ragione del sistema di incentivi (sia di natura patrimoniale, incidenti sulla composizione del debito, sia in termini di responsabilità personale) previsto per chi si attivi tempestivamente, e – specularmente – di disincentivi per chi invece non lo faccia, pur sussistendone le condizioni.

Circa il requisito della tempestività, l'art. 24 definisce (*a contrario*) tardiva l'iniziativa del debitore proposta a distanza di oltre 3 mesi (per quanto concerne la richiesta di composizione assistita della crisi) ovvero 6 mesi (con riguardo all'accesso alle procedure concorsuali regolate dal CCII) rispetto a tre ipotesi costituenti “indicatori della crisi” (anche ai sensi dell'art. 13, comma 1), segnatamente: a) esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un importo pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) superamento, nell'ultimo bilancio approvato (o, comunque, per oltre tre mesi), degli indici elaborati dal Cndcec ovvero dei diversi indici attestati “in deroga” per la singola impresa.

Stanti le notevoli conseguenze che ne derivano ai fini delle misure premiali – ma anche la complessità del relativo accertamento – l'art. 24, comma 2, prevede che la sussistenza dei requisiti di tempestività possa essere attestata dal presidente del collegio nominato dall'Ocri, in modo che l'imprenditore possa avvalersene anche in sede penale.

Al riguardo, l'art. 354 CCII ha allestito un meccanismo di revisione (anche) dei parametri previsti dal primo comma dell'art. 24 – però ai soli «fini delle misure premiali di natura fiscale di cui all'art. 25» –

12. Secondo la relazione illustrativa, i sindaci o l'attestatore potrebbero addirittura (assumendosene la responsabilità) attestare l'esistenza di crediti non definitivamente accertati quando, ad esempio, gli ostacoli all'accertamento e al pagamento siano di ordine meramente formale o derivino da contestazioni pretestuose o limitate solo a una parte dell'importo che l'imprenditore assume essergli dovuto.

sulla base dei dati elaborati dal costituendo «Osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi di impresa», che ai sensi dell'art. 353 CCII avrà il compito (tra l'altro) di monitorare ed eventualmente rendere più efficienti le misure di allerta.

Accanto al requisito della tempestività, le due ulteriori condizioni che consentono all'imprenditore di beneficiare (anche cumulativamente) delle misure premiali contemplate dall'art. 25 sono: 1) che egli abbia attuato secondo buona fede le prescrizioni del collegio nominato dall'Ocri; 2) che le sue domande di accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza previste dal CCII non siano state dichiarate inammissibili.

Le prime tre misure riguardano gli interessi e le sanzioni fiscali, e consistono segnatamente in: a) riduzione alla misura legale degli interessi che maturano sui debiti fiscali dell'impresa durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione; b) riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine, quando il termine per il pagamento scade dopo l'istanza di composizione assistita della crisi o la domanda di accesso alle altre procedure concorsuali; c) riduzione della metà, nella successiva procedura concorsuale, di sanzioni e interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi.

Ulteriore misura premiale (lett. *d*) è il raddoppio del termine della proroga che il giudice può concedere per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 44 CCII, a meno che l'organismo di composizione della crisi non abbia dato notizia di insolvenza al pubblico ministero.

Sempre nella prospettiva concordataria, la lett. *e* prevede – con disposizione ripresa dall'art. 90, comma 5, CCII – che per rendere inammissibile la proposta concorrente è sufficiente l'attestazione che la proposta di concordato del debitore assicuri «il soddisfacimento dei crediti chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo»¹³.

Le misure premiali contemplate dal secondo

comma dell'art. 25 riguardano la responsabilità penale per le (sole) condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura.

Il legislatore delegato ha introdotto una causa di non punibilità – nell'ipotesi in cui il danno è di speciale tenuità – non solo per la bancarotta semplice (per la quale, invero, l'art. 131-bis cp già contempla l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, in presenza di condotte non abituali, come è argomentato nella relazione illustrativa), ma anche per la bancarotta fraudolenta e gli ulteriori reati menzionati dall'art. 25 CCII.

La premialità scatta, dunque, anche con riguardo alle condotte più gravi, laddove l'imprenditore abbia azionato i meccanismi di allerta volti a prevenire il fenomeno dell'insolvenza. In tal modo viene significativamente ridotta l'area del rischio penale, essendo piuttosto frequente, come si legge nella relazione illustrativa, che condotte di non corretta destinazione di beni dell'impresa, ma con effetti depauperativi del patrimonio estremamente modesti e con incidenza minima (se non quasi nulla) sul soddisfacimento dei creditori (magari poste in essere in epoca risalente), configurino dei fatti di bancarotta fraudolenta a seguito dell'apertura della procedura concorsuale.

Al di fuori dell'ipotesi di danno di speciale tenuità – ma a condizione che, all'atto dell'apertura della procedura concorsuale, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno un quinto (ossia il 20 per cento) «dell'ammontare dei debiti chirografari» e, in ogni caso, il danno cagionato non superi i due milioni di euro – è prevista una circostanza attenuante a effetto speciale, con riduzione della pena fino alla metà.

7. La direttiva (UE) 2019/1023 su ristrutturazione e insolvenza

Il 26 giugno 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la «Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle

13. In realtà, la corrispondente disposizione dell'art. 90, comma 5, CCII è leggermente (ma significativamente) diversa, in quanto vi si fa riferimento a una proposta del debitore che assicuri «il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari», lasciando intendere che il 20 per cento potrebbe riguardare globalmente la categoria dei chirografari (con possibilità di diverse misure tra eventuali loro classi), mentre il riferimento al soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20 per cento di cui all'art. 25, lett. *e*, deporrebbe piuttosto per un livello omogeneo di tutti i chirografari. Probabilmente la disposizione specifica in tema di concordato preventivo di cui all'art. 90, comma 5, dovrebbe prevalere, sebbene la stessa contenga un'imprecisione laddove fa riferimento anche al caso del debitore che «abbia richiesto l'apertura del procedimento di allerta», quando in realtà l'iniziativa di allerta è riservata ai soggetti qualificati, mentre il debitore può presentare l'istanza di composizione assistita della crisi, come si evince anche dall'art. 12, comma 3, CCII (cfr. M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, n. 4/2019, p. 431).

procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)», adottata a giugno 2019 all'esito dei negoziati sulla originaria proposta COM(2016)723 final del 22 novembre 2016¹⁴.

In tema di allerta, occorre prendere le mosse dal *considerando 22* della direttiva, il quale esordisce affermando, del tutto condivisibilmente, che «quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione. È opportuno pertanto dare informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce». Tali «meccanismi di allerta, che indicano il momento in cui il debitore non ha effettuato taluni tipi di pagamento, potrebbero essere attivati, ad esempio, dal mancato pagamento di imposte o di contributi previdenziali»; inoltre, essi «potrebbero essere sviluppati sia dagli Stati membri o da entità private, a condizione che l'obiettivo sia raggiunto». Il *considerando 22* segnala, poi, che «gli Stati membri dovrebbero rendere disponibili *online* informazioni sugli strumenti di allerta precoce, ad esempio su una pagina *web* o un sito *web* dedicati».

Il successivo periodo, discostandosi dall'art. 12, comma 4, CCII, afferma che «gli Stati membri dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità». Ciò sta chiaramente a significare che l'allerta trova applicazione anche nei confronti delle grandi imprese, sia pure con gli adattamenti del caso. Prova ne è l'eliminazione dall'art. 3 della originaria previsione per cui «gli Stati membri possono limitare l'accesso di cui ai paragrafi 1 e 2 alle piccole e medie imprese o agli imprenditori».

L'ultimo periodo del *considerando 22* – «la presente direttiva non dovrebbe ascrivere la responsabilità agli Stati membri per i possibili danni conseguenti a procedure di ristrutturazione attivate da tali

strumenti di allerta precoce» – rappresenta, invece, la cifra delle forti diffidenze manifestate da vari Stati membri nei confronti dell'*early warning*.

Completa il quadro dei *recitals* correlati al tema il *considerando 70*, per cui «qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, i dirigenti dovrebbero prendere misure per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza, come» (tra l'altro) «richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a strumenti di allerta precoce, se del caso».

Venendo al testo dell'art. 3 («Allerta precoce e accesso alle informazioni»), va subito evidenziato che, in base al par. 1, «gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio»; a tal fine, «gli Stati membri possono avvalersi di tecnologie informatiche aggiornate per le notifiche e per le comunicazioni *online*».

Il secondo paragrafo indica, poi, una casistica di quelli che possono essere gli strumenti di allerta, segnatamente: «a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi». A questo livello, le previsioni del CCII paiono sostanzialmente allineate al testo della direttiva.

Negli ultimi tre paragrafi sono state, invece, introdotte (come testo di compromesso all'esito dei triloghi, su specifiche istanze del Parlamento europeo) disposizioni che non trovano riscontro nel CCII. In particolare, il par. 3 prevede che «gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione»; il par. 4 dispone che «gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili *online*, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione»; infine il par. 5 prevede che «gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti

14. Ai suddetti negoziati sulla proposta di direttiva l'Autrice ha partecipato in rappresentanza della delegazione italiana quale «Esperto delegato del Ministero della Giustizia per seguire a Bruxelles e in sede nazionale i lavori relativi alla proposta di direttiva del Parlamento europeo in materia di ristrutturazione di impresa ed efficienza delle procedure di insolvenza (2016/357 e 358 COD)», come da incarico conferito in data 11 gennaio 2017.

dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore».

Su questo versante, come anticipato, il legislatore nazionale dovrà sicuramente integrare le disposizioni contenute nel CCII, non solo per soddisfare la generale esigenza informativa fortemente espressa dalla direttiva, ma anche per includere tra i destinatari di informazioni sugli strumenti di allerta i rappresentanti dei lavoratori; ciò che costituisce una grande novità per il nostro ordinamento.

Infine, merita richiamo una disposizione che, nel corso dei negoziati, ha rischiato (fino all'ultimo) di venire cancellata, perché fortemente osteggiata dalla maggior parte delle delegazioni: si tratta dell'art. 19 («Obblighi dei dirigenti qualora sussista una probabilità di insolvenza»), il quale prevede che «gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa». Come si vede, non è stata riportata la previsione del *considerando* 70 in base alla quale, tra le misure che i dirigenti devono adottare per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza, figura anche il «ricorso a strumenti di allerta precoce», che comunque può essere presa in considerazione proprio grazie al fatto di essere esemplificativamente contemplata nel suddetto *recital*.

8. Conclusioni e prospettive

La sensazione che si ha leggendo il titolo II della parte prima del CCII è che la disciplina delle «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi» sia sovrabbondante e farraginoso (né poteva essere altrimenti, stanti i vincoli posti dalla legge delega n. 155 del 2017). Ci si trova, infatti, di fronte a una complessa e articolata procedura amministrativa, che sembra arricchire – senza che se ne avvertisse la necessità – la già nutrita panoplia delle procedure con-

corsuali, delle quali invero non si è riusciti a operare quella *reductio ad unum* vagheggiata durante i primi lavori preparatori della riforma.

Il timore, già manifestato dai primi interpreti, è che la marcata procedimentalizzazione degli strumenti di emersione della crisi – priva com'è del contrappeso della *consecutio procedurarum* garantita dall'art. 69-bis l.fall. – finisca per consumare inutilmente tempo e risorse, anche in pregiudizio di possibili azioni revocatorie¹⁵.

In particolare, le modifiche apportate dal legislatore delegato all'art. 15 CCII hanno avuto l'effetto di innalzare le soglie della cd. esposizione debitoria rilevante e dilatare la tempistica delle correlate segnalazioni – verosimilmente allo scopo di «alleggerire» il peso dei nuovi adempimenti gravanti sugli enti fiscali e previdenziali (pur bilanciati da indiretti benefici di ordine recuperatorio) – sicché gli strumenti di allerta rischiano di dare vita a segnalazioni di indizi non già di crisi, bensì, paradossalmente, di sostanziale insolvenza¹⁶.

È stato altresì acutamente osservato che la nuova disciplina tende a far emergere una «situazione di crisi tendenzialmente manifesta e terminale», a ben vedere bisognosa «di un trattamento concorsuale, senza preoccuparsi di governare la fase di maturazione interna della crisi, quando i gestori (imprenditori o amministratori di società) percepiscono che la situazione sta degenerando e che, se non si interviene da qualche parte (struttura dei costi, struttura finanziaria, mercati, prodotti ecc.), si profila all'orizzonte quel probabile disallineamento dei flussi di cassa che», alla luce della definizione di crisi *ex art. 2*, comma 1, lett. *a*, costituisce «una probabilità di probabile futura insolvenza»¹⁷.

In ogni caso, essendo già stata pubblicata (nella Gazzetta ufficiale del 20 marzo 2019) la legge 8 marzo 2019, n. 20 – recante «Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155» – sarà ben possibile per il legislatore italiano apportare tramite questo strumento «correttivo» tutti i ritocchi necessari, anche alla luce dei vincoli posti dalla direttiva.

15. A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, n. 3/2019, p. 295.

16. Per una approfondita critica ai nuovi criteri introdotti nell'art. 15, comma 2, lett. *a*, con particolare riguardo al fatto che dalla comunicazione della liquidazione periodica di cui all'art. 21-bis dl n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010, non emerge affatto il dato del debito per imposta iva non versata e che il debito iva, se si esclude il predetto dato, non potrà mai raggiungere la soglia indicata del 30 per cento del volume di affari, posto che l'aliquota ordinaria è del 22 per cento, vds. G. Russotto, *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate*, in *Il Caso*, 6 giugno 2019, <http://opinioni.ilcaso.it/uploads/news/file/ce72d-russotto-06-06-19.pdf>.

17. A. Rossi, *Dalla crisi*, *op. cit.*, p. 296.

Tali modifiche non dovranno perdere di vista i dati ormai acquisiti¹⁸ sulla allarmante incapacità delle imprese italiane di promuovere processi di ristrutturazione precoce, e ciò per una serie di fattori che ne riducono la competitività: 1) sottodimensionamento (l'85 per cento delle imprese ha un fatturato inferiore ai 10 milioni di euro); 2) capitalismo familiare (in oltre il 60 per cento il capitale di rischio appartiene a un'unica famiglia); 3) personalismo e scarsa turnazione nei ruoli imprenditoriali e manageriali; 4) debolezza degli assetti di *corporate governance* (l'organo amministrativo è indipendente solo nel 24 per cento dei casi ed è legato da vincoli familiari alla proprietà per l'87 per cento; ove presente, il controllo, spesso anche quello contabile, è rimesso per lo più al collegio sindacale, mentre si ricorre a società di revisione nel 9,5 per cento dei casi, a revisore contabile nell'8,5 per cento, ad *internal auditing* nel 3,5 per cento, a comitato di controllo interno al cda nel 2,5 per cento, a organismo di vigilanza ex d.lgs n. 231/2001 solo nello 0,7 per cento dei casi); 5) carenze nei sistemi operativi (i controlli interni sono assenti nei due terzi dei casi; il controllo contabile è affidato a revisori esterni in pochi casi; è rara la presenza di organi specialistici, quali responsabile amministrativo, responsabile del controllo gestione, di tesoreria, di finanziamenti, *risk management* o tassazione); 6) rarità dei meccanismi di pianificazione e controllo (verifiche o *reporting* sono assenti nel 79,6 per cento dei casi; sono previsti piani strategici solo nel 5,7 per cento dei casi, *budget* solo nel 7,1 per cento), prevalenza di strumenti di consuntivazione (contabilità analitica nel 31,4 per cento dei casi; bilanci infrannuali nel 30,2 per cento); 7) scarso affidamento delle attività amministrative in *outsourcing* (per lo più bilanci d'esercizio e dichiarativi fiscali).

Appare dunque evidente che il problema di fondo dell'allerta è culturale, e su quel piano va prioritariamente aggredito, creando un sistema facilmente accessibile di informazione, formazione, aggiornamento e consulenza del ceto imprenditoriale, onde evitare la perpetuazione di un modello di impresa completamente priva di strumenti di analisi, monitoraggio, previsione e pianificazione, anche a breve termine.

Un secondo punto fermo deve essere l'opzione

per una effettiva stragiudizialità, poiché, nonostante i grandi passi fatti dalle varie riforme succedutesi negli ultimi tre lustri (culminate nel dato formale dell'abolizione dal lessico concorsuale dei termini "fallimento" e "fallito"), le procedure concorsuali giudiziali, per quanto arricchite con significativi inserti di negoziabilità, sono ancora vissute dagli imprenditori italiani come un male da evitare, e ciò rappresenta una ulteriore causa di ritardo nell'emersione della crisi.

Andrebbe, perciò, rimeditata la scelta di collocare, al termine della composizione assistita, lo "spauracchio" della comunicazione al pm, trattandosi di misura che crea più danni dei vantaggi che si prefigge, ben potendo l'iniziativa del pm esplicarsi comunque ai sensi dell'art. 37, comma 2, CCII, tanto più che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, CCII, egli può ora agire «in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza».

Del resto, il fatto che il par. 1 dell'art. 3 della direttiva (l'unico dedicato all'allerta) stabilisca che gli Stati membri devono provvedere affinché "i debitori" abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta sta a significare che l'allerta di matrice unionale è un meccanismo creato non contro, ma a favore del debitore, tanto che nell'elencazione dei possibili meccanismi di allerta figurano anche, alla lett. b, «servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private», ossia misure di sostegno al debitore.

Meritano una revisione ragionata anche gli indici e le soglie di rilevazione della crisi, che al momento paiono calibrate, come detto, su una condizione di insolvenza, se si vuole evitare che anche questa riforma, come altre, resti ipocritamente solo sulla carta.

A livello procedurale, risulta poi opportuna una semplificazione dell'attuale ordito normativo, riducendo le norme di dettaglio e aumentando il grado di flessibilità¹⁹.

Come anticipato, la direttiva impone di creare un sistema pubblico di informazioni *online* sull'allerta che sia chiaro, aggiornato e facilmente accessibile non solo al debitore, ma anche ai «rappresentanti dei lavoratori», cui gli Stati membri possono anche «fornire sostegno (...) nella valutazione della situazione economica del debitore» (art. 3, par. 5).

18. Si tratta dell'indagine sulle imprese ammesse al concordato preventivo nel quadriennio 2009-2012 (sulla base di n. 1131 questionari che hanno coinvolto 45 uffici giudiziari di 18 regioni italiane) curata dall'Osservatorio sulle crisi di impresa (Oci) e traspunta nel volume *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione - La soluzione negoziata della crisi d'impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, Ipsoa, Assago, 2013. Si vedano, in particolare, i capp. I, a cura di P. Bastia, e X, a cura di A. Paletta.

19. Da più parti è stata, ad esempio, segnalata l'opportunità di consentire in determinati casi, in ragione delle dimensioni dell'impresa della crisi, la nomina di un solo professionista esperto (piuttosto che la terna collegiale), sulla falsariga dell'esperienza francese del "*mandataire ad hoc*": vds. in proposito le osservazioni della Banca d'Italia dinanzi alla Commissione giustizia del Senato sullo *Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*, 26 novembre 2018, p. 12 (www.bancaditalia.it/media/notizie/2018/Codice-della-Crisi_Memoria-Commissione-Senato-26112018.pdf) e A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, n. 2/2019, note 61 e 62.

Va sicuramente rivista la scelta di escludere dall'allerta le grandi imprese e i gruppi di imprese di rilevante dimensione, poiché la direttiva prevede solo la possibilità di un adattamento degli strumenti di allerta alle loro peculiarità.

Insomma, il percorso per raffinare gli strumenti di allerta – diligentemente introdotti nel nostro ordinamento, a differenza di molti altri dell'Unione europea – è ancora aperto, né devono scoraggiare le innegabili difficoltà di dar corpo a un sistema così innovativo.

Si tratta, invero, di difficoltà che l'Italia condivide con gli altri Paesi dell'Unione europea²⁰, al cui interno già stanno nascendo progetti su base volontaria per individuare le migliori soluzioni²¹.

In conclusione, pare indubitabile che qualsiasi strumento di allerta e composizione assistita della crisi potrà risultare efficace solo se basato sulle solide fondamenta di una nuova “cultura dell'impresa”, da perseguire attraverso la messa a disposizione del ceto imprenditoriale di un sistema facilmente accessibile di informazioni, percorsi formativi e servizi di sostegno (il cui costo potrebbe, in ipotesi, essere regolato secondo logiche assicurative), da sviluppare in un

ambiente confidenziale, sotto la guida di professionisti indipendenti, particolarmente esperti in materia aziendale.

La mancata adesione dell'imprenditore a questi percorsi virtuosi potrebbe essere sufficientemente sanzionata con la divulgazione, attraverso il registro delle imprese, di appositi *report* redatti dagli organi chiamati a gestire le procedure di allerta e composizione assistita della crisi, in modo da stimolare le reazioni dei creditori interessati in ambito concorsuale.

A tali condizioni – accompagnate da una corposa semplificazione di presupposti, termini e adempimenti – potrebbe anche essere allargata la platea dei creditori tenuti alle segnalazioni, mentre il completamento della prefigurata rivoluzione culturale potrebbe portare a concepire l'*early warning* come una sorta di *check* periodico del benessere/malessere dell'impresa.

C'è una celebre frase del grande stratega Winston Churchill che si attaglia, come chiosa finale, a queste riflessioni sulle misure di allerta: «Non sempre cambiare equivale a migliorare, ma per migliorare bisogna cambiare».

20. Nella «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni» (cd. “Piano d'azione imprenditorialità 2020”) del gennaio 2013, si legge che, in Europa, «le nuove imprese, in particolare le PMI» – che rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'Unione – «costituiscono la fonte più importante di nuova occupazione», in quanto «creano ogni anno in Europa più di quattro milioni di nuovi posti di lavoro»; tuttavia «gli imprenditori potenziali in Europa si trovano in un contesto difficile: i sistemi d'istruzione non offrono le giuste basi per una carriera imprenditoriale, si registrano difficoltà d'accesso al credito e ai mercati, difficoltà nei trasferimenti di imprese, il timore di sanzioni punitive in caso di fallimento nonché procedure amministrative onerose»; inoltre, «circa il 50% delle nuove imprese fallisce nel corso dei primi cinque anni», sicché occorre impegnare «maggiori risorse per aiutare gli imprenditori a superare le difficoltà in cui versano», mentre «ai fini della ristrutturazione precoce appare decisivo l'allestimento di un servizio di consulenza e assistenza all'imprenditore, anche per l'accesso al credito».

21. Si veda, ad esempio, il programma «*Early Warning Europe*», un progetto pilota triennale (2016-2019) finalizzato a diffondere le *best practice* in materia di misure di allerta in vari Paesi dell'Unione, prendendo le mosse dall'esperienza «*Early Warning DK*», avviata nel 2007 in Danimarca con l'obiettivo di fornire alle imprese un sostegno imparziale e confidenziale finanziato dal Governo.

Le tecniche per gestire in anticipo la crisi

di Riccardo Ranalli

Il contributo, nel ripercorrere le finalità degli assetti organizzativi adeguati a intercettare e gestire tempestivamente la crisi, ne individua i pilastri sui quali essi debbono poggiare e i relativi *output*. Completa l'intervento una disamina dei flussi informativi che l'organo di controllo deve richiedere per adempiere agli obblighi che gli impone la riforma.

1. L'individuazione delle cause della crisi dell'impresa quale presupposto indispensabile per la sua gestione / 2. Gli adeguati assetti organizzativi nell'ottica della gestione anticipata della crisi / 3. L'articolazione dei doveri del debitore ai fini della tempestiva rilevazione della crisi / 4. La sostenibilità del debito e la valutazione *ex ante* della sostenibilità delle decisioni / 5. La valutazione dell'equilibrio economico finanziario / 6. La valutazione della continuità aziendale e i *trigger event*. Il quadro normativo di riferimento OIC 11 e ISAE 570 / 7. Gli adeguati assetti organizzativi; i presidi che deve attivare l'imprenditore / 8. Il ruolo dell'organo di controllo / 9. Conclusioni

1. L'individuazione delle cause della crisi dell'impresa quale presupposto indispensabile per la sua gestione

La vita delle imprese è caratterizzata da fasi successive associate alla relativa produzione. Sono le fasi di introduzione (*start-up*), di sviluppo, di maturità e di declino. La crisi è la diretta conseguenza di quest'ultima fase e, ancorché venga percepita solo sotto il profilo finanziario (e in tal senso la legge delega e il codice della crisi lo sottolineano), le sue cause sono però, il più delle volte, da ricondursi a eventi industriali ed economici che hanno cagionato il declino.

È unanimemente riconosciuto che la tempestività nella rilevazione dello stato di crisi sia uno dei principali presupposti del successo della ristrutturazione. È, però, necessario collocare correttamente l'impresa nella fase che essa sta attraversando; diversamente, non si riuscirebbe a individuare correttamente la causa del fenomeno osservato.

Gli strumenti di allerta dovrebbero essere idonei a intercettare la crisi dell'impresa prima dell'emersione

dell'insolvenza e comunque in un momento in cui essa sia ancora gestibile. A tal riguardo, occorre osservare che, mentre vi sono univoci segnali dello stato di insolvenza (ad esempio, la reiterata incapacità di adempimento degli oneri previdenziali e dei debiti erariali o la pluralità di decreti ingiuntivi da parte di alcuni fornitori), non sono altrettanto univoci i segnali di uno stato di crisi antecedente all'insolvenza. Da una parte, il ricorso alla segnalazione dell'omissione di versamenti erariali e contributivi non consente di intercettare con la necessaria tempestività situazioni di crisi. La natura privilegiata del credito ha portato il creditore pubblico a un approccio di inerte silenzio, del quale il debitore in crisi approfitta. Ed è un dato di fatto che, nel nostro Paese, il privilegio dello Stato sia stato ampliato nel 2011, quando maggiore era la pressione sul debito pubblico, nella consapevolezza dell'inefficienza della pubblica amministrazione nella tutela dei propri interessi creditorî. Un dato di fatto è che, quando un debito erariale da partite correnti resta insoddisfatto, l'impresa ha già superato la fase di *twilight*.

La tempestiva rilevazione della crisi presuppone una continua valutazione del rischio di crisi, sulla

falsariga di quanto già previsto dal comma 2 dell'art. 6 d.lgs n. 175/2016. Si tratta, allora, di individuare strumenti atti a valutare in continuo lo stato di salute dell'impresa.

In sostanza, si tratterebbe dell'individuazione e della misurazione dei fattori di rischio (*risk assessment*) ai quali è soggetta l'impresa e della misurazione del loro impatto sulla continuità della stessa. Ogni rigorosa misurazione di rischio presuppone la stima di due fattori: 1) l'entità dell'impatto del rischio, vale a dire le conseguenze che derivano dall'avveramento del fattore di rischio che, nel caso di specie, devono essere tradotte in termini di effetto sulle dimensioni dei flussi di cassa al servizio del debito; 2) le probabilità di accadimento dell'evento.

La valutazione e gestione del rischio di crisi è rimessa all'impresa attraverso gli assetti organizzativi dei quali l'art. 2086 cc chiede l'istituzione.

Al riguardo, pare opportuno distinguere tra l'allerta, che sorge nel momento in cui si manifestano i fondati indizi di una crisi rilevante ai sensi del comma 1 dell'art. 13, e la pre-allerta, riferita a una crisi precoce, che può essere gestita internamente all'impresa.

La valutazione del rischio di crisi richiede, peraltro, l'individuazione di livelli di pre-allerta che, consentendo l'apprezzamento del rischio, determinano il grado di probabilità del suo avveramento. Come può avere luogo tale valutazione? Nelle imprese più evolute (banche e assicurazioni), già da tempo sono stati introdotti – accanto ai limiti di allerta – “*soft limits*” volti a intercettare l'avvicinamento a una soglia di attenzione. Si tratta di introdurli nella generalità delle imprese. Essi costituirebbero uno strumento che integrerebbe l'assetto organizzativo.

È questo il riferimento degli “adeguati assetti” che sono volti all'individuazione e alla gestione in anticipo della crisi d'impresa.

2. Gli adeguati assetti organizzativi nell'ottica della gestione anticipata della crisi

Gli «obblighi organizzativi», per espressa previsione dell'art. 12, comma 1, CCIII, costituiscono strumenti di allerta e sono posti a carico dell'imprenditore. Come si diceva poc'anzi, il presidio è inequivocabilmente volto a consentire la tempestiva individuazione di uno stato di crisi al fine della sua gestione. Il che deve essere realizzato in guisa tale da consentire in continuo la valutazione della sostenibilità del debito sotto molteplici profili: quello della tempestiva individuazione della crisi (art. 2086 cc), quello del permanere della continuità aziendale (art. 2086 cc), quello della valutazione in continuo dell'equilibrio finanziario alla luce dell'andamento aziendale (art. 14 CCII).

Si tratta di presidi per i quali si deve comunque ritenere imprescindibile il principio della proporzionalità alle dimensioni e alla complessità dell'impresa, ma la gestione anticipata della crisi non ammette l'inerzia nella loro efficace adozione. Inerzia che non solo comporterebbe l'assunzione di responsabilità da parte degli organi sociali, ma pregiudicherebbe la percorribilità delle misure di composizione assistita della crisi, con la conseguenza di un esito nefasto delle stesse. Basti infatti pensare al riconoscimento del raddoppio del termine della proroga di cui all'art. 44 CCII, essenziale per l'adozione di uno strumento come l'accordo di ristrutturazione, che necessita di una trattativa con i creditori, nella pratica, complessa e lunga.

Come anticipato, l'organo amministrativo è chiamato a valutare costantemente, nel caso assumendo idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato, se sussista l'«equilibrio economico finanziario» e quale sia il prevedibile andamento della gestione (art. 14, comma 1, CCII).

Al riguardo, è legittimo domandarsi se l'equilibrio economico finanziario sia un presupposto necessario e sufficiente per escludere uno stato di crisi anche solo prospettico. È certo che il disequilibrio finanziario costituisce un rischio rilevante di crisi e ne accresce significativamente la probabilità. Ma è altrettanto vero che una situazione non equilibrata sotto il profilo economico non conduce necessariamente a una situazione di crisi (dimostrazione patente sono state le principali realtà della *new economy*, che per anni hanno subito perdite ingenti prima di divenire campioni di redditività) e, d'altra parte, la produzione di risultati netti positivi non è sufficiente per escludere la presenza di una crisi. Infatti, se l'impresa producesse flussi di cassa al servizio del debito positivi, ma questi fossero, nella loro entità, insufficienti al sostegno dello stesso, essa non sarebbe comunque prognosticamente in grado di fronteggiare la massa debitoria e, prima o poi, verrebbe in stato di insolvenza.

Con queste precisazioni, si stenterebbe a comprendere il riferimento, contenuto nel cennato comma 1 dell'art. 14 CCII, al profilo economico dell'equilibrio accanto a quello finanziario. Né si comprende perché, allorquando viene affrontato all'art. 56 CCII il piano di risanamento (al quale è conformato quello dell'AdR), ci si limiti al mero riequilibrio finanziario senza più menzionare quello economico. Per il concordato preventivo, ancorché all'art. 87 CCII il piano di concordato parli solo di riequilibrio finanziario, il precedente art. 84, con riferimento alle sue finalità, richiede che in caso di continuità aziendale il piano sia funzionale ad assicurare anche il ripristino dell'equilibrio economico e non solo di quello finanziario.

L'apparente contrasto in realtà non è tale.

I flussi di cassa al servizio del debito sono, infatti, una derivata dei flussi economici e pertanto il riferimento ad essi non è improprio. Anzi, il fatto che il legislatore lo abbia rimarcato non è casuale, presentando il flusso economico, in quanto elemento genetico dei flussi finanziari, un grado di controllabilità più elevato rispetto ai secondi.

Ci si deve soffermare anche sull'utilizzo del lemma «equilibrio», e ritenersi che esso stia a significare che i flussi «economico-finanziari» devono essere equilibrati rispetto al debito e, pertanto, atti a servire adeguatamente quest'ultimo consentendone la sostenibilità. È l'incapacità di produrre flussi di cassa al servizio del debito in misura sufficiente a sostenerlo il primo indicatore dell'approssimarsi di uno stato di crisi.

Non va infine sottaciuto che la norma, muovendo dall'art. 14 della legge delega, affianchi al requisito dell'equilibrio economico finanziario quello della continuità aziendale. Principale sintomo di discontinuità aziendale è il patrimonio netto negativo, situazione che si verifica allorché il valore attuale dei flussi (economico-finanziari) di piano (che corrisponde al valore d'uso degli *asset*) è inferiore al debito finanziario. Ebbene, tale è una situazione sintomatica della insostenibilità finanziaria del debito. Per intercettarla, si tratterebbe solo di determinare i flussi in questione mediante un piano adeguatamente costruito.

Minimo comun denominatore della continuità aziendale e dell'equilibrio economico finanziario è, quindi, il piano. È questo l'elemento informativo che consente, nel contempo, il monitoraggio del prevedibile andamento aziendale, al quale fa riferimento l'art. 14 citato, e la possibilità di intercettare con la massima tempestività e affidabilità la situazione di crisi e quella di discontinuità aziendale. Esso costituisce un presupposto informativo sempre necessario per consentire all'imprenditore di agire in via informata e in modo coerente con la situazione dell'impresa.

I presidi in questione costituiscono, prima ancora che un obbligo dell'imprenditore, un'opportunità. Infatti essi, per espressa previsione del legislatore delegato, sono uno strumento di allerta della crisi, in difetto del quale opereranno solo le segnalazioni dei creditori qualificati e gli indici di cui all'art. 13 CCII elaborati con cadenza triennale dal Cndcec.

Si aggiunga che la procedura assistita dall'Ocri è scandita da tempi stringenti. Se, nel momento in cui si attivassero gli indici di allerta, l'impresa non disponesse già di un piano industriale affidabile, esso difficilmente potrà essere confezionato nella rigida e ravvicinata scansione temporale della procedura e l'esito della stessa rischierà di essere infausto.

Qualora si riscontrasse la violazione dei limiti previsti per gli indici individuati dal Cndcec e, per tale

solo fatto, l'organo di controllo o il revisore (per fruire dell'esonero dalla responsabilità solidale con gli amministratori di cui al comma 3 dell'art. 14 CCII) ritenessero di darne segnalazione all'Ocri, l'impresa ben potrà, in sede di audizione avanti al Collegio, esibire il piano dal quale emerge che almeno per i successivi sei mesi (art. 13, comma 1) essa è in grado di sostenere l'indebitamento. La presenza di un piano sarà lo strumento che consentirà al Collegio di disporre motivatamente l'archiviazione, ai sensi del comma 3 dell'art. 18, delle segnalazioni ricevute in assenza di fondati indizi della crisi.

Ma i motivi di opportunità per disporre di un piano correttamente costruito non si fermano qui. Prima dell'allerta della crisi, in particolare se intesa come insolvenza prospettica a sei mesi, vi è l'ampia *twilight zone* (quella della preallerta) costituita dall'*early warning*, alla quale dovrebbero essere più utilmente rivolte le misure organizzative atte a valutare l'effettivo andamento della gestione. I vantaggi dell'*early warning* sono, infatti, evidenti.

Nella *twilight zone*, sino al momento della segnalazione all'Ocri, la gestione della crisi rimane saldamente nelle mani del solo debitore, il quale può avvalersi dei propri *advisor*. Se l'imprenditore intercetta tempestivamente la crisi prima che essa si manifesti negli indicatori di allerta dell'art. 13 CCII, avrà anche avuto modo di attivare le negoziazioni per la sua risoluzione con i creditori interessati. Qualora queste si fossero arenate (il che non è infrequente, in particolare se i tavoli bancari vengono aperti con eccessiva tempestività) o procedessero troppo a rilento e si fosse intanto giunti a infrangere la soglia dei sei mesi di cui all'art. 13 CCII, l'imprenditore potrà avvalersi della negoziazione assistita per accelerare la conclusione di un percorso già intrapreso. Con l'attivazione dell'Ocri, appare infatti evidente anche ai creditori coinvolti nelle trattative che il processo negoziale dovrà concludersi nei tempi stringenti dell'Ocri o, al più tardi, entro quelli fissati dal tribunale ai sensi dell'art. 44 CCII.

In altre parole, solo se l'imprenditore adotta presidi organizzativi interni atti a intercettare la *twilight zone*, l'intervento dell'Ocri, da potenziale minaccia, diventa un'opportunità concreta, a condizione che l'impresa vi arrivi preparata.

3. L'articolazione dei doveri del debitore ai fini della tempestiva rilevazione della crisi

Per affrontare il tema in modo più sistematico e per riempire di significati l'astratta nozione degli assetti organizzativi introdotti dall'art. 2086 cc, occorre

domandarsi a che cosa essi siano funzionali, quale sia l'*output* che ci si deve attendere e come possa, in concreto, essere raggiunto.

Come si diceva, la finalità ultima degli "adeguati assetti" è quella di intercettare in continuo i fondati indizi di crisi con la tempestività necessaria per attivare, non oltre tre mesi, una domanda di accesso all'Ocri a una procedura di composizione assistita della crisi, ovvero entro sei mesi la domanda di accesso a una delle procedure regolate dal CCII (art. 24, comma 1).

Non è, però, solo alla finalità ultima che occorre riferirsi. L'assetto organizzativo è adeguato se risponde ai seguenti cinque specifici obblighi previsti dal quadro normativo di riferimento:

- la stima in continuo del *prevedibile andamento aziendale*, quale emerge dal comma 1 dell'art. 14, in quanto funzionale alle restanti valutazioni;
- la valutazione della *sostenibilità del debito* in via prospettica, che come tale può essere assicurata solo da una valutazione di capacità dei futuri flussi liberi al servizio del debito di sostenere quest'ultimo, tenendo conto del momento in cui deve essere pagato (art. 2, lett. a e art. 13, comma 1);
- la valutazione, anch'essa in continuo, dell'*equilibrio economico finanziario* espressamente richiesta dallo stesso art. 14, comma 1;
- la valutazione in continuo della *continuità aziendale* nell'esercizio in corso e, comunque, con un orizzonte temporale minimo di sei mesi (art. 13, comma 1);
- il monitoraggio in continuo della situazione debitoria al fine di escludere la presenza di «*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi*» (art. 13, comma 1).

La tipologia dell'*output* richiesto non può che essere proporzionata alle dimensioni e alla complessità dell'impresa.

Per le realtà più complesse, si tratterà del piano economico finanziario suscettibile di verifica in continuo attraverso *milestone* tendenzialmente trimestrali, quand'anche per le realtà di rilevanti dimensioni (la grande impresa Ue) le misure premiali richiedano l'attivazione delle procedure di regolazione della crisi di cui all'art. 37 entro sei mesi dall'emersione degli indici della stessa.

Per le realtà di dimensioni o complessità intermedia, l'*output* minimo potrebbe essere un *budget* e il correlato piano di tesoreria. L'orizzonte temporale del *budget* non dovrà essere inferiore a sei mesi; in caso contrario, esso dovrà essere esteso quanto meno ai sei mesi successivi.

Per le realtà più piccole, l'*output* potrà essere costituito dalla comparazione (normalizzata) dell'andamento aziendale con il corrispondente periodo

del precedente esercizio, integrata da una previsione inerziale.

Quanto, invece, a come debba essere raggiunto l'*output*, occorre osservare che le cennate cinque finalità sono legate da un comune *fil rouge* costituito dall'implementazione di un insieme di funzioni (ovviamente nel rispetto dell'imprescindibile principio della proporzionalità alle dimensioni e complessità dell'impresa), regole interne (costituite da *policy*, regolamenti, procedure e regole di dettaglio) e strumenti, principalmente informatici. Essi verranno affrontati più oltre.

4. La sostenibilità del debito e la valutazione *ex ante* della sostenibilità delle decisioni

Con un approccio *ex ante*, il debito è sostenibile quando i flussi di cassa libera al servizio dello stesso ne consentono il pagamento unitamente ai relativi interessi.

Si tratta di un concetto apparentemente semplice ma che, a meglio vedere, presenta alcuni profili di incertezza o – quanto meno – di difficoltà metodologica: qual è il debito che deve essere servito ed a quali scadenze? Quali sono i flussi liberi al servizio del debito?

Con riferimento al *debito che deve essere servito*, esso è in primo luogo costituito dal debito finanziario. Invero non si tratta dell'intero debito finanziario, ma solo di quello che deve ragionevolmente rientrare in un futuro prossimo. Tale, ad esempio, non è il debito autoliquidante in quanto sostenuto dal ciclo attivo della fatturazione, sempre che essa non sia attesa in diminuzione; non lo è nemmeno un'apertura di credito di cassa in assenza di elementi che inducano a prevedere una diminuzione del merito di credito dell'impresa – per entrambi rileveranno, in assenza di anomalie, i soli interessi in via di maturazione. Oltre agli interessi, il debito da servire è costituito dalle rate dei finanziamenti a medio-lungo termine. È peraltro possibile che siano stati convenuti rimborsi "*bullet*" o siano in essere mutui "*balloon*": in tali frangenti, occorre domandarsi se siano in concreto praticabili rifinanziamento e riscadenziamento del debito prima del loro pagamento, ciò avendo riguardo al merito di credito.

Il debito che deve essere servito non si limita solo al debito finanziario, ma ricomprende anche i debiti scaduti (*overdue*), sia quelli commerciali che quelli di natura diversa (ad esempio tributari e previdenziali).

A tal riguardo occorre formulare una precisazione fondamentale: rilevano i soli scaduti commerciali che superino i limiti della fisiologia. Non può, infatti, trascurarsi il fatto che il sistema Paese italiano comporta, muovendo sin dal debitore pubblico, una costante e usuale violazione dei termini contrattuali di

pagamento. A nulla sono servite le disposizioni che, nel tempo, si sono succedute per rendere più virtuoso il ciclo dei pagamenti¹. Si tratta, in buona sostanza, di debiti commerciali il cui ritardo nel pagamento si colloca all'interno della sistematica violazione dei termini contrattuali tacitamente accettata dai creditori: lo scaduto è *fisiologico* quando il creditore non solo non mette in mora il debitore, ma spesso non ne sollecita nemmeno il pagamento e non pretende interessi compensativi o moratori, in forma esplicita o implicita (quali gli addebiti per spese di varia natura). Si tratta di situazioni di tolleranza da parte dei creditori commerciali nell'accettare il differimento del pagamento oltre i termini contrattuali, per le quali è stato appunto introdotto il concetto di "scaduto fisiologico" al fine di distinguerlo da quello "patologico". Rifarsi, pertanto, in modo rigoroso ai termini contrattuali comporterebbe uno scollamento con la realtà sistemica, con la rilevazione di un debito da servire superiore a quello effettivo.

Quanto invece ai *flussi liberi al servizio del debito*, si osserva che si tratta dei flussi finanziari che derivano dall'attività operativa al netto degli investimenti di mantenimento occorrenti e del pagamento degli oneri fiscali: essa si sostanzia, in termini aziendalistici, nel cd. *Free Cash Flow from Operations* (FCFO). La natura di flussi derivanti dalla gestione operativa giustifica l'esclusione dal calcolo del debito da servire di quello operativo corrente (e cioè non scaduto) in quanto i flussi in questione sono, infatti, già al netto dello stesso.

Il FCFO è una grandezza che, peraltro, necessita della stima delle variazioni di "capitale circolante netto" (CCN), grandezza che risente della corretta determinazione del ciclo di conversione in cassa dei flussi economici, a sua volta risultante dalla stima dei tempi di incasso dei crediti verso i clienti, di pagamento dei debiti verso i fornitori e di rigiro del magazzino.

Le difficoltà di una corretta declinazione finanziaria delle grandezze economiche dovrebbero fare propendere, nelle realtà meno strutturate e comunque in quelle che non dispongano di un affinato processo di *budgeting*, per il ricorso al "*Net Operating Profit After Taxes*" (NOPAT), corrispondente al risultato operativo al netto degli ammortamenti ridotto delle imposte sul risultato dell'esercizio. La differenza tra il FCFO e il NOPAT risiede nel fatto che il primo è costruito sui flussi finanziari mentre il secondo su quelli economici. Ebbene, questi ultimi sono assai più agevoli da stimare e, pertanto, accessibili anche dalle realtà meno strutturate. Il ricorso al NOPAT muove, infatti, dall'assunzione che gli investimenti di mante-

nimento siano pari agli ammortamenti e che le variazioni di CCN siano nulle. Si tratta di assunzioni che potrebbero comportare un'eccessiva semplificazione della realtà e, come tali, essere smentite dai fatti; è, però, questo un male necessario se si vuole evitare di rimanere intrappolati nella inestricabile selva delle stime rese inaffidabili da una complessità di calcolo non affrontabile da una piccola impresa.

Misurati così il debito che deve essere servito e i flussi al servizio dello stesso, per constatare la sostenibilità del primo si tratta solo più di compararlo con i secondi (il FCFO o il NOPAT), portando in conto il tasso di interesse implicito. Gli indici che derivano da tale comparazione consentono la valutazione diretta dello stato di salute dell'impresa.

Si tratta dell'indice cd. "*Debt Service Coverage Ratio*" (DSCR): riferito a un certo orizzonte temporale (ad esempio: 1 anno), esso corrisponderebbe al rapporto tra il FCFO (o il NOPAT) atteso nel periodo e il debito finanziario (in linea capitale e interessi) che deve essere pagato nello stesso.

Tale indice può essere così riprodotto:

"DSCR = FCFO (NOPAT) / (debito finanziario non autoliquidante x tasso di interesse)".

Se il risultato dell'indice è almeno pari a 1, la situazione appare equilibrata.

5. La valutazione dell'equilibrio economico finanziario

Già si è detto dell'associazione dell'equilibrio economico a quello finanziario, e che è opinione di chi scrive che l'equilibrio debba essere, in primo luogo, finanziario. La dipendenza delle grandezze finanziarie da quelle economiche comporta però che, quanto meno in un orizzonte temporale di lungo termine, anche l'equilibrio economico non sia irrilevante ai fini della valutazione dello stato di salute dell'impresa.

L'equilibrio finanziario deve, infatti, essere un equilibrio stabile e non precario e, come tale, poggiare su un equilibrio economico (quanto meno in termini di margine operativo lordo). La mancata copertura del fabbisogno finanziario prospettico, impedendo la continuità aziendale, nega *ab origine* il raggiungimento in via prospettica di una situazione di equilibrio finanziario.

Quanto sopra non equivale però a dire che, una volta garantito l'equilibrio economico, il rischio di crisi d'impresa sia fugato. Non basterebbe, infatti, semplicemente dilatare a dismisura l'entità della

1. Ci si riferisce al d.lgs n. 231/2002, che aveva recepito la direttiva 2000/35/CE, emanata in tema di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali; al dl n. 1/2012, convertito nella l. n. 27/2012, in materia di prodotti agricoli deteriorabili e di altri prodotti agricoli e alimentari; al d.lgs n.192/2012, di recepimento della direttiva 2011/7/UE.

nuova finanza sul solo presupposto di un equilibrio economico esistente, per consentire comunque l'espressione di una valutazione favorevole sull'equilibrio finanziario. Occorre, come ben sanno gli organi deliberanti delle banche, che lo *stock* del debito finanziario sia rimborsabile in un numero di anni coerente con il settore di attività (rilevano a tale riguardo, in particolare, la stabilità dei flussi e la durata del ciclo di vita dei prodotti).

L'esclusione di uno stato di crisi presuppone sempre la stabilità dell'equilibrio finanziario.

Ci si deve, a questo punto, domandare che cosa si debba intendere per "situazione di equilibrio finanziario stabile". Un momento di utile riflessione può essere tratto dal disposto dell'art. 2467 cc, norma che – seppur a diverso fine e, precisamente, per escludere la postergazione dei finanziamenti erogati dai soci nelle società a responsabilità limitata e, per via del richiamo operato dall'art. 2497-*quinquies* cc, nei gruppi – declina il significato di equilibrio finanziario in termini di rapporto tra l'indebitamento e il patrimonio netto, con la precisazione che l'anomalia (e, quindi, la postergazione) del finanziamento può essere desunta dall'indice cd. di indebitamento (*leverage*) costituito dal rapporto tra i debiti finanziari e i mezzi propri.

Se è vero che la dottrina aziendalistica ha individuato misure di normalità, di attenzione e di criticità del rapporto di *leverage*, è altrettanto vero che non ha senso parlare di livelli assoluti di leva finanziaria, rivelatori di un indebitamento "eccessivo". Infatti, a uno stesso rapporto di indebitamento può corrispondere una situazione di solidità finanziaria (ad esempio, per una realtà che produce rilevanti flussi di cassa e che è esposta a rischi contenuti) così come un disequilibrio finanziario (ad esempio, in presenza del rischio di drenaggio liquidità a fronte di rilevanti incertezze). Piena contezza di ciò pare aver avuto anche il legislatore nella misura in cui, diversamente dall'approccio assunto per l'emissione dei prestiti obbligazionari nell'art. 2412 cc, si è astenuto dal fissare un limite assoluto del livello di indebitamento. Anzi, l'art. 2467 cc prevede esplicitamente che, per la postergazione in esame, la valutazione debba essere svolta «*in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società*» – sottolineando così la valenza relativa dell'indicatore quantitativo – ed equipara a tale valutazione la sussistenza di un elemento qualitativo che, mirando ad acclarare se la società versa in una «*situazione finanziaria (...) nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*», si traduce in una sorta di valutazione del merito di credito.

In sede di attestazione ai sensi del vigente (al momento della pubblicazione del presente contributo)

art. 67 l.fall., circa l'idoneità del piano a consentire il riequilibrio finanziario, si è andata consolidando la tendenza a ricorrere al rapporto tra indebitamento e patrimonio netto e a quello tra la posizione finanziaria netta (PFN) e l'EBITDA («*Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization*»), al fine di apprezzare anche la capacità dell'impresa di produrre flussi di cassa.

Invero, occorre osservare che i multipli EV/EBITDA tratti dal mercato variano significativamente da settore a settore, e anche nell'ambito di uno stesso settore, al punto da impedire di individuare un *benchmark* di riferimento. Le cennate differenze dipendono dal fatto che l'EBITDA non corrisponde ai flussi liberi al servizio del debito, in quanto esso non tiene conto dei fabbisogni finanziari derivanti dalle imposte e dagli investimenti: tanto più sono rilevanti tali fabbisogni, tanto minori sono i flussi liberi al servizio del capitale proprio e di terzi e la capacità dell'EBITDA di rappresentarli. Manca, di conseguenza, un multiplo normale dell'EBITDA per pervenire al valore dell'azienda privo di indebitamento (EV). Pertanto, se è arduo determinare un valore oggettivo dell'azienda sulla base del solo EBITDA, diventa impraticabile l'individuazione di un rapporto di PFN/EBITDA universalmente accettabile, non fornendo quelli medi tratti dal mercato alcuna indicazione coerente con la situazione di fatto sull'intensità del fabbisogno finanziario derivante dagli investimenti di mantenimento, né sui fattori di rischio ai quali è esposta l'impresa.

Invero, sia il rapporto di *leverage Debt/Equity* che quello di PFN/EBITDA sono indicatori sintetici e statici che, per sorreggere la verifica del riequilibrio finanziario attraverso un percorso logico-argomentativo, dovrebbero essere analizzati alla luce delle specificità aziendali, nonché dei rischi ai quali i flussi reddituali e finanziari sono esposti, di modo che, per esempio, possa essere apprezzato il grado di elasticità dei costi rispetto ai ricavi (inversamente proporzionale ai rischi di perdite in caso di calo dei volumi).

Qual è, allora, il percorso che consente di esprimere, con un approccio controllabile, un giudizio sul raggiungimento, in via prognostica, del riequilibrio finanziario?

Per rispondere alla domanda, occorre preliminarmente osservare che, ai fini della valutazione dell'adeguatezza dell'equilibrio finanziario, l'entità dell'*equity* costituisce una grandezza fondamentale, a condizione che ad essa venga attribuita la funzione che le è propria secondo la lettura aziendalistica e, segnatamente, quella di cassa di assorbimento dei rischi di impresa propria della teoria di Modigliani e Miller²: si tratta dell'impostazione più evoluta, adottata an-

2. F. Modigliani, M.H. Miller, in *American Economic Review*, n. 48/1958, pp. 261-297.

che nella determinazione dei requisiti patrimoniali di vigilanza delle banche e delle assicurazioni, come previsto dagli accordi cd. di Basilea e di Solvency II. Seguendo tale approccio, il concetto di equilibrio finanziario si identifica con quello – già esaminato – della sostenibilità del debito e presuppone la capacità dell'impresa di produrre flussi di cassa adeguati al servizio del debito finanziario, anche a valle di uno *stress test*, cioè in caso di avveramento di rischi d'impresa non remoti.

È necessaria, a questo punto, una considerazione: ogni variazione di capitale circolante netto incide sui flussi di cassa (generandone un assorbimento, in caso di crescita dei volumi, e un rilascio, nel caso di calo dei volumi medesimi); di tal che è assai opportuno che il sostegno del debito venga misurato in una situazione astratta di neutralità dei volumi e di crescita nulla del valore della produzione (situazione cd. di “*steady state*”, ovvero di stato stazionario al termine dell'orizzonte di piano). Tale soluzione, infatti, consente, da un lato, di evitare di alterare il dato a regime con grandezze volatili (quali sono le variazioni di CCN) e, sotto diverso profilo, di mantenere l'indebitamento finanziario autoliquidante unicamente attraverso il pagamento dei relativi interessi.

Sulla base delle considerazioni svolte, per la prova dell'equilibrio finanziario occorre stimare, a regime anche in un'ipotesi stressata dai rischi ai quali è esposta l'impresa, i flussi finanziari stazionari e liberi, e, pertanto, al netto degli investimenti di mero mantenimento dell'apparato produttivo, che residuano dopo il pagamento degli oneri finanziari sul debito autoliquidante e delle imposte sul reddito. Sulla base di tali flussi, adottando, in via figurata, un processo *amortizing*, è possibile agevolmente determinare in quanti anni avrebbe luogo il rimborso del restante debito finanziario sulla base di un tasso di interessi normale di mercato.

La valutazione è condotta attraverso la determinazione del numero degli anni in cui rientra il debito che deve essere servito. Tale numero di anni non deve essere superiore alla durata massima dei finanziamenti a medio-lungo termine per il settore specifico di attività in cui opera l'impresa. Ad esempio, una *utility* con ricavi e redditività costanti potrà avere un processo di ammortamento anche superiore a vent'anni; viceversa, una realtà operante in un segmento a elevata volatilità o soggetto a rapida evoluzione, come quelli legati al *fashion* o alle tecnologie più innovative, avrà una durata del processo di ammortamento assai più contenuta. Sotto questo profilo, il vissuto dell'impresa darà utili informazioni circa la durata massima dei finanziamenti accordabili dal sistema bancario.

In pratica, il NOPAT deve essere almeno pari alla teorica rata *amortizing* (per capitale e interesse) del

debito finanziario netto diverso dall'autoliquidante – debito, quest'ultimo, che, in un'ipotesi di *steady state*, l'impresa è in grado di sostenere a tempo indeterminato. Al fine del calcolo della rata teorica in questione, occorre applicare un tasso di interesse di mercato e portare in conto una durata del processo di ammortamento adeguata al settore di appartenenza.

Tale indice può essere così riprodotto:

“NOPAT > (Debito finanziario non autoliquidante x tasso di interesse) / [1 - (1 + tasso di interesse)ⁿ - numero anni]”.

Vale, al riguardo, l'avvertenza svolta al precedente paragrafo in ordine alla determinazione del debito da servire, che nella formula è espresso come “debito finanziario”.

L'approccio proposto consente di pervenire a risultati di sintesi controllabili rispetto alla mera rilevazione di un indicatore astratto, al quale non è possibile attribuire in modo univoco un intervallo di normalità.

Le considerazioni sopra svolte conducono a un approccio argomentato e controllabile dell'equilibrio finanziario anche nelle ipotesi più complesse. Ci si riferisce al fatto che spesso le banche, piuttosto che prevedere rimborsi del debito in tempi particolarmente lunghi che, per la loro atipicità, eccederebbero le facoltà deliberative degli organi deliberanti coinvolti, preferiscono prevedere una rata finale, cd. “*bullet*”, nell'ultimo anno dell'orizzonte di piano o strutture di finanziamenti *balloon*.

Come si può valutare sussistente l'equilibrio finanziario quando l'impresa non disponga prognosticamente di flussi finanziari atti a fronteggiare la rata *balloon*? Ebbene, la situazione finanziaria dovrebbe ritenersi equilibrata, con un approccio logico-argomentativo controllabile, anche in tali frangenti, se possa essere dedotta la capacità prognostica dell'impresa di destinare flussi di cassa in misura adeguata al servizio del debito senza pregiudicare la continuità aziendale, nella prospettiva del suo futuro riscadenziamento in un orizzonte temporale normale per il settore di attività in cui l'impresa opera.

6. La valutazione della continuità aziendale e i *trigger event*.

Il quadro normativo di riferimento OIC 11 e ISAE 570

Occorre premettere che continuità aziendale e riequilibrio finanziario hanno radice comune, e comuni sono anche i relativi indicatori meno equivocabili.

Per comprendere la continuità aziendale non si può non partire da una constatazione. Vi sono realtà che, per anni, hanno generato solo perdite senza

aver pregiudicato la propria continuità aziendale. Per contro, talvolta capita di vedere realtà la cui continuità aziendale è compromessa pur in presenza di una costanza di risultati netti positivi. Invero, l'equilibrio economico non è un presupposto né necessario né sufficiente per la continuità aziendale.

I principi di revisione («Principio di revisione internazionale ISA Italia n. 570» sulla continuità aziendale), le norme di comportamento del collegio sindacale (n. 11 e, in particolare, la norma n. 11.1 in materia di prevenzione ed emersione della crisi) e i principi contabili interni (OIC 6, in materia di ristrutturazione del debito) danno indicazioni utili per intercettare il pregiudizio al *going concern*, ma mai segnali “*on/off*”. Essi si limitano, infatti, a evidenziare elementi potenzialmente sintomatici di una crisi: i cd. “*trigger event*”. Il fatto che siano solo potenzialmente sintomatici emerge con evidenza dagli stessi principi nel momento in cui precisano che l'elenco riportato non è esaustivo, e che la presenza di uno o più elementi individuati dai principi stessi come critici non significa necessariamente che esista un'incertezza significativa sul *going concern*.

In ogni caso, si tratta di elementi preminentemente qualitativi. Mancherebbe, comunque, la possibilità di desumere dai dati di bilancio indici quantitativi atti a rilevare situazioni tali da individuare con oggettività la discontinuità aziendale.

Qual è, allora, l'indice della discontinuità? A ben vedere, è solo l'insostenibilità prospettica del debito: un piano è fattibile, e la continuità aziendale sussiste, solo se il debito è sostenibile. In altre parole, è sufficiente la valutazione positiva della sostenibilità del debito per avere un indicatore univoco della continuità aziendale e della fattibilità del piano. Con un ulteriore importante vantaggio: l'insostenibilità del debito è suscettibile di accertamento in via anticipata rispetto al momento in cui il debito dovrà essere assolto.

Che sia la sostenibilità del debito a sorreggere la continuità aziendale e che ciò sia rilevante sia sotto il profilo finanziario sia sotto quello economico è dimostrato dalle operazioni virtuose di risanamento. Non è un caso che, nelle realtà quotate e in quelle controllate da intermediari finanziari, la crisi venga di norma intercettata con maggiore tempestività, in situazioni di mero pericolo di insolvenza e non in quelle di insolvenza in atto. La motivazione di ciò deve essere ricercata nella maggiore accuratezza dell'informativa finanziaria che caratterizza queste realtà.

Per comprendere le ragioni occorre muovere da una premessa: il valore economico del patrimonio netto, il cd. “*equity value*”, corrisponde alla somma algebrica dell’“*enterprise value*” (cioè il valore del complesso aziendale) e della “posizione finanziaria netta”.

Ampliando considerazioni già sopra svolte, diciamo subito che la posizione finanziaria netta deve comprendere non solo le partite finanziarie, ma anche i debiti scaduti (il cui ritardo di pagamento assume le caratteristiche della patologia), in quanto, se questi ultimi fossero stati assolti, l'indebitamento finanziario sarebbe stato superiore di un importo corrispondente.

L’*enterprise value* corrisponde, invece, al valore d'uso dell'azienda. È un valore determinato, secondo la tecnica aziendalistica, in misura corrispondente all'attualizzazione dei flussi di cassa prospettici, applicando un tasso che tenga implicitamente conto del premio per il rischio del loro avveramento. È questo il valore al quale i principi contabili (quelli internazionali, lo IAS 36, ma anche quelli interni, lo OIC 9) fanno riferimento per gli *impairment test*, laddove essi determinano il valore d'uso nel valore attuale dei flussi liberi che la gestione degli *asset* può generare e, in pratica, dei soli flussi che possono essere posti al servizio del debito.

E veniamo finalmente al punto. Se la posizione finanziaria netta negativa, come sopra determinata, è superiore, in assenza di *surplus assets*, all’*enterprise value*, ne deriva l'integrale perdita del capitale sociale e, nel contempo, l'incapienza dei flussi al servizio del debito rispetto a quest'ultimo.

Ecco, allora, che è sufficiente la rigorosa applicazione dei principi contabili, e segnatamente di quelli sull’*impairment test*, per avere il più tempestivo indice dell'incapacità dei flussi a fronteggiare il debito stesso e, per la proprietà transitiva “*disequilibrio finanziario = discontinuità*”, l'indice dello stato di crisi. Anche il ruolo stesso di amministratori, sindaci e revisori ne risulta maggiormente definito. Nel momento in cui essi riscontrano una situazione rilevante ai sensi dell'art. 2447 cc, colgono di fatto anche l'insorgenza di uno stato di crisi e l'obbligo della tempestività di tale rilevazione deriva, senza necessità di alcuna ulteriore precisazione, dal corretto rispetto dei principi contabili in materia di *impairment test*.

Qui i due pilastri (quello dell'equilibrio finanziario e quello della sostenibilità del debito) si saldano in uno solo: quello della continuità aziendale.

Tutto vero, ma a una condizione: deve esistere un piano ed esso deve essere stato correttamente redatto.

7. Gli adeguati assetti organizzativi; i presidi che deve attivare l'imprenditore

L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile atto alla rilevazione tempestiva della crisi al quale

fa riferimento la norma è costituito da un insieme di presidi.

I presidi organizzativi (cd. “obblighi organizzativi”), per espressa previsione dell’art. 12 CCII, costituiscono strumenti di allerta e sono posti a carico dell’imprenditore. Essi devono essere tali da consentire (nel rispetto della complessità dell’impresa e del suo modello di *business*) la tempestiva individuazione di uno stato di crisi al fine della sua gestione. Assume, a tale riguardo, fondamentale rilevanza la valutazione della sostenibilità del debito sotto molteplici profili: quello della tempestiva individuazione della crisi, ma anche quello del permanere della continuità aziendale.

La prima domanda da porsi è in che cosa si concretizzino i presidi organizzativi. Essi sono costituiti da tre distinti pilastri:

- 1) una corretta strutturazione delle funzioni aziendali, nel rispetto del fondamentale principio della separazione (e della contrapposizione) tra il ruolo esecutivo e quello operativo;
- 2) la definizione di procedure e regole interne atte, tra l’altro, a raccogliere le informazioni interne individuando il loro impiego e assicurandone l’affidabilità. La disponibilità delle informazioni corrette ed esaustive è, infatti, un presupposto imprescindibile, al pari del loro impiego concreto;
- 3) l’adozione dei necessari strumenti: ci si riferisce necessariamente agli strumenti informativi; ma ci si riferisce anche agli strumenti di *output* (quali il piano previsionale e il *budget*).

La mancanza di uno solo dei tre pilastri fa venir meno l’equilibrio e l’adeguatezza dell’assetto che si regge su di essi. Nei paragrafi successivi, il tema verrà meglio approfondito affrontando anche l’imprescindibile principio della proporzionalità alle dimensioni e alla complessità dell’impresa.

Ma quali sono le finalità degli obblighi organizzativi in questione?

L’art. 14 CCII stabilisce, a ben vedere, il *framework*, nei termini già esposti, dei ruoli dell’organo amministrativo, di quello di controllo e del revisore, e – conseguentemente – dell’assetto organizzativo che deve essere adottato.

Le finalità dello stesso sono molteplici. Proviamo a riassumerle in appresso:

- occorre che siano assicurati processi di *reporting* e di monitoraggio che permettano una completa ed efficace valutazione in continuo, almeno trimestrale, del rispetto degli indici della crisi che verranno individuati dal Cndcec o di quelli eventualmente sostituiti dall’impresa ai sensi dell’art. 13, comma 3;
- le procedure di verifica di tali indici dovranno

essere formalizzate e stabili; a tal fine occorrerà l’adozione di regole puntuali;

- le procedure di verifica dovranno essere estese ai casi di ritardi nei pagamenti “*reiterati e significativi*”, “*anche*” sulla base di quanto previsto nell’art. 24 CCII;
- quanto sopra è informato al principio del *forward looking*, il cui primato sul dato consuntivo deriva dalla nozione stessa di «crisi» che l’art. 2 CCII individua nella «*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*». Dal che deriva l’esigenza dell’adozione di puntuali e affidabili regole di pianificazione (come meglio in appresso precisato);
- l’organo amministrativo dovrà anche individuare modalità di *assessment* dell’equilibrio finanziario e adottare procedure per la sua rilevazione; si tratta di modalità che devono essere coerenti con quelle maturate nell’ambito della gestione delle crisi d’impresa in seguito all’attestazione che i professionisti indipendenti sono stati chiamati a rendere ai sensi degli artt. 67, 182-*bis*, e 186-*bis* l.fall.;
- l’organo amministrativo dovrà verificare in continuo che non risulti compromessa la continuità aziendale avendo riguardo ai *trigger event* di cui all’ISA 570;
- l’organo amministrativo dovrà, infine, essere in grado di valutare il mantenimento di un patrimonio netto atto a fronteggiare i rischi d’impresa. A tal fine, lo strumento da adottare è quello di un modello stabile di *impairment test* che possa essere applicato alla chiusura di ciascun esercizio e, nel caso in cui si verificano i *trigger event*, suscettibile di *reperforming* anche nel corso dell’esercizio. L’*impairment test* presenta, infatti, come già precisato, una valenza prossima, se non addirittura equivalente, a quella dell’idoneità dei flussi di cassa liberi rispetto al debito che deve essere servito dagli stessi.

8. Il ruolo dell’organo di controllo

Nel quadro dianzi delineato, il ruolo dell’organo di controllo, quale emerge con chiarezza dal disposto dell’art. 14, è determinante. Egli è chiamato a verificare che l’organo amministrativo valuti in continuo non solo l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, ma anche se sussista l’equilibrio finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, segnalando con adeguata motivazione all’organo amministrativo l’esistenza di fondati indizi di crisi che, come dianzi evidenziato, non si limitano alle violazioni degli indici di cui al comma 2 dell’art. 13, ma ad ogni situazione

che assuma rilevanza ai sensi del comma 1 dello stesso articolo.

Tutto ciò è possibile solo qualora l'organo di controllo istituisca un'implementazione di flussi informativi nei confronti dello stesso da parte dell'organo amministrativo e delle funzioni aziendali funzionali al concreto funzionamento degli obblighi di vigilanza e di quelli segnaletici interni.

Ci si deve, pertanto, attendere dagli stessi collegi sindacali, avendone la facoltà, l'istituzione di obblighi di flussi informativi interni, periodici e ad evento. In difetto di questi, l'opera dell'organo di controllo sarebbe discontinua e, comunque, tardivamente ancorata al solo dato retrospettivo, vanificando un fondamento delle misure di allerta e pregiudicando l'attività di vigilanza richiesta.

In appresso, si esemplificano i flussi che potrebbero essere all'uopo istituiti.

Tra i flussi informativi periodici, vi sono certamente quelli che consentono di determinare gli indici di cui all'art. 13, comma 2, o quelli sostitutivi di cui al comma 3. In quale modo l'organo di controllo o il revisore potrà rilevare la violazione di tali indici? Il momento principe è costituito dalle situazioni trimestrali, laddove l'impresa le avesse attivate, e chi scrive ritiene che la loro attivazione costituisca un obbligo implicito a quello degli adeguati assetti, derivante dal disposto dell'art. 24, comma 1 – al punto che le stesse situazioni trimestrali costituiranno un ulteriore obbligo informativo richiesto dall'organo di controllo. Non è però l'unico. Alcuni indici possono essere calcolati attraverso la disamina di meri bilanci di verifica, altri attraverso piani di tesoreria, altri ancora attraverso strumenti informatici in grado di trarre gli indici e ulteriori informazioni dal *current trading*, a condizione che siano individuati e periodicamente comunicati all'organo di controllo gli indicatori chiave di *performance* (KPI) agevolati.

Un ulteriore flusso che dovrà essere richiesto dall'organo di controllo è quello del prevedibile andamento aziendale, per il quale occorrerà tenere in debito conto il principio di proporzionalità, che trova un suo cardine nello stesso disposto del comma 5 dell'art. 2381 cc³. Tale flusso dovrebbe essere accompagnato da quello dell'andamento degli ordini e dal volume degli ordini revocati.

Anche i tempi di incasso e di pagamento dovranno essere oggetto di monitoraggio periodico. A tal

fine, occorrerà richiedere il confronto dei tempi medi rispetto a quelli del corrispondente periodo del precedente esercizio, in quanto il processo di calcolo, poggiando su un rapporto tra grandezze *stock* e grandezze flusso, risente della stagionalità propria dell'impresa.

Un'ultima informazione attiene agli affidamenti concessi, al loro utilizzo e, limitatamente alle linee autoliquidanti, al volume dei crediti eleggibili disponibili.

Fino a qui, gli obblighi informativi periodici; accanto ad essi vi sono, però, anche quelli ad evento, non meno rilevanti.

L'organo di controllo dovrebbe introdurre a carico dell'organo amministrativo e delle funzioni aziendali competenti per materia gli ulteriori eventi rilevanti relativi alla sostenibilità del debito e alla continuità aziendale. Trattasi, ad esempio, oltre ai *trigger event* di cui al principio di revisione ISA n. 570 e rimessi più alla competenza del revisore, di: situazioni di sconfinamento rilevante in Centrale Rischi; revoca e revisioni degli affidamenti bancari; revoca di affidamenti da parte dei principali fornitori; richiesta di nuovi affidamenti e finanziamenti; mancato rispetto dei termini dei rimborsi di finanziamenti e di *bond*; richieste formulate ai creditori di riscadenziamento o rateazione dei pagamenti; insuccesso nel reperimento di *performance bond* e di *bid bond* per l'acquisizione di appalti o la partecipazione a gare; notizia del *downgrade* del *rating* interno assegnato dalle singole banche; insoluti dei crediti anticipati dal sistema bancario che superino la soglia ritenuta rilevante; perdita di risorse chiave; attivazione di contenzioso passivo critico; mancato versamento di Iva, tributi e contributi alla scadenza; ricevimento di decreti ingiuntivi e protesti cambiari.

Si aggiungono a tali flussi quelli delle eventuali segnalazioni esterne ricevute ai sensi dell'art. 15 CCII, in quanto esse verranno trasmesse all'organo di controllo solo dall'Ocri, successivamente alla segnalazione da questi ricevuta.

Un rafforzamento di tali flussi informativi deriva dall'introduzione di un ulteriore flusso di provenienza esterna all'impresa, previsto dall'ultimo comma dell'art. 14, che ha introdotto l'obbligo a carico delle banche e degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 Tub di dare notizia agli organi di controllo societari delle comunicazioni date al cliente e afferenti alle variazioni, alle revisioni o alle revoche degli affida-

3. D'altronde, le modifiche introdotte dall'art. 375 CCII all'art. 2086 cc ribadiscono tale principio, estendendone la portata: «l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa». Come acutamente osservato – vds. G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. Irrera (a cura di), *Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016 (disponibile online in <http://www.associazionepreite.it/>) –, si tratta del bilanciamento di «interessi sussumibili (...) nella stessa libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. (...); interessi che, nel contesto di limitazione di responsabilità che caratterizza il regime delle società di capitali, impongono a chi svolge attività d'impresa di organizzarla secondo i già evocati criteri di efficienza ed efficacia» (*ibid.*, p. 21).

menti. Si tratta, invero, di una norma che comporterà per banche e intermediari finanziari l'introduzione di procedure interne *ad hoc*. Essa è volta più a contrastare omissioni di informativa da parte degli organi amministrativi, che sarebbero proprie solo di situazioni gravemente patologiche di assenza di trasparenza, sintomatiche di un ambiente ostile in cui sarebbe costretto a operare l'organo di controllo.

9. Conclusioni

La gestione anticipata della crisi presuppone l'implementazione di "adeguati assetti" volti a misurare in continuo la capacità dell'impresa di sostenere il proprio debito. Essi si fondano sui tre pilastri degli

interventi organizzativi, dell'adozione di regole di dettaglio di pianificazione, e dell'impiego di strumenti informatici al servizio delle stesse.

Tutto ciò, però, nel rispetto dell'imprescindibile principio della proporzionalità alle dimensioni e alla complessità dell'impresa.

L'organo di controllo, da parte sua, per svolgere il ruolo di vigilanza sulla valutazione, da parte dell'organo amministrativo, dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, della sussistenza dell'equilibrio finanziario e del prevedibile andamento economico, nonché per adempiere agli obblighi segnaletici posti a suo carico dall'art. 14 CCII, non potrà non imporre puntuali flussi informativi a proprio favore da parte dell'organo amministrativo e delle diverse funzioni aziendali, alcuni periodici altri ad evento.

Il contratto nell'operazione (o procedimento) di ristrutturazione dei debiti

di Pier Paolo Lanni

Il codice della crisi di impresa, nel tentativo di “rivitalizzare” l'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ha modificato e integrato in modo significativo la disciplina attualmente ricavabile dagli artt. 182-*bis* e 182-*septies* l.fall., dando continuità all'orientamento giurisprudenziale che qualifica tale istituto come una procedura concorsuale e rendendo recessivo il modello contrattuale che originariamente era alla sua base.

1. L'accordo di ristrutturazione dei debiti come procedura concorsuale nell'attuale impianto normativo / 2. La conferma dell'accordo come procedura concorsuale nel codice della crisi di impresa / 3. Il ruolo del contratto nella procedura concorsuale di ristrutturazione dei debiti / 4. La tutela dei creditori nella fase di esecuzione dell'accordo

1. L'accordo di ristrutturazione dei debiti come procedura concorsuale nell'attuale impianto normativo

Il codice della crisi d'impresa segna una nuova tappa nel percorso di ricerca di nuovi equilibri tra la gestione “privatizzata” della crisi e dell'insolvenza, favorita dalle riforme dell'ultimo decennio (espressive di un chiaro *favor* per il modello contrattuale), e il controllo pubblicistico della stessa, nel quadro delle indicazioni comunitarie espresse dalla raccomandazione Ue n. 135/2014 (2014/135/UE) e sviluppate dalla proposta di direttiva n. 723/2016 [COM(2016)723].

Figura emblematica di tale percorso è quella dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, introdotta nel 2005 (con il dl 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 8, che ha introdotto l'art. 182-*bis*) e oggetto di plurimi interventi nel decennio successivo (prima con il d.lgs 12 settembre 2007, n. 169, che ha introdotto alcune novità riguardanti la classificazione dei creditori e la loro suddivisione in classi; poi con il dl 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, che ha previsto misure protettive del patrimonio del debitore; successivamente, con il

dl 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha esteso l'ambito di operatività della disciplina tributaria in tema di sopravvenienze attive e di deducibilità delle perdite; infine, con il dl 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, che ha introdotto l'art. 182-*septies*, disciplinante gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria).

Questo istituto, infatti, ha offerto di recente alla Suprema corte l'occasione di fare il punto sulla nozione di “procedura concorsuale” (sempre caratterizzata dal controllo giudiziale, anche se ridotto) e sulla sua differenza con gli accordi negoziali per la composizione o risoluzione della crisi di impresa.

In passato, a fronte della persistente mancanza nell'ordinamento di una definizione di “procedura concorsuale” (nozione pur considerata dal legislatore come categoria a diversi fini, primo tra tutti il riconoscimento della prededuzione prevista dall'art. 111, comma 2, l.fall.), si era affermata la tendenza a distinguere, tra gli istituti di diritto concorsuale, le procedure in senso stretto e gli accordi di diritto privato, individuando quali caratteristiche tipiche solo delle prime: 1) un intervento giudiziale nella fase iniziale, con un provvedimento di nomina di un giudice de-

legato e di un organo (curatore o commissario) a cui sia rimessa la gestione della procedura; 2) l'universalità degli effetti sul patrimonio del debitore (coinvolto per l'intero) e verso i creditori (tutti indistintamente); 3) l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari; 4) il principio della *par condicio creditorum*, quanto meno tendenziale. Sulla base di questa impostazione gli accordi di ristrutturazione dei debiti, al pari dei piani attestati di risanamento *ex art. 67 l.fall.*, erano stati qualificati come accordi di diritto privato.

Negli ultimi due anni invece la Corte di cassazione, dopo alcuni passaggi incidentali (nelle sentenze nn. 2311/14 e 16950/16), ha riaffrontato il tema della qualificazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti in modo sistematico, alla luce della più recente evoluzione normativa, ed è pervenuta a una nuova definizione (minimalista) della categoria delle procedure concorsuali. In particolare, la Suprema corte (con ben 9 sentenze nell'arco di poco più di un anno: nn. 1182/18, 1895/18, 1896/18, 9087/18, 12965/18, 16161/18, 16347/18, 12064/19, 13850/19), anche sulla base di una ricostruzione basata sul diritto concorsuale dell'Unione europea sotto il profilo del diritto uniforme (raccomandazione n. 135/2014 e proposta di direttiva n. 723/2016) e degli effetti dell'insolvenza transfrontaliera (regolamento Ue n. 848/2015), è giunta alla conclusione che nell'attuale sistema normativo i requisiti minimi affinché si possa parlare di procedura concorsuale sono: «(i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno "protettive" (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); (ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e forse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di "estranei", da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; (iii) una qualche forma di pubblicità» (in questi termini, in particolare, la sentenza n. 9087/18).

Una siffatta definizione della nozione di procedura concorsuale (riduttiva rispetto al passato) e la ricostruzione della disciplina attuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti ricavabile dall'art. 182-*bis* e dall'art. 182-*septies* l.fall. (caratterizzata, tra l'altro, da una progressiva procedimentalizzazione, con la previsione della possibilità di beneficiare di misure protettive anticipate, dalla previsione di una "passerella" con il concordato preventivo e dal divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione) hanno consentito alla Corte di attribuire piena natura concorsuale agli accordi (nonostante l'opinione contraria della parte prevalente della dottrina).

È significativa la definizione della cifra della concorsualità contenuta nella sentenza n. 9087/18: «la sfera della concorsualità può essere oggi iposta-

ticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria... Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio».

Ovviamente, questa conclusione non risponde solo a una mera esigenza classificatoria, poiché è destinata a giustificare l'applicazione analogica delle norme generali in materia di procedure concorsuali o comunque l'applicazione diretta dei principi generali che governano le stesse agli accordi di ristrutturazione dei debiti (così come agli altri istituti di diritto concorsuale caratterizzati da una disciplina lacunosa o minimalista, come attualmente le procedure di sovraindebitamento previste dalla legge n. 3/2012). Pur nella difficoltà a individuare le une e gli altri, il riferimento più immediato riguarda l'applicabilità della disciplina delle prededuzioni ricavabile dall'art. 111 l.fall., la possibilità di riconoscere la *consecutio* tra procedure in caso di fallimento, con conseguente retrodatazione del periodo sospetto, e la stessa applicabilità del regolamento Ue n. 848/2015. In questa prospettiva, la Corte di cassazione, con le sentenze su richiamate, ha affermato, ad esempio, la prededucibilità dei compensi dei professionisti che hanno coadiuvato l'imprenditore nella presentazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (sentenza n. 1182/18), l'applicabilità dell'art. 162, comma 1, l.fall. laddove il tribunale ravvisi la necessità di integrazioni della proposta di accordo (sentenza n. 9087/18), la prededucibilità dei finanziamenti funzionali all'accordo di ristrutturazione dei debiti (sentenza n. 16347/18), la sovrapposibilità del controllo di legalità formale e sostanziale del tribunale in sede di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti a quello effettuato in sede di omologa del concordato preventivo (sentenza n. 12064/19) e la possibilità di richiedere il fallimento in corso di esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti negli stessi termini in cui è riconosciuta la possibilità di richiedere il fallimento *omisso medio* durante la fase esecutiva del concordato preventivo omologato.

2. La conferma dell'accordo come procedura concorsuale nel codice della crisi di impresa

Occorre, a questo punto, chiedersi se il codice della crisi d'impresa si ponga in continuità o discontinuità con l'orientamento evidenziato.

La legge delega n. 155/2017 non offre significativi spunti, essendosi limitata a prevedere (art. 5, titolato «Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento») che, nell'esercizio della delega, il Governo dovesse attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi: a) estendere la procedura di cui all'art. 182-*septies* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee; b) eliminare o ridurre il limite del 60 per cento dei crediti previsto nell'art. 182-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ove il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, di cui al primo comma del citato articolo 182-*bis*, né richieda le misure protettive previste dal sesto comma del medesimo articolo; c) assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile; d) estendere gli effetti dell'accordo ai soci illimitatamente responsabili, alle medesime condizioni previste nella disciplina del concordato preventivo.

Invece, l'attuazione della delega con il d.lgs n. 14/2019 (che dedica agli accordi gli artt. 57-64) appare idonea a rivelare l'opzione di fondo seguita dal legislatore, pur mancando, anche in esso, una definizione di procedura concorsuale. In particolare, se la considerazione della collocazione sistematica della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti (nel capo relativo agli «Accordi», insieme agli «Strumenti negoziali stragiudiziali») potrebbe indurre a riqualificare l'istituto in esame come un accordo di diritto privato, la considerazione della disciplina complessiva dettata per esso nel codice sembra sostenere l'opinione contraria e, quindi, il rafforzamento della qualificazione come procedura concorsuale.

In questa prospettiva assumono rilievo: 1) la disciplina della prededuzione dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo, specularmente a quella riguardante i professionali sorti in funzione della domanda di concordato preventivo (art. 6); 2) la previsione della soggezione al procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi anche per la domanda di omologa dell'accordo; 3) il

condizionamento di tale domanda allo stesso corredo documentale (art. 39) e alla stessa sottoscrizione e approvazione (art. 44) prevista per il concordato preventivo; 4) la previsione di una disciplina comune al concordato preventivo per le misure protettive (art. 54); 5) la previsione della disciplina di accesso all'omologa dell'accordo e dell'omologa stessa unitamente a quella dell'accesso al concordato preventivo e della sua omologa (artt. 44 e 48); 6) la previsione della nomina obbligatoria del commissario giudiziale nel caso di domanda di accesso al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione in presenza di istanze di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 44, che, peraltro, sembra comunque ammettere la nomina discrezionale del commissario negli altri casi); 7) l'estensione all'accordo della sospensione dell'operatività delle norme societarie relative alla riduzione o perdita del capitale sociale, attualmente prevista dall'art. 182-*sexies* solo per il concordato preventivo (artt. 64 e 89); 8) l'estensione all'accordo dell'effetto esdebitatorio per i soci illimitatamente responsabili, attualmente previsto solo per il concordato preventivo dall'art. 184 l.fall. (art. 59).

La valutazione complessiva di questi indici normativi induce a ritenere che il legislatore della riforma abbia voluto considerare gli accordi di ristrutturazione dei debiti come procedure concorsuali, per di più integrando in modo significativo la disciplina attuale e riducendo quindi i margini di applicazione analogica delle norme relative ad altre procedure concorsuali (si pensi, ad esempio, all'aspetto, più rilevante, della prededuzione dei crediti sorti in funzione del procedimento o all'interno di esso: vds. art. 6). Diviene, quindi, irrilevante esaminare la persistente attualità della nozione di procedura concorsuale di recente elaborata dalla giurisprudenza di legittimità (che, peraltro, appare pienamente in linea con il contenuto della proposta di direttiva n. 723/2016).

Del resto, la conclusione sostenuta riguardo alla volontà del legislatore della riforma è già stata anticipata dalla Corte di cassazione nel quadro del tentativo generale (tanto opportuno quanto pericoloso, ove si consideri la possibilità di interventi correttivi del legislatore prima dell'entrata in vigore del codice) di verificare la tenuta degli attuali orientamenti giurisprudenziali alla luce delle novità introdotte dal codice della crisi d'impresa. E infatti, nella sentenza n. 13850/19, ha affermato espressamente che la qualificazione dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti come procedura concorsuale trova riscontro nella riforma e, in particolare, nella previsione di un procedimento unitario per l'accesso alla procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza e nella condivisione dei presupposti soggettivi e oggettivi con le altre procedure concorsuali.

3. Il ruolo del contratto nella procedura concorsuale di ristrutturazione dei debiti

Data per acquisita la natura di procedura concorsuale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (e quindi la sua soggezione alla *lex concursus*), occorre chiedersi quale sia la dimensione assunta dal contratto all'interno di essa (e quindi quali siano i margini di applicazione della *lex contractus*).

A questo fine, è utile una ricognizione delle novità della disciplina sostanziale dell'accordo introdotte dal codice della crisi di impresa. In particolare, il legislatore, dando piena attuazione ai criteri fissati dall'art. 5 della legge delega su riportati e nel chiaro intento di "rivitalizzare" l'istituto, ha previsto: 1) la possibilità di ricorrere all'accordo per tutti gli imprenditori, anche non commerciali, diversi dall'imprenditore minore (e cioè sotto soglia) e non solo quando vi sia una situazione di crisi, ma anche quando vi sia già una situazione di insolvenza (art. 57); 2) la necessità che l'accordo contenga l'indicazione di tutti gli elementi del piano economico-finanziario che ne consente l'esecuzione, al pari dei piani attestati di risanamento (art. 57); 3) la specificazione che il professionista incaricato dell'attestazione prenda posizione sulla fattibilità "economica e giuridica" del piano (art. 57); 4) la riduzione alla metà della percentuale di adesione del 60 per cento, necessaria per l'omologa, nell'ipotesi in cui l'imprenditore non proponga la moratoria dei creditori estranei e non si avvalga delle misure protettive (art. 60); 5) la generalizzazione della possibilità di proporre accordi ad efficacia estesa, vincolanti anche per i creditori non aderenti, ma appartenenti a categorie omogenee, attualmente limitata dall'art. 182-*septies* l.fall. all'ipotesi in cui almeno la metà del ceto creditorio sia bancario, a condizione: che tutti i creditori appartenenti alla categoria siano coinvolti nelle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi; che l'accordo preveda la continuità dell'attività aziendale anche in forma indiretta (al pari di quanto previsto dall'art. 84, comma 2, per i concordati) e la soddisfazione significativa o prevalente dei creditori con il ricavato dell'attività di impresa; che i crediti dei creditori aderenti corrispondano almeno al 75 per cento dei crediti complessivi dei creditori appartenenti alla categoria omogenea; che i creditori non aderenti siano soddisfatti in misura non inferiore al risultato conseguibile in caso di liquidazione giudiziale, e che l'accordo e la domanda di omologazione siano notificati a tutti i creditori non aderenti (art. 61); 6) la possibilità di modificazioni sostanziali del piano, prima e dopo l'omologazione dell'accordo, con la rinnovazione dell'attestazione e, nel primo caso, con la manifestazione del consenso dei creditori; nel secondo caso, con la semplice comunicazione della

pubblicazione della modificazione ai creditori, ai quali è riconosciuta la possibilità di proporre opposizione entro trenta giorni (art. 58); 7) l'applicazione dell'art. 1239 cc ai creditori aderenti e l'estensione all'accordo dell'effetto esdebitatorio per i soci illimitatamente responsabili (art. 59).

L'unica tra queste novità idonea a sorreggere l'affermazione della persistente valorizzazione del modello contrattuale nel procedimento in questione è quella dell'ampliamento della possibilità di stipulare accordi non vincolanti per i creditori estranei, con la riduzione alla metà della percentuale minima degli aderenti (30 per cento), l'esclusione di qualsiasi effetto (in termini di moratoria) per i creditori non aderenti e la riduzione dell'impatto procedimentale attraverso l'esclusione delle misure protettive. Questa novità, infatti, può essere interpretata come un'applicazione rigorosa dell'art. 1372 cc all'accordo. Essa, tuttavia, pur essendo espressiva del riconoscimento del maggior grado di autonomia riconosciuto alle parti rispetto ad altre procedure concorsuali, non può essere sopravvalutata, sia perché in linea con la nozione minimalista di coinvolgimento dei creditori quale presupposto della procedura concorsuale nei termini su evidenziati, sia perché di minore impatto rispetto alle ulteriori novità di segno contrario.

Tra queste ultime, in particolare, meritano di essere evidenziate: 1) la notevole espansione dell'ambito di applicazione degli accordi a efficacia estesa previsti dall'art. 61, con la conseguente esasperazione della deroga all'art. 1372 cc (nei confronti dei creditori non aderenti della categoria omogenea) e, quindi, la sostituzione del meccanismo della deliberazione a maggioranza (proprio del concordato preventivo) a quello dell'accordo quale elemento essenziale del contratto; 2) l'espresso riferimento, nell'art. 57, alla fattibilità economica e giuridica del piano quale contenuto necessario dell'attestazione del professionista indipendente (in misura speculare a quanto previsto per il concordato preventivo), con la conseguente estensione del controllo del tribunale in sede di omologa a questa fattibilità omnicomprensiva (anche in tal caso, in misura corrispondente a quanto avviene per il concordato preventivo, come peraltro già affermato dalla Corte di cassazione nell'attuale impianto normativo: sentenza n. 12064/19) e con la corrispondente riduzione del grado di autonomia negoziale riconosciuto alle parti; 3) la possibilità prevista dall'art. 59 di modifiche dell'accordo dopo l'omologa, senza la necessità del consenso espresso dei creditori aderenti, essendo sufficiente la semplice non opposizione, con la conseguente riduzione al minimo delle modalità di espressione e tutela della loro volontà negoziale.

Queste novità, infatti, rendono evidente come il legislatore della riforma abbia assegnato al modello contrattuale un ruolo recessivo nella procedura di ri-

strutturazione dei debiti. Può quindi affermarsi per l'istituto in esame la definitiva prevalenza della *lex concursus* sulla *lex contractus*.

4. La tutela dei creditori nella fase di esecuzione dell'accordo

La conclusione su esposta consente di ipotizzare la soluzione dei dubbi interpretativi che potranno porsi, al momento dell'entrata in vigore del codice, con riferimento alle modalità di tutela dei creditori aderenti (o vincolati, nell'ipotesi prevista dall'art. 61) nella fase di esecuzione dell'accordo. Il legislatore della riforma, infatti, non ha colmato le lacune dell'attuale normativa riguardo a tale fase, a eccezione dell'introduzione di una specifica disciplina delle modalità di modifica dell'accordo. In particolare, questa scelta, nel contesto di un "mutamento di pelle" dell'istituto, potrebbe rendere ancora più incerta l'individuazione degli strumenti di tutela azionabili dai creditori in caso di inadempimento delle obbligazioni assunte dall'imprenditore con l'accordo (argomento, questo, già oggetto di diversi approcci nel vigore dell'attuale disciplina).

Orbene, la qualificazione e la disciplina dell'accordo come procedura concorsuale, l'equiparazione sotto molteplici profili al concordato preventivo,

l'espansione del controllo giudiziale in sede di omologa (finalizzato alla verifica della legalità formale e sostanziale del piano e, quindi, della sua fattibilità economica e giuridica) e, infine, l'evidenziata attribuzione di un ruolo recessivo al modello contrattuale inducono a ritenere ragionevole la tesi secondo cui le azioni esperibili dai creditori aderenti o vincolati sono solo quelle previste in relazione all'esecuzione del concordato preventivo, e quindi l'azione di risoluzione prevista dall'art. 119, sul presupposto di un inadempimento di non scarsa importanza, e l'azione di annullamento prevista dall'art. 120, in caso di atti frode (che, nel caso di specie, vanno rapportati all'obbligo di informazione e, più in generale, di buona fede nella fase delle trattative e di conclusione dell'accordo), in entrambi i casi con il veicolo del procedimento previsto dagli artt. 40 e 41. L'aspetto più problematico dell'applicazione analogica di tali disposizioni potrebbe, però, essere costituito dall'operatività dei ristretti termini di decadenza da esse previsti. La natura eccezionale di tali termini dovrebbe indurre a sostenere la tesi negativa (quindi l'applicabilità del termine ordinario di prescrizione delle corrispondenti azioni contrattuali), anche se la considerazione delle esigenze di certezza e di stabilità della composizione e soluzione della crisi di impresa e l'affermata prevalenza della *lex concursus* potrebbero giustificare la soluzione opposta.

Il concordato come procedimento concorsuale negoziato

di Vittorio Zanichelli

L'ondivago procedere del legislatore della crisi di impresa, alla ricerca di un punto di equilibrio tra le esigenze dei creditori, del debitore e dell'economia ha portato, negli ultimi anni, a una limitazione dello spazio di confronto tra i soggetti privati aumentando il tasso di eteronomia del sistema, anche mediante un maggior intervento del giudice sul merito delle soluzioni. L'Autore affronta il tema della negoziabilità del concordato preventivo anche alla luce del nuovo CCII, al fine di ricercare se e in che limiti tale qualificazione sia ancora attuale.

Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sembra prendere posizione sulla *vexata quaestio* della natura negoziale dei diversi strumenti approntati per la risoluzione della crisi di impresa, operando una scelta netta.

Il titolo IV della parte prima del codice, intitolato «Strumenti di regolazione della crisi», disciplina al capo I gli «Accordi», suddividendoli tra gli «Strumenti negoziali stragiudiziali» (sezione I) e «Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione» (sezione II).

L'aggettivo «negoziale» non è più utilizzato nel codice (se non nella norma sulla transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti - AdR), che attribuisce specificatamente tale natura solo agli accordi stragiudiziali, suddivisi a loro volta tra quelli non soggetti a omologazione (gli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento) e quelli invece soggetti a tale forma di controllo giudiziale (AdR, convenzione di moratoria, transazione fiscale e accordi contributivi).

Parrebbe dunque che la sistemazione dei rapporti patrimoniali intervenuta tra il debitore e i suoi creditori possa avere la natura di negozio giuridico solo se avviene al di fuori di una procedura giudiziaria, potendo semmai quest'ultima intervenire solo ad accordo concluso.

L'opzione definitiva porta a ritenere che il carattere di negoziabilità di un accordo quale strumento di regolazione della crisi derivi dalla circostanza che il legislatore non ha alcun interesse al contenuto del

patto concluso tra le parti, la cui validità è unicamente condizionata alla conformità alla disciplina civilistica, e che quindi è insensibile, di per sé, alle successive vicende che non siano quelle concernenti l'adempimento del patto privatistico.

Pur ricompreso tra gli «strumenti di regolazione della crisi» (come da definizione del titolo IV), non entra invece tra gli strumenti negoziali, sempre seguendo la definizione del legislatore, il concordato, pertanto viene logico porsi il problema se si tratti di una scelta consapevolmente volta a escludere il carattere della negoziabilità di tale istituto.

La risposta deve essere prudentemente perplessa (come sempre quando, in relazione a testi legislativi, si vuol trarre elementi interpretativi dalle rubriche) in quanto il mancato richiamo al carattere negoziale del concordato, se non consegue alla distinzione tra strumenti e procedure (comunque mai definite negoziali), potrebbe essere anche il frutto di una scelta volta a non prendere posizione e quindi conseguenza – più o meno consapevole – dell'incapacità del legislatore delegato, in ciò condizionato da quello delegante, di fare scelte precise e non ondivaghe, come emerge con evidenza dalla recente disciplina fallimentare. Quest'ultima ha fatto oscillare più volte il pendolo tra *favor creditoris* e *favor debitoris*, tra privatizzazione della crisi e gestione pubblicistica della stessa, tra autonomia ed eteronomia, mantenendo costante il *mantra* della miglior soddisfazione dei creditori, ma condizionandola in concreto alla continuità aziendale.

È noto come in dottrina non si sia, in generale, dubitato del carattere negoziale del concordato¹, discutendosi semmai della sua qualificazione come “contratto”².

La Corte di cassazione non pare avere dubbi sul carattere non solo negoziale, ma più specificatamente contrattuale del concordato preventivo, non solo perché ad esso ha applicato la categoria della causa in concreto e, quindi, della funzione dello strumento di regolazione dei rapporti tra le parti propria del contratto³, bensì perché lo ha espressamente riconosciuto, anche di recente, nella nota sentenza sulla rilevanza del conflitto di interessi nel concordato⁴, laddove evidenzia «che l'esigenza della sterilizzazione dei conflitti d'interesse è, in definitiva, imposta dal fondamentale principio dell'autonomia privata, nella quale anche il concordato fallimentare si iscrive per i suoi pacifici profili contrattualistici, dei quali, anzi, l'approvazione della proposta è l'essenziale manifestazione» e che «costituirebbe un'evidente lesione dell'autonomia privata dei creditori, contrastante con la stessa nozione di contratto (nella misura in cui essa pacificamente rileva nell'istituto del concordato), assoggettare i creditori alla volontà, in ipotesi decisiva, della loro stessa controparte, senza neppure la garanzia di un giudizio imparziale di compatibilità in concreto di tale volontà con l'interesse comune, in nome del quale soltanto si giustifica, come si è visto, l'applicazione della regola maggioritaria».

Al di là, comunque, delle considerazioni definitive, ci si deve domandare se esista ed eventualmente in quali limiti rilevi il carattere di negozialità del concordato⁵.

Questa opzione pareva priva di tentennamenti in quanto mantenuta anche dopo le modifiche apportate alla legislazione fallimentare con gli interventi legislativi del 2012, che hanno segnato la massima espansione della cd. “privatizzazione” della crisi di impresa.

Dopo tale data, tuttavia, le modifiche intervenute sono state di tale rilevanza da mettere in serio dubbio il principio di autonomia che è alla base del contratto, avendo invece introdotto un tasso di eteronomia tale da pregiudicare la stessa negozialità dell'istituto.

Per la verità, già il dl n. 83/2012, regolamentando la continuità aziendale nell'art. 186-bis l.fall., ha introdotto la *poison pill* della necessaria sussistenza della prospettiva del «miglior soddisfacimento dei creditori» come condizione per la prosecuzione dell'attività di impresa.

Nell'intenzione del legislatore, tuttavia, il requisito consistente nel miglior soddisfacimento dei creditori non avrebbe dovuto avere un trattamento diverso da quello relativo alla fattibilità del piano. La circostanza che entrambi dovessero essere oggetto di specifica attestazione da parte del professionista indipendente aveva (ed ha) una sua logica di sistema se l'attestazione rilasciata da un soggetto tecnicamente preparato e senza legami con il debitore, tali da imporgli una prospettiva di parte, ha il fine di sollevare il tribunale dall'onere di compiere una valutazione non solo tecnicamente complessa, ma che è comunque opportuno lasciare al ceto creditorio sul quale va, in definitiva, a incidere.

È, per contro, chiaro che, se il tribunale può valutare direttamente d'ufficio già in sede di ammissibilità del concordato con dichiarata continuità aziendale la sussistenza del requisito del miglior interesse dei

1. La letteratura sul punto è vastissima, per cui non si possono che richiamare alcuni dei contributi più recenti quali quelli di S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 6 ss.; F.P. Censoni, *Il concordato preventivo*, in A. Jorio e B. Sassani (diretto da), *Trattato della procedura concorsuali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 11 ss.; M. Fabiani e G. Carmellino, *Il concordato preventivo*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 1684 ss.

Sulla eterna disputa tra teorie privatistico-contrattuali e teorie pubblicistico-processuali, già in tempi non vicini, A. Bonsignori, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare, artt. 160-186*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979; più di recente, su posizioni contrapposte, A.M. Azzaro, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 2007, pp. 743 ss., e D. Galletti, *Commento agli artt. 160 e 161 l.f.*, in A. Jorio e M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 2268-2332.

2. In proposito, mette conto segnalare la tesi di F. Di Marzio, *Contratto e deliberazione nella gestione della crisi di impresa*, in F. Di Marzio e F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 91 ss., secondo il quale il concordato non sarebbe inquadrabile tra i contratti, difettando la possibilità di configurare come parte contraente la massa dei creditori, ma troverebbe piuttosto la sua configurazione nel paradigma deliberativo.

3. Cass. civ., sez. unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, 2, p. 149, con nota di M. Fabiani; *ivi*, n. 3/2013, pp. 279 ss., con note di F. De Santis, I. Pagni e A. Di Majo; in *Corriere del merito*, n. 4/2013, p. 403, con nota di G. Travaglino; in *Diritto fallimentare*, n. 1/2013, II, p. 1, con nota di A. Didone.

4. Cass. civ., sez. unite, 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.*, n. 12/2018, I, 4020; in *Giur. it.*, n. 11/2018, p. 2407, con nota di M. Spiotta; in *Fallimento*, nn. 8-9/2018, p. 960 nota di G. D'Attorre.

5. Perplexità sul punto già si rinvencono in M. Fabiani e G. Carmellino, *Il concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 1684, ove si tratta della «disgregazione dell'impronta negoziale del concordato preventivo».

creditori, non solo l'intervento giudiziale si avvicina pericolosamente alla soglia, ritenuta invalicabile, della convenienza, ma incide addirittura sulla scelta dello strumento per affrontare e risolvere la crisi, così che debitore e creditori, senza possibilità di reazione, vengono esclusi dall'accesso a una procedura in cui confrontarsi e valutare i loro interessi per effetto di una valutazione i cui margini di inevitabile opinabilità sono evidenti.

Per la verità, non è del tutto pacifico che cosa debba intendersi per «miglior soddisfacimento dei creditori» o «migliore soddisfazione dei creditori», essendosi stato ritenuto, da un lato, che lo stesso debba essere inteso in senso soggettivo, e quindi come soluzione maggiormente conveniente in relazione alle aspettative dei creditori⁶ e, per contro, che debba essere oggettivamente valutato come sussistente nel caso in cui l'ammontare delle risorse messe complessivamente a disposizione della massa dei creditori grazie alla continuazione dell'attività sia complessivamente superiore a quella disponibile praticando soluzioni alternative⁷. Anche sulle possibili soluzioni da considerare come termine di paragone a quella consistente nella continuazione dell'attività in regime di concordato preventivo si può discutere, in quanto si contrappongono teorie anche estreme, come quella che impone il paragone tra la soluzione proposta e qualunque altra concretamente praticabile a quella che prevede la comparazione unicamente con la soluzione fallimentare, magari prendendo in considerazione la cessione, in tale sede, dell'azienda in esercizio.

La seconda questione mi pare di più agevole soluzione perché, per quanto si voglia far assurgere il paradigma del miglior soddisfacimento dei creditori a clausola generale⁸ o "stella polare", non bisogna dimenticare che il legislatore pone chiaramente la regola in relazione alla valutazione dell'ammissibilità del piano in continuità aziendale, imponendo all'attestatore di attestare che è la continuità la soluzione migliore per i creditori. Nessuna attestazione a questa paragonabile viene chiesta in caso di concordato liquidatorio, in relazione al quale, se mai, ogni valutazione comparativa con alternative concretamente praticabili (precisazione, questa, non presente nell'art. 186-bis) è subordinata alla contestazione dei creditori e,

comunque, attiene alla posizione del singolo. Da ciò consegue che la comparazione deve essere effettuata non tra il risultato di un piano in continuità e quello di una liquidazione fallimentare, ma tra il primo e il risultato di un piano di liquidazione concordataria⁹.

Ritornando al discorso tra miglior interesse soggettivo e oggettivo, è difficile non esprimere l'adesione alla seconda opzione interpretativa, in quanto la prima non solo presuppone un'indagine sull'interesse dei singoli creditori o di singole categorie, ma soprattutto porterebbe all'impossibilità di redigere un'attestazione sul punto poiché basterebbe la carenza di interesse di una minoranza per rendere impercorribile il concordato in continuità.

Se l'interesse deve essere oggettivo, pare evidente che un solo parametro possa essere utilizzato, e cioè quello della comparazione tra importo complessivamente destinato al soddisfacimento dei creditori in caso di continuità e in caso di liquidazione dei beni aziendali.

Ma proprio la rozzezza del criterio che, in astratto, potrebbe scontentare tutti i creditori convince della scarsa attenzione del legislatore alla negoziabilità.

Pare chiaro, infatti, che i creditori vengono espropriati anche del potere di decidere, sia pure a maggioranza, il tipo di procedura da adottare e quindi, in definitiva, di valutare la convenienza della proposta che potrebbe essere migliore rispetto all'alternativa liquidatoria anche per i creditori per i quali la prospettiva della continuità è del tutto ininfluenza e che, proprio per questo, dovrebbero essere incentivati al voto favorevole da una proposta allettante – e che, in ogni caso, sono tutelati dal meccanismo del *cram down*.

Discorso non diverso può essere fatto in relazione al limite introdotto con l'art. 4 dl 27 giugno 2015, convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, che prevede che «in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari».

Qualunque sia l'interpretazione che si vuole dare in relazione all'atecnico utilizzo del verbo «assicurare», è indiscutibile che il concordato il cui piano non assicura il raggiungimento della percentuale di legge deve essere dichiarato inammissibile o, comunque, non omologabile, senza che sia lasciata ai creditori la

6. In tal senso S. Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, I, pp. 362 ss. e M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il Caso*, 6 agosto 2015, www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_cont=814.php.

7. Così A. Rossi, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, n. 6/2017, pp. 639 ss.

8. A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, n. 9/2013, p. 1107.

9. Di diverso avviso A. Rossi, *Il miglior soddisfacimento*, op. cit., p. 642, e S. Ambrosini, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei crediti*, in *Il Caso*, 25 aprile 2018, <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1017.pdf>.

scelta tra la percentuale concretamente raggiungibile tramite la proposta modalità di liquidazione e quella presumibilmente ottenibile in esito a un diverso percorso.

Anche in questo caso, la negoziabilità del concordato, intesa come ricerca del punto di equilibrio tra la volontà del debitore di superare la situazione di crisi e dei creditori di recuperare il loro credito, viene pesantemente condizionata, quando non esclusa, dall'intervento autoritativo il quale, non potendosi ipotizzare come risultato costante quello di ottenere proposte più convenienti, comporta che ai creditori è inibita l'accettazione di proposte comunque maggiormente remunerative rispetto alla liquidazione fallimentare nei casi non infrequenti in cui vi sia la disponibilità di terzi a immettere finanzia esterna o ad acquistare beni a prezzi superiori a quelli di mercato, condizionatamente all'omologazione del concordato.

Resta da valutare se la negoziabilità venga recuperata dalla nuova disciplina del concordato, come dettata dal d.lgs n. 14/2019.

La risposta non può essere affermativa in quanto, innanzitutto, non sono venute meno le criticità evidenziate, ma – oltre a ciò – altre se ne sono aggiunte.

Già l'art. 7, che pone il principio della necessaria trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza, nel prevedere l'obbligo per il tribunale, nel caso di proposizione di più domande, di trattare in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, la condiziona alla circostanza che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori, e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata.

Poiché l'orientamento del legislatore è quello di non escludere dalla valutazione critica del giudice nessuna indicazione o conclusione del piano, anche se attestata dal professionista indipendente, se ne deve desumere che il tribunale può procedere prioritariamente alla valutazione dell'eventuale ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, se ritiene che la proposta del debitore di percorrere l'opzione negoziale non sia conveniente per i creditori e quindi, ancora una volta, escludendo le parti private dalla stessa possibilità di confrontarsi nella procedura concordataria.

Alle stesse conclusioni deve giungersi anche in relazione al dettato dell'art. 84 che, trattando delle finalità del concordato preventivo con continuità diretta o indiretta, pone sostanzialmente gli stessi paletti alla sua ammissibilità dell'art. 186-bis l.fall. (comunque ribaditi esplicitamente nell'art. 87, comma 1, lett. f, e

comma 3) in quanto, condizionandola alla previsione di funzionalità ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci, rende arbitro il tribunale di fare una diversa valutazione rispetto a quella degli interessati e, quindi, di bloccare sul nascere il tentativo di negoziare un accordo.

Un chiaro esempio di drastico arretramento della negoziabilità è rappresentato dalla vicenda legislativa della disciplina della condizione di ammissibilità del concordato, costituita dalla fattibilità economica del piano che supporta la proposta.

Pare difficilmente contestabile che la logica che ha portato il legislatore del 2005, con l'intervento che ha segnato l'inizio della cd. privatizzazione della crisi di impresa, a introdurre la figura del professionista qualificato, con il compito di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, fosse quella di sollevare il tribunale da un giudizio che, soprattutto nei concordati che prevedono la ristrutturazione attraverso la continuità aziendale e quindi, necessariamente, con un orizzonte temporale non breve, presuppone il possesso di specifiche ed elevate competenze tecniche, lasciando tale giudizio all'esclusiva valutazione dei creditori.

Tale logica è stata condivisa, almeno al più alto livello, dal giudice di legittimità, anche se, in seguito alle perduranti resistenze di una parte della giurisprudenza di merito e di certa dottrina, non sono mancate successive incertezze e puntualizzazioni, salvo poi attestarsi sul principio secondo il quale il giudizio negativo sulla mancanza di fattibilità economica sarebbe consentito solo in caso di assoluta evidenza dell'assenza della stessa¹⁰.

Sta di fatto che il legislatore ha preso una posizione netta, autorizzando (*rectius*: imponendo) al tribunale di valutare la sussistenza del requisito della fattibilità economica del piano già nella fase iniziale (art. 47) «acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato» e quindi in esito a un giudizio piuttosto sommario, soprattutto se paragonato a quello che, sullo stesso requisito, si deve pronunciare in sede di omologazione, in cui la valutazione deve essere fatta «tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale». Quest'ultimo, allora, non solo è un interlocutore necessario, ma anche particolarmente influente, se del suo parere il tribunale, pur non essendo ovviamente allo stesso vincolato, deve obbligatoriamente tenere conto motivando, eventualmente, il suo dissenso.

Se è certamente vero che fattibilità economica e convenienza non si possono confondere, pare altrettanto vero che l'accordo tra debitore e creditori si

10. *Ex aliis*, Cass., sez. I civ., ord. 4 maggio 2018, n. 10752, in *Fallimento*, nn. 8-9/2018, p. 973, con nota di L.A. Bottai.

formi non solo sulla proposta, ma anche sul piano, in quanto è impensabile che i secondi siano disponibili a valutare la proposta allorquando hanno la certezza che questa non potrà essere mantenuta per l'inidoneità del piano a fornire la necessaria provvista.

Se così è, sottrarre ai creditori la possibilità di valutare, prima ancora della proposta, il piano sotto il profilo della probabilità che questo possa performare come previsto dal debitore significa escludere un ulteriore tassello dall'ambito del negoziato, sostituendolo con la valutazione eteronoma del tribunale, ancora una volta chiamato a decidere che cosa possano decidere i diretti interessati.

A questo punto, è inevitabile chiedersi se il concordato preventivo possa ancora essere considerato un procedimento negoziale e la risposta, come antici-

pato, non può essere che perplessa, in quanto l'unica ipotesi in cui l'incontro o lo scontro tra la volontà del debitore e quella dei creditori si esprimono in libertà da condizionamenti è, paradossalmente, quella in cui il consenso viene negato, in quanto nessuna valutazione terza può sovrapporsi, portando a una soluzione non conforme a quella emergente dall'intervenuta negoziazione.

Diversamente, se, prima ancora del tentativo di accordo, o nonostante l'accordo raggiunto con l'approvazione del concordato, l'assetto dei rapporti di natura privatistica viene modificato a causa dell'intervento di una difforme valutazione sui presupposti non giuridici, ma fattuali di tale accordo espressa dal tribunale, il dubbio sull'effettiva negoziabilità dell'istituto non pare peregrino.

La gestione del sovraindebitamento

di *Bruno Conca*

Dalla lettura della regolazione delle crisi da sovraindebitamento contenuta nel CCII, sortisce un quadro contrastato, fra le luci rappresentate da alcuni fondamentali chiarimenti in materia di accesso alle procedure e le molte ombre ancora rimaste, specie in materia di esecuzione dei piani e di responsabilità degli OCC, pur nella più solida cornice costituita dalla collocazione del sovraindebitamento in un sistema normativo organico.

1. Una premessa: l'incerta navigazione del CCII al tempo della sua *vacatio* / 2. La complessa topografia della regolazione del sovraindebitamento all'interno del sistema concorsuale disegnato dal CCII / 3. La nuova triade procedurale, le certezze raggiunte e i residui *insolubilia* / 4. Il cuore del sistema: la "remissione" dei debiti / 5. La grande assente: un'analisi economica della regolazione del fenomeno

1. Una premessa: l'incerta navigazione del CCII al tempo della sua *vacatio*

Il «Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza» (CCII), nel solco del mandato commesso dal legislatore delegante con la legge delega n. 155 del 2017, aspira a costituire la *magna charta* della regolazione concorsuale, ideale superamento del processo riformatore atomistico e, per così dire, événementiel che ha interessato costantemente la legge fallimentare a partire dal 2005, nonché innovativa consolidazione dell'intero spettro delle procedure concorsuali, anche di quelle non regolate dall'ormai irricognoscibile – rispetto al testo originario – rd n. 267 del 1942.

Già sappiamo che tale aspirazione è in parte frustrata dallo stralcio della materia – politicamente sensibile – dell'amministrazione straordinaria e dal puro e semplice *make-up* della liquidazione coatta amministrativa.

L'impatto sfidante della riforma, il cui buon esito passa attraverso un profondo salto culturale da parte di tutti i *player* della crisi (debitori, professionisti, autorità amministrative e giurisdizionali), appare già depotenziato dalla mancata attuazione della delega in

punto di revisione della geografia giudiziaria, il che, in assenza di modifiche ordinamentali e di uno straordinario sforzo formativo e di circolazione di modelli organizzativi, renderà vana la pur avvertita necessità di una magistratura specializzata di settore, chiamata alla regolazione dei conflitti in questa materia e alla tutela degli interessi coinvolti sulla base di un approccio profondamente diverso da quello tradizionale.

Non basta. L'imminente varo della direttiva unionale in materia d'insolvenza rischia di vanificare la *summa divisio* su cui si fonda la regolazione codicistica del concordato preventivo, connotata da un regime disincentivante del concordato liquidatorio, implicante la doppia soglia economica ai fini di ammissibilità della proposta e, per contro, da un significativo *favor* per il concordato in continuità. Il regime di quest'ultimo è, sì, esteso alla cd. continuità indiretta e aperto anche al concordato cd. misto, ovvero comprensivo di continuità (diretta o indiretta) e di liquidazione di *asset* non strategici, ma condizionata alla sussistenza di certi presupposti economici del piano che, da un lato, non finiscano per renderlo un comodo salvacondotto per concordati liquidatori incapaci di assicurare le soglie di legge e di ancorare la continuità – che è e resta strumento per il miglior

soddisfaccimento dei creditori, al cospetto del quale gli interessi altri (mantenimento della produzione industriale, garanzia dei livelli occupazionali, conservazione di marchi storici, etc.) possono trovare tutela solo in quanto non distonici con il primo – e, dall'altro, facciano della preferenza per il *going concern* non già un “bene in sé”, ma lo strumento di politica legislativa per un effettivo mantenimento di complessi produttivi efficienti e, per tale via, anche di livelli occupazionali durevoli proprio in quanto effettivamente sostenibili. In questa traiettoria, ecco la previsione che il concordato di risanamento è tale solo in quanto i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale stessa, come pure la regola di giudizio secondo cui tale prevalenza si presume, in ogni caso, sussistente quando i ricavi attesi per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa a cui sono adetti almeno la metà di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso (art. 84 CCII).

L'assenza di tali distinguo nella proposta di direttiva, la quale non risente l'eco, tutta nazionale, dell'uso strumentale del concordato, apre la strada all'eliminazione di questo doppio binario e, con essa, al ritorno – sotto la maschera di un'apparente continuità – dei “concordati del 2%”, figli (forse) non voluti della lunga stagione dell'autotutela creditoria e della libertà negoziale nelle procedure concordate di regolazione della crisi, ma certamente non secondari artefici di quel macigno di NPL (“*Non-Performing Loans*”) che tuttora determina la fragilità del sistema bancario italiano.

Il nuovo codice concorsuale, tuttavia, corre rischi ancora più gravi in relazione al cuore stesso del suo impianto: l'anticipata emersione della crisi.

Quest'ultima costituisce l'essenza stessa del complesso testo normativo e il cuore della sua portata innovatrice. In assenza degli strumenti finalizzati al monitoraggio delle situazioni di crisi, quali momenti non graditi, ma fisiologici nel ciclo vitale di un'impresa, nonché alla prevenzione del dissesto attraverso un complesso *mix* di obblighi di segnalazione, di forti incentivi premiali, di estese misure protettive ma, anche, di un punto di caduta del sistema dato dall'iniziativa generalizzata del pubblico ministero alla dichiarazione d'insolvenza, il codice finirebbe per risolversi in una pletorica rinumerazione di articoli funzionali a una messa a punto e chiarificazione di istituti esistenti, in un palese e gravoso eccesso di mezzo rispetto allo scopo.

La “linea Maginot” (si confida, con altra attitudine difensiva) è data dal meccanismo delle allerte cd. interne, rappresentate dai nuovi obblighi dell'organo di controllo, ed esterne, costituite dai doveri di segnalazione da parte dei creditori pubblici allo scattare di

certi parametri. Già depotenziata quest'ultima rispetto al testo originario, per il timore di una incapacità delle amministrazioni a fronteggiare tali compiti, ma anche per il paventato suo effetto su di un ceto imprenditoriale da tempo non esente dalla pratica di finanziarsi con il mancato pagamento di tributari e previdenziali, è proprio di questi giorni il varo al Senato di un emendamento, collocato nella legge di conversione del decreto cd. “sblocca cantieri”, che comporta il raddoppio dei parametri inseriti nell'art. 379 CCII ai fini dell'obbligatorietà dell'organo di controllo interno. Secondo tale versione, l'obbligo scatterebbe per la società che, per almeno due esercizi, superasse uno solo dei tre parametri: quattro milioni di ricavi, quattro milioni di attivo, venti dipendenti.

Se, come proposto anche da alcuni settori politici, si dovesse ulteriormente modificare l'articolo, prevedendo il sindaco unico di srl solo nel caso di superamento di almeno due dei tre parametri, l'ambito di operatività dell'allerta verrebbe ridotto a poco o nulla e, con esso, le *chance* di riduzione del danno da dissesto.

È bene sottolineare che ciò varrebbe non solo a frustrare l'insistita aspirazione a un incremento sostanziale delle opzioni di risanamento rispetto a quelle liquidatorie, ma anche a stabilizzare l'insussistente *recovery* per i creditori, prima fra tutte quella erariale e relativa alla distorsione del mercato, inquinato dalla concorrenza sleale di quelle imprese che fanno del mancato pagamento dei crediti erariali (specie Iva) e contributivi parte non secondaria delle loro strategie finanziarie.

In questo cangiante e tumultuoso contesto, la nuova regolazione del sovraindebitamento pare sostanzialmente al riparo dalla tempesta e, anzi, protetta dall'insistito richiamo contenuto nella proposta di direttiva di assicurare, comunque, una *second chance* al debitore, il che assicura la tenuta della nuova, estesissima facoltà di esdebitazione.

L'auspicio, in questo caso, è che il silenzio non preceda la tempesta, a fronte dell'impatto che la “nuova” esdebitazione potrebbe avere tanto sul numero dei procedimenti, quanto sulla *recovery* dei creditori.

2. La complessa topografia della regolazione del sovraindebitamento all'interno del sistema concorsuale disegnato dal CCII

Le situazioni di sovraindebitamento sono oggi disciplinate in un *corpus* normativo unitario (sebbene assai lacunoso): la legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante «Disposizioni in materia di usura ed estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebita-

mento», così come modificata dall'art. 18 dl 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Con tale legge sono state introdotte, per la prima volta nel nostro ordinamento, norme finalizzate «a porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse» da quelle regolate dalla legge fallimentare (art. 6, comma 1).

In sintesi, dunque, una sola legge speciale disciplina integralmente (fatta salva la normativa regolamentare di attuazione di parte della stessa norma primaria) quelle procedure concorsuali volte a porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento. Un'altra, ben più onusta, legge speciale – la legge fallimentare – disciplina altre procedure concorsuali; altre norme speciali, ancora, si occupano di singole procedure concorsuali, con variabili presupposti (amministrazioni straordinarie, liquidazioni coatte amministrative “speciali”, procedure di *default* degli enti pubblici, etc.).

Uno dei più antichi e avvertiti interrogativi *in subjecta materia* è la riconducibilità di tutte queste procedure a un unico sistema concorsuale, come tale suscettibile di autorizzare l'uso dell'analogia per colmare le apparenti lacune lasciate dal legislatore, nell'ambito di norme sì speciali ma che, proprio in quanto collocate all'interno di un plesso giuridico unitario, non possono ritenersi eccezionali, sempre alla non agevole condizione di ravvisare nella fattispecie non disciplinata quella *eadem ratio* che consente l'applicazione della medesima *dispositio*.

La questione diviene più rilevante, anzi di quasi quotidiana urgenza, proprio con l'entrata in vigore della legge n. 3/2012. Di là della sua non eccelsa qualità redazionale, dato comune e strutturale della produzione legislativa degli ultimi decenni, è la voluta tecnica normativa della *sineddoche*¹, che finisce per interpellare l'interprete a colmare i vuoti non più apparenti, come volevano i canoni interpretativi tradizionali secondo la suggestione del giudice quale *bouche de la loi*, ma reali e consapevoli lasciati dal legislatore.

La regolazione della composizione delle situazioni di sovraindebitamento è, in questo senso, icastica: qual è il regime di responsabilità degli organismi di composizione della crisi (Occ)? Posto che il riferimento alla competitività è presente solo per la proce-

dura di liquidazione, come si effettuano le vendite in esecuzione del piano del consumatore o dell'accordo di composizione della crisi? È revocabile il liquidatore inerte o inadempiente? È opponibile alla procedura la cessione del credito retributivo o previdenziale? Questioni, fra le molte, che non trovano alcuna risposta nella stringata legge speciale, imponendo all'interprete di trovarla *aliunde*.

A ordinamento invariato, la Corte di cassazione, in una serie di recenti pronunce, ha profuso un rilevante sforzo interpretativo nel tentativo di avvalorare un sistema concorsuale già esistente e formato, seppur spartito in testi normativi diversi, con la conseguenza non solo di un'inedita – e potenzialmente dirompente – estensione del fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali, ma anche di un'applicazione analogica degli istituti. Particolarmente emblematica di questo orientamento, Cass., 12 aprile 2018, n. 9087: «*dovrebbe prendersi atto che la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria (...). Restano invece all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale, che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo meramente omologatorio*».

Se dunque, *de jure condito*, la concorsualità come sistema rappresenta il frutto, contrastato² e tardivo, di uno sforzo interpretativo, essa invece diviene la cifra e il senso ultimo del CCII, posto che esso costituisce adempimento della delega conferita al Governo: l'adozione, appunto, di una disciplina organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e della disciplina della composizione

1. G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in G. Conte e M. Palazzo (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Biblioteca della Fondazione italiana di notariato*, n. 2/2018, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, pp. 45-59.

2. Nel medesimo senso, fra le molte, Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896 e Cass., 21 giugno 2018, n. 16347. Anche la giurisprudenza di merito accredita, oramai, proprio con specifico riguardo alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, la possibilità di un'applicazione analogica, sul presupposto di un sistema concorsuale unitario: Trib. Verona, 21 agosto 2018, in *Il caso*, sez. giurisprudenza, 20437, 7 settembre 2018, www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/20437.pdf.

della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Dalla collocazione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento nel sistema concorsuale, consegue la frammentazione della relativa disciplina all'interno dell'intero *corpus* normativo.

In primo luogo, anche tali procedure sono governate (anche) dalla disciplina di parte generale, sicché all'art. 2 si trovano le definizioni inerenti i presupposti oggettivo e soggettivo di accesso: sovraindebitamento, impresa minore, consumatore; mentre il successivo capo II, ove si disciplinano gli obblighi di tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza, il principio di economicità delle procedure (sez. II, che in concreto si riduce alla perimetrazione della prededuzione professionale per l'accesso alle procedure) e quelli di carattere processuale (sez. III), sebbene *ratione loci* a valenza generale, è in concreto inerente alle sole procedure maggiori.

Successivamente, nel titolo dedicato agli strumenti di regolazione della crisi, trovano collocazione tanto le disposizioni di carattere (sub-) generale, inerenti alle sole procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (artt. 65 e 66), quanto le due procedure *lato sensu* negoziali, ovvero la ristrutturazione dei debiti (artt. 67-73), erede dell'attuale piano del consumatore, e il concordato minore (artt. 74-83), che succede all'attuale accordo di composizione della crisi.

La liquidazione controllata, in luogo dell'attuale liquidazione del patrimonio, trova regolazione agli artt. 268-277 in un apposito capo, il IX, in coda alla trattazione della liquidazione giudiziale, ma, singolarmente, nell'ambito di quello stesso titolo (V) formalmente intestato solo alla liquidazione giudiziale e non anche a quella controllata, che è espressamente alternativa a quella giudiziale in ragione della platea dei soggetti che possono accedervi.

Il capo successivo (X), sempre nell'ambito del medesimo titolo V – «Liquidazione giudiziale» –, disciplina l'esdebitazione, sia pur con una prima sezione, destinata a regolare le «condizioni ed il procedimento della esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata», nonché una seconda espressamente dedicata all'esdebitazione del sovraindebitato che, pure, dovrebbe essere governata dalla sezione prima. In concreto, la seconda sezione si occupa (del che, *infra*) di casi ulteriori di esdebitazione, specifici per il solo soggetto non liquidabile giudizialmente.

Ancora altrove troviamo la trattazione del procedimento per l'apertura di una di queste procedure e la disciplina penale per falsa attestazione dell'Occ.

Ora, di là di qualche menda nella sistematica di tali istituti, pare che il legislatore delegato, forse non del tutto consapevolmente, abbia riproposto la stessa geometria concentrica propugnata dalla Cassazione nella giurisprudenza 2018-2019.

Ecco, allora, un nucleo di norme generali, di valenza per tutte le procedure concorsuali del CCII, sebbene operativamente ridotte a poca cosa: alcune regole comuni al solo insieme delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, regole egualmente generali sull'esdebitazione, oltre ad alcune, di maggior favore, specifiche per il sovraindebitato.

La disciplina delle singole procedure o istituti si trova invece diversamente collocata, non in ragione dei soggetti che possono accedervi, bensì della natura, schiettamente liquidatoria o – variamente – negoziale, secondo uno schema già lumeggiato dalla più recente giurisprudenza di legittimità³.

3. La nuova triade procedurale, le certezze raggiunte e i residui insolubilia

La relazione illustrativa del 10 gennaio 2019 chiarisce bene le finalità del legislatore in materia di sovraindebitamento: armonizzazione, semplificazione, implementazione:

a) armonizzazione della materia con le restanti procedure, nel quadro di una regolazione unitaria e organica, così da differenziare la disciplina dei singoli istituti solo per quegli aspetti che richiedono uno specifico adattamento alla peculiarità della fattispecie;

b) semplificazione della farraginoso normativa del 2012, opinione quant'altra mai fra gli interpreti;

c) implementazione dell'istituto, quasi disapplicato nel contesto attuale, sul presupposto che il ricorso ampio – come in molti ordinamenti europei ed extra-europei – a queste procedure consenta di raggiungere «l'obiettivo di concorrere, attraverso l'esdebitazione, alla ripresa dell'economia»: quest'affermazione è significativa di un nuovo indirizzo politico-economico – non si comprende fino a che punto inavvertito, ma certo – sorprendente, per cui l'attuazione del credito in sofferenza costituirebbe un ostacolo alla ripresa dell'economia, che sarebbe invece favorita dal liberare i debitori insolventi dalle loro inevase obbligazioni per riammetterli nel circuito del credito, così da consentire loro di caricarsi di nuovi debiti.

Le motivazioni di tale bizzarro percorso logico, non diverso da quello di chi volesse postulare l'amnistia quale precipuo strumento general-preventivo,

3. Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

sono note, come pure gli sforzi profusi dalla scienza economica contemporanea, applicati all'inesausta riforma della legislazione concorsuale, nel voler dimostrare l'utilità della *second chance* e del valore del *going concern* ad ogni costo, al fine di rivitalizzare realtà economiche mature e complesse come quelle italiane. I successi finora conseguiti, percentualmente paragonabili a quelli raggiunti da coloro che, nel Medioevo, si prodigavano a trasformare il piombo in oro, danno conto di quel po' di alchemico che vi è anche in questa scienza sociale.

Ad ogni buon conto, le finalità espresse hanno condotto il legislatore, non infondatamente, a concentrare le innovazioni sul fronte dei requisiti di accesso delle procedure, oltre che dell'esdebitazione.

Il CCII ha così mantenuto il medesimo numero delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, come pure la natura *lato sensu* negoziale di due di esse e quella schiettamente liquidatoria della terza.

La ristrutturazione dei debiti ha, pertanto, sostituito il piano del consumatore; il concordato minore, invece, l'attuale accordo per la ristrutturazione dei debiti, mentre la liquidazione controllata tiene luogo della liquidazione *tout court*.

I presupposti soggettivi sono più chiari rispetto alla l. n. 3/2012.

In primo luogo, è netta e non più discutibile la separazione tra soggetti che possono accedere alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento e soggetti liquidabili giudizialmente, mentre nel sistema attuale il solo cenno fatto *de passage* a coloro che non sono "assoggettabili" a procedure concorsuali ha dato la stura, per così dire, a un uso alternativo di tali procedure, sporadicamente documentato nei repertori giurisprudenziali, in favore di imprenditori aventi le soglie dimensionali di cui all'art. 1 l.fall., ma non ancora assoggettati a fallimento, cioè falliti.

È finalmente chiarito lo statuto del socio illimitatamente responsabile e del fideiussore.

Sono state introdotte le cd. procedure familiari, in concreto la possibilità di una trattazione coordinata delle situazioni di crisi di diversi componenti della famiglia, quando i famigliari siano conviventi o la situazione di crisi abbia un'origine comune, pur restando fermo il principio di separatezza e autonomia delle masse.

Si è bipartita la platea dei sovraindebitati, nel senso che il piano di ristrutturazione sarà accessibile solo al consumatore, il quale, per contro, non potrà avvalersi del concordato minore, salvo che nell'ambito di procedura familiare in cui uno dei componenti sia professionista o imprenditore, poiché in tal caso dovrà essere presentato un concordato minore per tutti i componenti della famiglia che intendono accedere alla procedura di composizione della crisi.

Soprattutto si è enunciata la legittimazione attiva del debitore in termini negativi, ovvero escludendola in ragione di tassativi presupposti ostativi (art. 69) e non più ammettendola solo in presenza di ulteriori requisiti positivi, quali, per esempio, la cd. meritevolezza per l'accesso al piano del consumatore, la cui presenza gioca un ruolo residuo solo ai fini dell'esdebitazione dell'incapiente.

Ulteriore significativa novità, più per l'armonia del sistema che per il rilievo pratico che ne deriverà, è l'estensione della legittimazione attiva anche ai creditori e al pubblico ministero nel richiedere la liquidazione, ma soltanto in sede di conversione della procedura negoziale in liquidatoria e limitatamente all'ipotesi di commissione di reati o di atti in frode dei creditori, ovvero in quelle stesse ipotesi in cui la chiusura della liquidazione (o il decorso di tre anni dal suo inizio) non dovrebbe comunque condurre all'esdebitazione.

Sempre nel segno di un rimando armonico al procedimento unitario per l'apertura delle procedure maggiori, anche nella composizione della crisi è prevista una trattazione coordinata che privilegi la delibazione delle soluzioni proposte dal debitore rispetto alla liquidazione, quale *ultima ratio*.

È chiaro, però, che l'avvertita e perseguita esigenza di armonizzazione si risolve, in concreto, in un'euritmia puramente formale, senza alcun effettivo pareggiamento alla situazione del debitore liquidabile giudizialmente. La legittimazione attiva ostile, infatti, è circoscritta alle ipotesi patologiche, di frode o commissione di reati. Sotto il profilo penale, poi, i soggetti che accedono alle procedure in esame restano ovviamente esclusi dall'applicabilità dei reati (ex) fallimentari, né in sede di liquidazione controllata sono esperibili azioni revocatorie diverse da quella ordinaria. Infine, il compenso dell'organismo di composizione della crisi è sicuramente prededucibile, ma consta non sia stata inserita una previsione che ne permette la liquidazione a carico dell'erario in caso d'incapienza dell'attivo.

In tale contesto, non pare vi sia alcun significativo interesse che possa stimolare il creditore a richiedere la liquidazione controllata per il proprio debitore.

Con riguardo al requisito oggettivo, pur rimanendo il concetto di sovraindebitamento – alla luce della definizione contenuta nell'art. 2, lett. c –, esso cessa di avere una propria autonomia concettuale per risolversi nel riassuntivo enunciato di una situazione economico-finanziaria equiestesa tanto alla crisi come all'insolvenza, così sgombrando il campo da ogni ulteriore questione sulla sua autonomia rispetto a quei concetti.

Il codice introduce anche altre modifiche, peraltro anticipate da indirizzi giurisprudenziali già affermati sotto il vigore dell'attuale disciplina, che possono co-

stituire un potente volano alla proposizione di piani di ristrutturazione, quali la facoltà di falcidia in funzione di ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio e del trattamento di fine rapporto, come pure il rimborso alla scadenza convenuta delle rate del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore, sempre che esso fosse regolarmente adempiuto al momento di presentazione della domanda.

In un quadro di significativi chiarimenti e semplificazioni rispetto alla disciplina attuale, nonché di armonizzazioni talora timide rispetto alle procedure maggiori – così il mantenimento della regola del silenzio assenso nella deliberazione della proposta di concordato minore, probabilmente sull'altare della maggior snellezza procedurale – restano ancora significativi spazi d'incertezza interpretativa.

Due su tutti: la disciplina dell'esecuzione del piano e del concordato minore; lo statuto dell'Occ.

L'attività esecutiva del piano e del concordato trovano regolazione in due soli articoli, rispettivamente l'art. 71 e l'art. 81. Il tratto comune è dato dall'esecuzione rimessa al debitore, ferma la vigilanza dell'Occ e la sottoposizione al giudice delle "difficoltà" incontrate nell'esecuzione; il rendiconto, però, è presentato dall'Occ e la liquidazione del compenso pare condizionata all'approvazione del conto di gestione. Nulla è scritto in ordine alle modalità di vendita dei cespiti, a differenza di quanto previsto per la liquidazione controllata, ove vi è il rimando alle vendite competitive come disciplinate nella liquidazione giudiziale, in quanto compatibili, né vi sono disposizioni che facciano ritenere assoggettato il debitore a un stato di spossessamento attenuato, residuando solo il monitoraggio da parte dell'Occ.

Va riconosciuto che tale indeterminatezza, per un verso, appare congrua in relazione alle dimensioni tendenzialmente modeste dei piani e dei concordati in questione – ma non si dimentichi che essi possono riguardare patrimoni personali anche molto consistenti, nonché le imprese agricole, di qualsiasi dimensione – e, fra l'altro, è ispirata a un ragionevole pragmatismo, essendo impensabile che il sistema giudiziario riesca ad assicurare lo stesso livello di controllo dei piani esercitato nell'ambito dei concordati preventivi. Resta, però, il fatto che, attraverso tale ermetismo normativo, il perimetro dei poteri del giudice e le modalità di esercizio del sindacato sono del tutto incerti, finendo per divenire incomprensibile – se non in termini di pura praticità – la ragione per cui l'autorità giudiziale sia pur sempre chiamata a cancellare le formalità all'esito delle vendite effettuate – come parrebbe ammissibile – a trattativa privata, fra l'altro nell'ambito di un procedimento o subprocedimento (l'esecuzione del piano o del con-

cordato) neppur oggetto di diretta vigilanza da parte dell'autorità giudiziaria, ma da parte di un soggetto terzo, neppur designato da tale autorità. Sebbene non possa essere ignorata la forza espansiva del concetto di vendita *invito domino*, spinta da un certo orientamento di legittimità sino a ricomprendersi il subentro nel contratto preliminare da parte del curatore fallimentare, la latitudine delle modalità esecutive e del carattere indiretto e remoto del controllo da parte del giudice in tale fase paiono non compatibili con la pretesa di concludere la vicenda traslativa con un decreto purgativo da parte del giudice, il cui più icastico intervento procedimentale è stato non già di governare il processo esecutivo, ma di arrestarlo come misura protettiva strumentale alla soluzione concorsuale proposta dal debitore.

Non discosto da tale ordine di interrogativi è lo statuto dell'Occ, egualmente oscuro.

Esso è quanto mai nebuloso già nella disciplina attuale, poiché tale organismo interpreta *ex lege* ruoli fra loro del tutto incompatibili nelle procedure maggiori: risorsa *multitasking* della concorsualità minore, è consulente del debitore, attestatore della fattibilità del piano, organo d'investigazione della situazione economica del debitore (attraverso l'accesso alle banche dati e l'interlocuzione con i creditori pubblici), finendo per assumere un ruolo apparentabile a quello del commissario giudiziale e, in date condizioni, anche del liquidatore giudiziale o del curatore. Ciò che in contesti prossimi si risolverebbe in un abnorme conflitto d'interessi, è qui *ex lege* istituito come forma della normale operatività dell'organo.

Va detto che il conflitto appare anche materialmente più patente, tanto da rendere il ruolo dell'Occ difficilmente comprensibile al debitore, nel caso di nomina del professionista da parte del presidente del tribunale o di magistrato delegato, laddove, in caso d'istituzione dell'organismo, le diverse competenze sono solitamente interpretate ed esercitate da professionisti fisicamente distinti. Resta, però, l'incertezza della responsabilità dell'organismo, diviso tra ruolo privatistico e funzioni di garanzia di chiara matrice pubblicistica, come pure tra funzione di ideazione e, al contempo, di attestazione, di controllo, ma anche di stimolo o di diretta esecuzione.

Il CCII non modifica tale stato di cose, facendo premio sulla purezza del distinguo funzionale l'esigenza di massima compressione dei costi; le citate norme, anzi, accrescono la prismaticità del ruolo, destinando l'Occ alla vigilanza sull'esecuzione di un piano sostanzialmente libero, ma facendogli, poi, scontare l'onere di un conto di "gestione" su ciò che non ha gestito, ma vigilato, sino a inibirne il compenso in ragione della mancata approvazione del conto, ove pure ciò consegua non già a una cattiva vigilanza, ma a un'inerte o cattiva gestione.

La soluzione di tali aporie non pare convenientemente suscettibile di essere devoluta, per l'ennesima volta, a scelte interpretative veicolate ex art. 47-*quater* ordinamento giudiziario, ricorrendo a documenti organizzativi e *best... or improvable practices*, potendo e dovendo essere oggetto di chiare scelte legislative, nel senso di una piena negozialità o di un'adeguata procedimentalizzazione dell'esecuzione, sussistendo oggi il veicolo normativo adeguato, ovvero la legge n. 20/2019, che delega il Governo a emanare uno o più decreti legislativi contenenti norme integrative o correttive del CCII, nel rispetto dei principi e dei criteri fissati dalla legge delega n. 155/2017.

4. Il cuore del sistema: la "remissione" dei debiti

Mediante l'esdebitazione, il debitore, al ricorrere di determinati presupposti, è liberato dalle obbligazioni rimaste insoddisfatte nell'ambito della procedura concorsuale. L'istituto, originariamente previsto dalla "riforma Vietti" (anni 2006-2007), per il solo fallito, dagli artt. 142-144 l. fall. (anteriormente recanti la disciplina della riabilitazione), è attualmente esteso al sovraindebitato in forza dell'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012, norma di analogo tenore letterale.

È bene precisare che l'istituto vorrebbe – o dovrebbe – costituire una deroga al principio generale, di cui è espressione l'art. 120, comma 3, l. fall.

Anteriormente alla riforma del 2006, la norma prevedeva semplicemente che «*i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti, per capitale ed interessi*»; con la modifica apportata dall'art. 110 d. lgs 9 gennaio 2006, n. 5, il principio resta fermo «*salvo quanto previsto dagli artt. 142 e seguenti*».

L'esdebitazione, letteralmente, non costituisce causa di estinzione dell'obbligazione, ma mera ragione d'inesigibilità della stessa: in tal senso, infatti, le identiche locuzioni impiegate dal legislatore tanto all'art. 143, comma 1, l.fall. che all'art. 14 *terdecies*, comma 4, l. n. 3/2012, ove si prevede che, accertate le condizioni di legge, il giudice «*dichiara inesigibili nei confronti del debitore i crediti non soddisfatti integralmente*», come pure l'espressa previsione della sopravvivenza dell'obbligazione nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso. Il CCII non abbandona tale qualificazione, anzi la riafferma all'art. 278, comma 1, ove si stabilisce che l'esdebitazione «*compорта l'inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti*».

Va, però, sottolineato che tale inesigibilità è del tutto *sui generis*, non solo perché interviene per *factum principis*, essendo cioè del tutto estranea a una dinamica interna al rapporto obbligatorio, a differenza dell'analogo effetto prodotto dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione – ove la falcidia dei crediti è effetto dell'accordo, obbligatorio per tutti i creditori concorsuali o, nella fattispecie di cui all'art. 182-*bis*, per i creditori aderenti –, ma soprattutto perché è definitiva, non essendo soggetta a termine o a condizione e venendo addirittura meno, nel CCII, la possibilità di revoca del beneficio, oggi prevista nelle sole procedure di cui alla legge n. 3/2012 (art. 14-*terdecies*, comma 5). L'esdebitazione, dunque, deprivando definitivamente il creditore del potere di attuazione coattiva del proprio credito, costituisce *de facto* causa estintiva dell'obbligazione, degradata a mera obbligazione naturale.

Si è detto che, nel sistema attuale, l'esdebitazione costituisce deroga al principio di sopravvivenza delle obbligazioni alla procedura concorsuale. Tuttavia, così come la formale qualificazione dell'esdebitazione in termini di mera inesigibilità non pare cogliere in pieno la concreta operatività dell'istituto quale sostanziale remissione del debito, proprio per la sua tendenziale definitività, parimenti essa non costituisce, in concreto, eccezione alla regola della sua sopravvivenza nella forma di mera obbligazione naturale.

Il rovesciamento quantitativo fra regola ed eccezione è dato dall'oscura previsione, contenuta tanto nell'art. 142 l.fall. quanto nell'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012, secondo cui l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

Il fatto ostativo, enunciato dal legislatore mediante una triplice negazione, autorizza esiti interpretativi di segno opposto; l'uno, più restrittivo, che postula la concedibilità solo allorché tutti i creditori concorsuali siano stati soddisfatti, seppure solo in parte; l'altro, più estensivo, secondo cui è sufficiente che una parte dei creditori sia stata – parzialmente – soddisfatta.

Nel primo caso, sarà dunque necessario il pagamento, sia pur in misura esigua, anche dei creditori chirografari; secondo l'opzione alternativa, il pagamento, anche in misura esigua, solamente dei creditori privilegiati di primo grado non sarà ostativo al riconoscimento del beneficio.

È noto che la Suprema corte⁴ ha avallato questa seconda interpretazione, seppur limitandosi ad affermare l'ammissibilità – non l'accogliibilità – della domanda allorché solo parte dei creditori sia stata soddisfatta, per poi rimettere al prudente – quanto

4. Cass., sez. unite, 18 novembre 2011, n. 24215 (www.ilfallimento.it/?p=682).

fatidico – apprezzamento del giudice di merito la determinazione del punto di equilibrio fra soddisfacimento e non soddisfacimento, costituente limite di operatività di un istituto per via giurisprudenziale trasformato in una sorta di “amnistia civilistica” à la *carte*, ovvero soggetta a un’applicazione potenzialmente differenziata quanti sono i tribunali italiani.

La *ratio* dell’istituto è discussa, ma tendenzialmente riconducibile, da un lato, a ragioni solidaristiche – sebbene si tratti di una singolare solidarietà, in forza della quale si determina un esproprio astratto di valore dal ceto creditorio al debitore – e, dall’altro, a una valutazione del carattere fisiologico del debito in una società capitalistica matura, fondata sui circuiti finanziari, sicché a livello macroeconomico appare più proficuo recuperare la capacità di lavoro e di produzione di reddito di un soggetto; capacità che, a sua volta, passa attraverso l’accesso al credito, la cui denegazione finirebbe per costituire una sorta di nuova morte civile.

Il CCII interviene su questo assetto in termini dirompenti.

Dal punto di vista sistematico, l’art. 278, pur ribadendo che l’esdebitazione comporta l’inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti, fornisce una definizione ontologica dell’istituto: essa «*consiste nella liberazione dai debiti*», talché diventa ora arduo non assimilarla fra le cause – non soddisfatti – di estinzione dell’obbligazione.

È ben vero che la relazione di accompagnamento dà un’accezione riduzionistica, affermando che l’art. 278 dispone, fra le altre cose, che «*per “liberazione dai debiti” non si intende l’estinzione dei debiti rimasti insoddisfatti, ma più riduttivamente la loro inesigibilità*», ma essa è contraddetta dalla lettera della norma, secondo cui è l’esdebitazione a costituire la liberazione dai debiti pur comportando *quoad effectum* l’inesigibilità del credito. Tale liberazione, dunque, comporta l’inesigibilità, ma non si esaurisce in essa, poiché è un’inesigibilità definitiva. Non vale evocare il fatto che rimanga l’obbligazione naturale, in primo luogo perché nulla prevede il legislatore al riguardo, non espressamente prevedendo alcuna *soluti retentio*, talché il carattere naturale dell’obbligo è più intuito che trovato nel codice; in secondo luogo, perché essa finirebbe allora per confermare l’assunto, comportando la novazione dell’obbligazione, in un dovere che non è più giuridico, ma morale o sociale. Parimenti, non prova il mantenimento dell’obbligazione il fatto che restino intatti i diritti nei confronti dei coobbligati, poiché l’argomento potrebbe dirsi probante solo in caso di pluralità di debitori, né ciò varrebbe a escludere l’elisione del rapporto obbligatorio stesso nei confronti di uno – almeno uno – dei condebitori: quello, appunto, liberato dai suoi debiti.

La seconda, significativa novità è l’estensione del beneficio dell’esdebitazione anche nei confronti delle società, il che costituisce pressoché un *unicum* del nostro ordinamento.

La rilevanza della norma è più sistematica che pratica, ma impone di trovare una *ratio* diversa all’istituto, certo non più declinabile né in termini solidaristici (nei confronti di una società di capitali priva di capitale) né economici, non potendosi ravvisare un valore organizzativo o una potenzialità reddituale in un ente giuridico oramai svuotato di ogni rapporto giuridico attivo o passivo e privo, in caso di società di capitali, del principale fra i suoi elementi costitutivi.

Infine, il legislatore si fa carico di risolvere il problema interpretativo connesso, come cennato, alla questione relativa alla parte di credito soddisfatto ai fini del riconoscimento del beneficio, in modo gordiano: eliminando, semplicemente, tale condizione.

L’art. 280 – che dovrebbe avere valenza generale, ovvero tanto per i debitori liquidabili giudizialmente quanto per quelli che non lo sono – enuncia le condizioni soggettive di accesso, tanto ampie da relegare il non esdebitabile al ristretto *club* dei bancarottieri, degli insolventi fraudolenti e dei renitenti a ogni collaborazione con gli organi della procedura, ma non contempla alcuna soglia di soddisfacimento. E, anzi, prevedendo che non possa essere concesso il beneficio ove il debitore ne abbia già fruito per due volte, contempla il lavacro debitorio per ben tre volte.

Prova ulteriore della sostanziale irrilevanza del soddisfacimento dei creditori è dato dall’art. 279, il quale, nel disciplinare le condizioni *temporali* di accesso al beneficio, lungi dall’imporre un termine *ne ante quem*, afferma il diritto del debitore a conseguire l’esdebitazione decorsi tre anni dall’apertura della procedura di liquidazione, ridotti a due in caso di tempestiva proposizione dell’istanza di composizione della crisi.

Posto che, con riguardo alla liquidazione giudiziale, il termine ordinario di esecuzione della stessa è indicato in cinque anni, mentre nessun termine è indicato per la liquidazione controllata, è possibile e, anzi, probabile che il debitore consegua l’esdebitazione anteriormente alla sussistenza delle condizioni per procedere anche solo a un riparto parziale: il ritardo nell’adempimento, da presupposto della *mora debendi*, diventa *ex se* strumento estintivo dell’obbligazione.

Ricostruiti così i termini generali dell’istituto, non può allora fare specie l’esdebitazione di diritto, consentita al solo sovraindebitato e operante in via automatica a seguito del decreto di chiusura della liquidazione controllata, o anche anteriormente, decorsi tre anni dalla sua apertura, costituendo l’art. 282 che la disciplina la mera declinazione dell’art. 279 nella prospettiva dei debitori non liquidabili giudizialmente; resta, semmai, oscura la pretesa valenza generale dell’art. 279, teoricamente applicabile a tutti

i debitori, laddove l'art. 282 detta una disciplina specifica – ma pressoché identica, se non per l'ulteriore, necessariamente speciale, abbreviazione premiale in caso di accesso ai procedimenti di composizione assistita della crisi – per il sovraindebitato.

Né può destare stupore la previsione dell'esdebitazione dell'incapiente, ovvero della «*persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura (...) fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice, laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento*».

A ben vedere, la differenza fra l'esdebitazione ordinaria e quella dell'incapiente, di là della diversa perimetrazione soggettiva dell'istituto – l'una iterata, una prima volta, all'art. 279 apparentemente per tutti, ma in concreto solo per i liquidabili giudizialmente, e di nuovo, all'art. 282, espressamente solo per i sovraindebitati; l'altra solo per la persona fisica “meritevole” – non sta nella capacità di offrire una qualche utilità ai creditori, ma solo di prospettarla, poiché il riconoscimento del beneficio, come già cennato, non è ancorato a un principio di realtà, ma solo al tempo: decorso un certo termine, si ha diritto.

L'esdebitazione cambia, per così dire, in base allo *storytelling* del soddisfacimento: se la narrazione postula una qualche forma di soddisfacimento parziale di almeno alcuni creditori, siamo nell'ipotesi ordinaria; se la narrazione dà conto *ex ante* dell'impossibilità di soddisfacimento, se ne può fruire lo stesso, a condizione che il richiedente sia persona fisica “meritevole”, in quanto debitore.

La *ratio* della norma è ravvisata, nella relazione di accompagnamento, nell'esigenza di offrire una *second chance* «*a coloro che non avrebbero alcuna prospettiva di superare lo stato di sovraindebitamento, per fronteggiare un problema sociale e reimmettere nel mercato soggetti potenzialmente produttivi*».

Di là del fatto che, per quanto sopra osservato, il legislatore nazionale non si limita, nel solco delle raccomandazioni e delle prossime direttive europee, a offrire una seconda opportunità, dandone addirittura una terza (cfr. art. 280, lett. e), il *favor* per la persona fisica sovraindebitata e incapiente è, ad avviso di chi scrive, più apparente che reale, ove si consideri che anche l'esdebitazione, per così dire, ordinaria non è più vincolata a una percentuale di soddisfacimento dei creditori ed è conseguibile per il solo decorso del tempo, né, per il caso in cui il parziale soddisfacimento pure *ab origine* ipotizzato si realizzi, è prevista alcuna clausola come quella *ex art.* 283 (destinazione al soddisfacimento dei creditori delle utilità sopravvenute in misura non inferiore al dieci per cento). La conseguenza è che una società di capitali, liquidabile

giudizialmente o meno, potrebbe esdebitarsi prima, definitivamente, senza alcun vincolo sulle utilità sopravvenute alla chiusura della procedura, nonché in assenza di alcuno scrutinio di meritevolezza, se non in termini meramente negativi (commissione di reati di bancarotta, insolvenza fraudolenta, etc., o di atti di frode nei confronti dei creditori).

Sotto questo profilo, anche il CCII, pur in un generale *favor* per il debitore-consumatore o impresa minore, finisce per replicare, in modo depotenziato, il volto più arcigno nei confronti del piccolo rispetto al grande, tipico del panorama concorsuale nazionale, almeno fino al 2015. Così, mentre l'imprenditore commerciale in crisi o insolvente poteva accedere al concordato preventivo senza alcuna valutazione di meritevolezza e di merito – declinata nel concetto di cd. fattibilità economica, “trovata” dalle sezioni unite della Cassazione del 2013 – e, per tale via, giungere all'esdebitazione negoziale, ovvero mediante la falcidia concordataria, obbligatoria per tutti i creditori concorsuali, il consumatore, pur affrancato dall'onere dell'accordo con i creditori – peraltro spiritualizzato, anche per gli altri, nella forma del silenzio-assenso –, doveva passare attraverso la cruna dell'ago della valutazione di merito ed etica, di meritevolezza del giudice. La stessa responsabilità penale dell'attestatore venne introdotta proprio con la l. n. 3/2012 e solo successivamente introdotta (sia pur nel medesimo anno) anche per le procedure maggiori, con la previsione di cui all'art. 236-bis l.fall.

Un'ultima aporia pare affliggere il sistema.

La liquidazione controllata, oltre a essere procedura autonomamente accessibile su iniziativa del debitore stesso e, a determinate condizioni, anche del creditore o del pubblico ministero, costituisce anche esito procedurale di conclusioni anomale del concordato minore (art. 83) come pure della ristrutturazione dei debiti (art. 70, commi 10 e 11; art. 73).

Ora, sebbene parte delle ipotesi di conversione nella procedura liquidatoria sia equiestesa ai requisiti soggettivi impedienti l'esdebitazione (illeciti o atti di frode) e una delle ragioni di inammissibilità della proposta di concordato sia rappresentata proprio dall'intervenuta fruizione dell'esdebitazione nei cinque anni precedenti o per due volte, la medesima sorte tocca anche al piano di ristrutturazione o al concordato non eseguibile (il che, però, esclude l'astratta prospettività di un residuo parziale soddisfacimento dei creditori, pur in termini diversi e inferiori).

A tutto ciò consegue, allora, che la mancata esecuzione del piano conduce, in queste ipotesi, al medesimo esito sostanziale della sua esecuzione: la liberazione dai debiti concorsuali.

Ciò pare confermare che l'esdebitazione, al pari della prescrizione, si fonda su di un solo presupposto oggettivo: il decorso del tempo (due, tre, quattro

anni); come pure l'insufficiente decorso dello stesso (cinque anni) costituisce ostacolo alla concessione di un nuovo beneficio, sia pur inquadrato in un contesto procedimentale e corroborato dall'allegazione vuoi di un ipotetico parziale soddisfacimento (art. 278), vuoi della sua impossibilità (art. 283).

5. La grande assente: un'analisi economica della regolazione del fenomeno

La legge n. 3 del 2012 ha istituito la prima regolazione dell'insolvente civile, sebbene sulla base di una nozione – il sovraindebitamento – non equiesteso, sino alle definizioni di cui all'art. 2 CCII, a quello di insolvenza o di crisi.

Una serie di fattori ne ha sinora limitato notevolmente la fruizione, potenzialmente destinata a una platea sterminata di soggetti, poiché sotto il perimetro di applicazione della norma rientravano, e tuttora rientrano, la moltitudine delle persone fisiche indebitate e la grandissima maggioranza delle imprese.

Fra le molte ragioni della resistibile ascesa della composizione regolata della crisi del debitore non fallibile sono sicuramente da annoverare un certo *gap* culturale nell'affrontare il fenomeno con le categorie giuridiche tradizionali, le resistenze nella istituzione degli Occ, vero motore del sistema, nonché la qualità della tecnica normativa, foriera di notevoli incertezze interpretative.

V'è tuttavia da ritenere, al postutto, che gli ostacoli maggiori alla diffusa applicazione siano differenti per imprese e consumatori.

Per le prime, permane la forte ritrosia a “portare i libri in tribunale”, fatto necessario per le imprese fallibili al fine di evitare più gravi conseguenze sotto il profilo penale, ma del tutto opzionale per quelle sotto soglia, che tale rischio non corrono.

L'attesa dell'esdebitazione non costituisce stimolo sufficiente per sottoporsi a un procedimento di regolazione della crisi, a fronte della sicura inanità delle azioni esecutive individuali nei confronti di società del tutto depatrimonializzate e della possibilità di riprendere l'attività d'impresa sotto le insegne di un nuovo veicolo societario.

Ove anche si volesse ritenere percorribile, la l. n. 3/2012 vieta la falcidiabilità del credito Iva, così rendendo spesso insostenibile l'onere della ristrutturazione del debito.

Per quanto riguarda i consumatori, il primo ostacolo è rappresentato dal giudizio di meritevolezza, dal momento che, frequentemente, la situazione di dissesto economico-finanziario è derivata non già da eventi traumatici e non preventivabili (licenziamento, divorzio, malattia), ma da scelte deliberate, seppur

coadiuvate da insussistenti o corrive analisi del merito creditizio da parte dei finanziatori, quando non da stili di vita solo in taluni casi documentabili come patologici (ad esempio, ludopatia).

Di là di ciò, lo *stock* debitorio del consumatore è tendenzialmente meno comprimibile di quello dell'impresa, caratterizzato com'è, nell'*id quod plerumque accidit*, da crediti non negoziabili (ad esempio, obblighi alimentari in caso di separazione o divorzio) di controversa inopponibilità alla massa (finanziamenti assistiti da cessione in garanzia del quinto dello stipendio o dell'assegno previdenziale), il cui regolare adempimento è necessario al fine di evitare soluzioni liquidatorie o l'aggressione in sede esecutiva (mutuo sulla casa; utenze domestiche), solo parzialmente falcidiabili (debiti tributari) in assenza di provvedimenti normativi che aprano la via, del tutto esterna alle possibilità proprie della l. n. 3/2012, ad ampli e sostanziali stralci in forza di condoni, definizioni agevolate, rottamazioni, etc.

Su tale panorama, il CCII, come sopra cennato, incide significativamente, dando (parziali) risposte agli snodi interpretativi più critici opposti dalla normativa attuale, pareggiando i conti, per così dire, con le procedure maggiori relativamente alla falcidiabilità dell'Iva e delle ritenute, permettendo la riappropriazione alla massa dei crediti retributivi e previdenziali ceduti in funzione di adempimento di crediti chirografari.

Il CCII, soprattutto, istituisce, normalizzandola, la possibilità di un'amplissima esdebitazione a fronte di un soddisfacimento dei creditori nullo o irrisorio, ciò non solo per effetto dell'esdebitazione dell'incaipiente, istituto che nella sua denominazione è apparso il più capace di *épater les bourgeois*, ma soprattutto per le enormi capacità espansive dell'esdebitazione ordinaria rispetto a quella attuale.

Va anche detto che il fenomeno trascinerà inevitabilmente con sé il prodursi di nuovo sovraindebitamento. Se si pensa che oggi una quota significativa dei procedimenti di esecuzione immobiliare vede i condomini quali creditori procedenti o intervenuti, l'arresto delle procedure esecutive promosse e la sostanziale perdita dei crediti chirografari quale esito probabile delle procedure concorsuali dell'insolvente civile condurrà a una distribuzione dei costi dell'insolvenza su altri creditori, affatto qualificati, portando al sovraindebitamento dei singoli, nell'apparente impossibilità di annettere anche il condominio, nella sua attuale veste giuridica, a soggetto suscettibile di fruire degli istituti del codice della crisi.

Ciò condurrà, secondo le attese dei più, a un considerevole aumento delle procedure, in uno con il blocco di moltissimi procedimenti esecutivi individuali.

Non vi sono dati per comprendere, a preventivo, se il saldo fra flussi in uscita (procedure esecutive ar-

restate) e flussi in entrata (nuove procedure concorsuali, negoziali e liquidatorie dell'insolvente civile) sia positivo, mentre è certo che, ove l'entrata in vigore del CCII determinasse l'apertura di decine di migliaia di procedimenti, così come avviene in altri ordinamenti che, però, prevedono una gestione in tutto o in parte amministrativa degli stessi, il sistema giustizia rischierebbe il collasso.

A ciò si aggiunge un altro rischio sistemico. Un sostanziale "indulto finanziario" dell'indebitamento familiare, quale possibile esito del nuovo assetto normativo della regolazione della crisi dell'insolvente civile, pare già metabolizzato dal sistema bancario, che, semmai, ha concentrato gli sforzi nel tentativo di arginare novità potenzialmente rilevanti della legge delega, fra cui il previsto criterio dei privilegi, tanto che si è giunti addirittura al mantenimento del cd. privilegio processuale del credito fondiario, vero e proprio "pezzo di antiquariato" giuridico, ormai privo di *ratio* e foriero di maggiori costi, in primo luogo proprio per gli istituti di credito fondiario.

Tale inaspettato *laissez faire* può spiegarsi in ragione dell'ormai intervenuta esternalizzazione dei portafogli di NPL, grazie ad estese operazioni di cartolarizzazione e, nell'ambito di tali cessioni in blocco, della percentuale relativamente esigua dell'indebitamento familiare – 12,9 per cento rispetto al totale.

È altresì noto che l'indebitamento familiare italiano (21 per cento dei nuclei) è decisamente inferiore alla media europea e rappresenta solo il 42 per cento dell'indebitamento privato (contro il 60 per cento dell'area Euro e percentuali superiori anche di sistemi forti, come la Germania, al 53 per cento).

Peraltro, dal 2007 a oggi, l'indebitamento è aumentato e in Italia il peso relativo del debito, a differenza che nei Paesi (ritenuti) economicamente più forti, non è distribuito in misura omogenea per classi di reddito, ma concentrato sulle famiglie meno abbienti, per le quali l'incidenza degli NPL è *molto maggiore, anche perché più soggette alle conseguenze economiche dell'alto tasso di disoccupazione*⁵.

Il rischio, allora, è che i nuovi istituti del CCII non valgano solo a costituire lo strumento per un effettivo *refresh start* di apprezzabile valenza espansiva per il sistema, ma, nella condizione economica del Paese e del sistema bancario, finiscano per costituire il rischio di nuove bolle finanziarie.

Una parte importante della soluzione, anche per l'insolvente civile, è l'anticipata emersione della crisi, questione regolata frontalmente dal CCII, ma solo con riguardo all'altra metà del cielo concorsuale, quello degli imprenditori assoggettabili a liquidazione giudiziale, mentre è o dovrebbe essere maturo il

tempo per un recupero di autoresponsabilità non solo per i creditori – il cui mancato scrutinio del merito creditizio della controparte è opportunamente sanzionato dal CCII mediante la sterilizzazione dei loro poteri oppositivi alle soluzioni negoziali proposte dal sovraindebitato –, ma anche per i debitori.

L'ampiezza dell'esdebitazione offerta dal CCII, in uno con le diverse soluzioni espansive rispetto alla legge n. 3/2012, debbono costituire l'occasione per una profonda rimeditazione del processo esecutivo.

La piena giurisdizionalizzazione del processo esecutivo, vanto del sistema ma, nel contempo, forte freno a un'attuazione efficace del credito, spesso a sua volta definitivamente accertato all'esito di un *iter* pluriennale, non pare più pienamente compatibile con le *chances* di fuga – meglio, di *discharge* – del debitore.

In altri termini, il creditore degli ordinamenti europei con cui ci confrontiamo è chiamato ad assorbire il costo della *second chance* riconosciuta al debitore, che è enormemente inferiore al costo della seconda o terza possibilità per il debitore, che il creditore italiano si appresta ad accusare.

Tanto il legislatore quanto i creditori istituzionali non paiono, tuttavia, indirizzati a questo tipo di riflessione. Recenti, rapsodici interventi legislativi paiono anzi indirizzati esattamente nel senso opposto, come la modifica dell'art. 560 cpc per effetto della cd. "legge Bramini": il debitore continua a "comprare" tempo dal processo esecutivo, in attesa di porre le condizioni perché i creditori rimettano valore *ope legis*, nel quadro di una soluzione negoziale o anche liquidatoria, purché in assenza di frode (il che potrebbe generare nuovo contenzioso e, quindi, nuovo tempo).

Gli effetti inflativi del contenzioso e, conseguentemente, depressivi del valore del credito non possono trovare risposta in nuovi quanto inani interventi *ex post*, finalizzati a contrarre i tempi del processo successivamente all'assunzione di scelte che, consapevolmente, ne hanno incentivato la proliferazione o complicazione.

Di là di ciò, prendendo a prestito locuzioni ampiamente utilizzate in tutt'altro ambito, pare giunto il tempo per una complessiva riflessione su di un sistema che, non prevedendo contrappesi organizzativi e giurisdizionali in materia esecutiva a fronte delle grandi opportunità offerte dal CCII, rischia di creare un intero ceto debitorio capace di difendersi non solo *nel* processo (esecutivo), ma anche *dal* processo, grazie alle *chances* di un'esdebitazione conseguibile *ipso jure* per il solo decorso di alcuni anni dall'inizio della liquidazione, tale così da sfidare l'antico adagio secondo cui il tempo sarebbe denaro, in ultima analisi ribaltandolo.

5. Sul tema, C. Bussi, *Dai mutui agli Npl, trappola del debito per le famiglie Ue*, in *Il Sole 24 ore*, 9 ottobre 2017.

Il sovraindebitamento, alcune riflessioni su cause, effetti e possibili rimedi

di *Marco Musella*

Questo breve scritto propone una riflessione sulla considerevole crescita del problema dell'indebitamento, con alcuni spunti di analisi sulle cause del fenomeno e sull'urgenza di pensare a interventi "di contrasto" che incidano sulle dimensioni e sulla dinamica del sovraindebitamento.

1. Introduzione / 2. Caratteristiche principali del sovraindebitamento delle famiglie / 3. Le cause del sovraindebitamento / 4. Conclusioni

1. Introduzione

Il sovraindebitamento è una piaga sociale che negli ultimi anni ha assunto dimensioni catastrofiche. Basti pensare che, già qualche anno fa, Carlo Milani¹ metteva in evidenza un dato preoccupante: i nuclei familiari sovraindebitati erano passati dai circa 200.000 del 2000 ai circa 1.200.000 del 2012. Una crescita esponenziale del fenomeno, che ha registrato una forte impennata durante la crisi iniziata nel 2008, ma che ha di certo origini più profonde dell'esplosione di quella crisi finanziaria che, dall'America, si è riversata su molta parte del mondo. Il sovraindebitamento, quindi, richiede di essere analizzato al di là di una congiuntura economico-finanziaria sfavorevole perché la sua dinamica presenta aspetti strutturali che vanno compresi e interpretati – se si vogliono dare risposte valide – anche andando al di là della necessità di mettere in campo strumenti specifici per rispondere a emergenze congiunturali.

In questo breve scritto si proporranno alcune semplici riflessioni sulle caratteristiche del fenomeno (par. 2) e sulle possibili cause di esso (par. 3), riservando alle conclusioni (par. 4) qualche breve considerazione sulla logica che, a parere di chi scrive, dovrebbe ispirare gli interventi di *policy* in coerenza con lo stato attuale delle conoscenze e nella prospettiva di incidere davvero sul fenomeno.

2. Caratteristiche principali del sovraindebitamento delle famiglie

A conferma di quanto detto nell'introduzione, possono essere ricordati i dati di cui si è detto poco sopra². La questione necessiterebbe di ulteriori studi e approfondimenti quantitativi³ per rispondere con maggior precisione di quanto non si possa fare oggi, grazie agli studi di Maurizio Fiasco e altri, a domande del tipo: quale *identikit* ha la famiglia sovraindebitata-

1. Cfr., ad esempio, C. Milani, *Il sovraindebitamento delle famiglie italiane*, in *Welfare oggi*, n. 4/2016, pp. 54-57.

2. M. Fiasco, *Il sovraindebitamento delle famiglie italiane nel decennio 2006-2016. Dimensioni, caratteristiche, proposte*, relazione presentata al Convegno della Consulta nazionale antiusura, Assisi, 22-23 giugno 2018 (www.consultantiusura.it/pdf/assemblea-convegno_assisi_2018/RICERCA%202018%20%27Sovraindebitamento%20famiglie%20italiane%20decennio%202006-2016%27%20-%20Maurizio%20Fiasco.pdf).

3. G. D'Alessio, S. Iezzi, 2016, *Over-indebtedness in Italy: how widespread and persistent is it?*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 319/2016, Banca d'Italia, Roma, marzo 2016.

ta? Quanto grave è la situazione di indebitamento? Chi, all'interno dei nuclei familiari, è più "responsabile" dell'accaduto? E chi il più debole e il più danneggiato?

Nonostante l'impegno e la dedizione al tema di alcuni studiosi e di alcune realtà associative, mancano, ad oggi – anche all'indomani di interessanti innovazioni legislative –, una riflessione più articolata e un quadro più chiaro della situazione concreta e delle proposte da mettere in campo; inoltre, mancano sia un dibattito pubblico sia l'interesse della politica.

È giusto, all'inizio dei nostri brevi ragionamenti, precisare che, da un punto di vista squisitamente economico, l'indebitamento non va considerato in sé come un male; esso, anzi, è stato (e resta) uno strumento fondamentale per rendere possibili processi di sviluppo volti ad apportare miglioramenti in campo sociale ed economico a vantaggio dei privati cittadini, delle imprese e di nazioni intere, così come gli si può riconoscere il merito di favorire il superamento di situazioni contingenti di squilibrio tra entrate e uscite. Infatti, è il sistema del prestito che consente di investire in macchinari, impianti ed altre forme di capitale fisico, in istruzione, aggiornamento, professionalizzazione, in infrastrutture civili materiali o immateriali, accelerando gli aumenti di produttività di imprese, persone e intere comunità. L'indebitamento diviene un male solo quando si trasforma in sovraindebitamento e, quindi, in un fenomeno che prende ad assumere caratteristiche tali per cui vi è uno squilibrio strutturale tra le obbligazioni assunte da un individuo, da un imprenditore, da uno Stato (ma per lo Stato il discorso è diverso, e non se ne parlerà in questa sede) e le pretese del/i creditore/i; in altre parole, quando per il debitore diventa impossibile l'adempimento non solo nel breve periodo, ma anche nel medio-lungo periodo. Negli anni più recenti, nel nostro Paese questo scivolamento verso il sovraindebitamento è stato anche la conseguenza, per tanti piccoli imprenditori, di scelte ancorate alla memoria di un passato nel quale le *performance* economiche erano diverse e si riusciva a restituire quanto si prendeva in prestito. In periodi di crisi non si riesce a restituire e il sistema, se non ti aiuta alle prime difficoltà, lascia alle istituzioni finanziarie – e non solo – il potere far lievitare i debiti molto rapidamente. Per le famiglie, almeno qualche anno fa, ha giocato un ruolo analogo il meccanismo dei mutui a tasso variabile, innescando circoli viziosi interessi-debito che, se si interveniva per tempo, potevano essere interrotti abbastanza agevolmente.

Sulla questione generale e sui casi particolari, ovviamente, sarebbero moltissimi gli aspetti da appro-

fondire, anche solo a livello definitorio⁴, sia per fare maggiore chiarezza sulla gravità del fenomeno e sulle sue determinanti, sia per poter pensare i rimedi adatti alla necessità di arginare il fenomeno colpendone le cause e non limitandosi solamente ad attenuarne gli effetti e i danni nell'immediato. Si consideri che ci troviamo, con ogni probabilità, di fronte a un fenomeno multiforme e multicausa ed è, quindi, ovvio il bisogno di pensare a strumenti diversificati e a un sistema di implementazione efficiente degli stessi – un sistema, cioè, che consenta di trattare in modo differente casi diversi. Qualche considerazione ulteriore sui rimedi verrà proposta nelle conclusioni.

Quanto al tema delle definizioni e delle classificazioni, è chiaro, ad esempio, che è importante distinguere il caso del sovraindebitamento temporaneo da quello permanente. Il primo si riferisce a una situazione di temporanea incapacità di onorare i debiti che, se non curata, può cronicizzarsi in modo da spingere le persone in una situazione di permanente incapacità di soddisfare le pretese dei propri creditori. La seconda si presenta come una situazione assai più grave, che si produce allorché nessun piano di rientro possa essere messo in campo senza un'immissione straordinaria di risorse a vantaggio del debitore o la creazione di una frattura temporale tra un passato con situazioni irrisolvibili e un futuro con una gestione più oculata dei flussi di entrate e di uscite della persona o della famiglia. Tuttavia, anche in questo caso, probabilmente, disporre di uno strumento agile che consenta di intervenire tempestivamente quando bastano alcune migliaia di euro per bloccare la spirale del debito, consentirebbe di evitare lo scivolamento progressivo e inesorabile verso sovraindebitamenti a cinque o sei cifre.

3. Le cause del sovraindebitamento

Vi è, poi, da approfondire – sia pur nei limiti di un breve saggio e senza avere la possibilità di condurre analisi empiriche – il tema delle cause del sovraindebitamento. Qualche considerazione teorica in merito al perché sia cresciuta così tanto questa piaga sociale può essere utile a guidare futuri approfondimenti. Come per la maggior parte dei fenomeni sociali, è sempre difficile identificare i nessi di causalità tra gli eventi ed è, quindi, difficile anche costruire modelli interpretativi in grado di testare la bontà delle ipotesi sulle cause del sovraindebitamento; è difficile, cioè, avere certezze sulle ipotesi che, in questa sede, deduciamo da un'analisi delle dinamiche economiche e

4. Si vedano gli studi e i rapporti citati nelle note precedenti e, in particolare, per gli aspetti anche tecnici legati agli indicatori, lo studio della Banca d'Italia.

sociali connesse alla generazione di redditi, alle scelte di consumo e di investimento di persone e famiglie, al ruolo di istituzioni finanziarie e sociali. Tuttavia, tentare di suffragare le ipotesi teoriche è il contributo che la ricerca scientifica può dare alla soluzione del problema, ma per questo occorrono dati e analisi descrittive.

Leggendo con le lenti dell'economista critico gli eventi della società italiana degli ultimi decenni, caratterizzati, peraltro, da una globalizzazione che ha anche spinto verso una omologazione dei gusti e dei consumi su scala mondiale, ci sembra di poter segnalare almeno quattro possibili fattori – tra loro spesso intrecciati in modo inestricabile – che, singolarmente o congiuntamente, determinano una tendenza al sovraindebitamento più diffusa oggi rispetto a un passato anche non troppo lontano:

- 1) tendenza al sovra-consumo;
- 2) illusione della *jackpot economy*;
- 3) aumento delle diseguaglianze e, quindi, dell'*aspiration gap* (del divario delle aspirazioni);
- 4) politiche lassiste di accesso ai prestiti da parte di banche e istituzioni finanziarie.

Il nostro sistema sociale e la nostra cultura tendono a promuovere consumi di beni e servizi che si acquistano sul mercato favorendo, in mille modi, l'identificazione del benessere con il consumo di merci. Vi è dunque una spinta forte al sovraconsumo, inteso come un consumo di beni e servizi che alimenta uscite superiori alle entrate e, quindi, uno squilibrio di bilancio che, se non viene aggiustato nel periodo successivo con entrate superiori alle uscite, tende a diventare un sistematico eccesso della spesa (alimentata anche dal pagamento degli interessi) sul reddito. È sotto gli occhi di tutti quanto questo processo venga alimentato da mode, gerarchie sociali basate sul consumo in generale e sul consumo di beni considerati *status symbol* in particolare, pubblicità più o meno ingannevoli che fanno diventare, o apparire, come necessari beni – o accessori di beni – che fino a qualche tempo fa non esistevano o non venivano affatto considerati necessari.

Per quanto riguarda, invece, l'illusione della *jackpot economy*, essa è certamente causata da una sempre più diffusa idea che i problemi si possano risolvere con una bella vincita: il miraggio che tutti i problemi possano essere superati in modo facile e definitivo attraverso un po' di fortuna, che prende le vesti ora di numeri sorteggiati ora di partita vinta in qualche stadio di calcio del mondo, ora di altro av-

venimento *a priori* improbabile e, proprio per questo, generatore di vincite esaltanti. Anche su questo punto, sembra di poter citare alcune evidenze assai chiare: gli ultimi anni hanno visto crescere il fatturato delle società che si occupano di gioco in modo esponenziale (da poco più di 88 miliardi nel 2014 a 106,8 miliardi nel 2018⁵; se andassimo indietro nel tempo, la crescita risulterebbe ancora più evidente). Le questioni sulle quali è possibile scommettere sono aumentate in modo incredibile e, da un contesto nel quale lotto, enalotto, totocalcio e corse ippiche erano le uniche realtà di un mondo guardato con preoccupazione da istituzioni, famiglie e cittadini, si è passati a una situazione nella quale si può scommettere tutti i giorni, a qualsiasi ora del giorno e della notte e, praticamente, su qualunque evento sportivo o sua articolazione e su tanti altri eventi futuri il cui esito non sia da considerarsi *ex ante* certo. I vincitori sono aumentati, ma anche i cosiddetti perdenti, e la ludopatia è un termine nuovo che il vocabolario non conosceva e che dovrà ormai essere inserito rapidamente tra le malattie, così come è stato (e andrà sempre più chiaramente) introdotto il gioco tra le dipendenze.

Si può, poi, affermare, alla luce dei risultati di numerosissimi studi effettuati sul tema della disuguaglianza⁶, che viviamo in un mondo in cui, da qualche decennio a questa parte, si assiste a un aumento esponenziale delle distanze economiche e sociali tra individui e classi sociali. Il sistema economico globale tende sempre più a generare disuguaglianze e, proprio perché più disuguaglianza significa necessariamente più concorrenza, più frustrazione, più tendenza a cercare di raggiungere gli altri su una dimensione che è quella del consumo e degli *standard* di vita, le persone tendono a indebitarsi pur di omologare i propri consumi a quelli di chi sta più in alto nella scala sociale.

In questo, ovviamente – e siamo giunti all'ultima causa della crescita della piaga del sovraindebitamento – il sistema finanziario e il sistema bancario non sempre sono stati alleati di chi ha cercato di contrastare questi fenomeni; molto spesso, anzi, le agenzie finanziarie, pur di impiegare la liquidità disponibile – che, in qualche modo, è frutto della stessa disuguaglianza, dei traffici illeciti della criminalità organizzata e dell'eccesso di ricchezze finanziarie a disposizione di alcuni –, si sono mosse e si muovono nella direzione di offrire un facile accesso al credito anche in presenza di una chiara debolezza delle prospettive di restituzione, spesso sottovalutata sperando in interventi successivi di riparazione dei danni fatti.

5. Cfr. Agenzia delle dogane e dei monopoli, *Libro blu*, anni vari, che è possibile rinvenire in rete (www.adm.gov.it/portale/).

6. Si veda, da ultimo, il libro di Chiara Volpato, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Laterza, Bari, 2019, che offre una interessante lettura nuova del fenomeno.

4. Conclusioni

Sembra evidente, dai pochi e sintetici cenni proposti in precedenza, che non esistono rimedi facili al fenomeno. Si tratta, infatti, di attivare una pluralità di strumenti in grado di progettare percorsi diversi per le diverse situazioni di difficoltà. Abbiamo già fatto cenno all'utilità di strumenti di intervento tempestivo quando compaiono i primi segnali di squilibrio non giustificato tra entrate e uscite.

Tuttavia, perché nasca e si strutturi una politica adeguata, nel rispetto ovviamente di quei principi etici e giuridici che non possono essere dimenticati (parità di trattamento, tutela dei diritti dei creditori, etc.), è necessario che si apra un confronto pubblico tra i diversi soggetti che possono contribuire a contrastare il sovraindebitamento e i suoi effetti. Sarebbe, in quest'ottica, molto utile costruire sedi per un dialogo serrato e costruttivo tra i diversi attori del pubblico, del privato, del mondo delle organizzazioni *non profit* con l'idea – innanzitutto, ma non solo – di promuovere, sin dalla scuola, l'elaborazione di un diverso modello culturale meno centrato sul consumo, inteso solo ed esclusivamente da un punto di vista materiale, e più indirizzato verso scelte di vita e, quindi, di spesa più equilibrate e sostenibili.

Dal punto di vista dell'educazione finanziaria, per giovani e per adulti, un contributo importante andrebbe richiesto al settore bancario e finanziario, chiedendo allo stesso non solo di fare la propria parte per "alfabetizzare" alle questioni finanziarie quote sempre più ampie di popolazione, ma anche un cambiamento nella strategia

di concessione di prestiti, con maggiore attenzione a informare adeguatamente persone e imprese e a scoraggiare un accesso eccessivo a strumenti di finanziamento dei consumi, soprattutto quando è evidente il rischio per la stabilità di lungo periodo dei bilanci familiari o d'impresa.

Un cambiamento di rotta, inoltre, dovrebbe essere necessariamente sostenuto con determinazione da azioni di tipo normativo e mediatico, volte a disincentivare certi atteggiamenti e certe scelte che possono condurre a situazioni di grave difficoltà economica. Ne sono un esempio le scommesse che, soprattutto negli ultimi anni, hanno rappresentato una delle cause di sovraindebitamento e di povertà. Oggi, accendendo il televisore o navigando sul *web*, si ha la chiara percezione che si faccia di tutto per spingere le persone a tentare la sorte attraverso scommesse e gioco, e si prospettano alte probabilità di successo che hanno di certo influenza proprio sulle persone più fragili: sono bombardamenti di impulsi che possono rivelarsi pericolosissimi per chi, trovandosi in difficoltà, spera di poter risolvere i propri problemi economici con una vincita. Sarebbe, quindi, auspicabile un massiccio intervento da parte delle istituzioni pubbliche per mettere in atto misure capaci di disincentivare questo tipo di atteggiamento.

Naturalmente, niente vien detto qui sul grande tema della disuguaglianza, ma è più che mai evidente che un mondo meno diseguale, dove la politica economica collochi nuovamente al centro l'esigenza di ridurre il *gap* tra ricchi e poveri, sarebbe un mondo con minori problemi... anche sul fronte del sovraindebitamento.

Il procedimento concorsuale liquidatorio

di *Valentino Lenoci*

Il presente saggio analizza le principali novità riguardanti le procedure liquidatorie disciplinate dal nuovo CCII. In particolare, vi è esaminata la procedura di liquidazione giudiziale, nelle diverse fasi del suo sviluppo (dal procedimento unitario di regolazione della crisi fino al riparto e alla chiusura). Sono, poi, fatti dei cenni alle procedure del concordato preventivo liquidatorio e della liquidazione controllata del sovraindebitato.

1. Dal fallimento alla liquidazione giudiziale / 2. I presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale / 3. Il procedimento unitario di regolazione della crisi e la liquidazione giudiziale / 4. Gli organi della procedura / 5. Gli effetti dell'apertura della procedura / 6. Accertamento del passivo / 7. Il programma di liquidazione e il riparto / 8. Il concordato preventivo liquidatorio / 9. La liquidazione controllata del sovraindebitato

1. Dal fallimento alla liquidazione giudiziale

La novità forse più rilevante, dal punto di vista semantico, del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi: CCII), è rappresentata dalla definitiva scomparsa del termine «fallimento», e della relativa aggettivazione «fallimentare», dalla disciplina della gestione giudiziale della crisi, con conseguente eliminazione anche del termine «fallito» per indicare il debitore insolvente.

La procedura fallimentare, infatti, è stata sostituita dalla procedura di liquidazione giudiziale, in cui è evidente, già dalla denominazione, la funzione prettamente liquidatoria, in funzione di soddisfacimento dei creditori.

L'eliminazione dei termini «fallimento» e «fallito» è poi stata estesa a tutti i testi normativi: ai sensi dell'art. 349 CCII, infatti, «*nelle disposizioni normative vigenti i termini "fallimento", "procedura fallimentare", "fallito", nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni "liquidazione giudiziale", "procedura di liquidazione giudiziale" e loro derivati, con salvezza di continuità della fattispecie*».

Più in particolare, poi, l'art. 382 del CCII, prevede, nei tre commi, la sostituzione degli artt. 2288, comma 1, 2308, comma 1, e 2497, comma 4, cc, e – per l'appunto – dei termini in questione mediante il riferimento, invece, alla procedura di liquidazione giudiziale¹.

1. La questione semantica relativa al termine «fallimento» era stata già oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Vicenza con ordinanza del 13 giugno 2014 (in Gazzetta ufficiale, prima serie speciale, 27 maggio 2015, n. 21), con riferimento agli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, l.fall., nella parte in cui «assoggettano a fallimento l'imprenditore individuale persona fisica, e non autonomamente la sola impresa individuale intesa come attività, ovvero alternativamente [la sottolineatura è nel dispositivo dell'ordinanza] nella parte in cui assoggettano a fallimento l'imprenditore individuale anziché limitarsi a dichiararne l'insolvenza, o a dichiarare soltanto l'insolvenza dell'impresa della persona fisica come attività». La Corte costituzionale, con ordinanza n. 46 del 3 marzo 2016 (in *Giur. cost.*, 2016, 2, 528), ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione in quanto rilevante solo dal punto di vista virtuale, pur eviden-

Come chiarito dalla relazione illustrativa della riforma, con tale modifica terminologica si è voluto eliminare «*l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente si accompagna*» alla parola fallimento o allo *status* di fallito, consentendo altresì anche al nostro Paese di allinearsi a una «*tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di civil law (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna)*».

Ciò posto, va comunque evidenziato che, al di là delle innovazioni terminologiche, il legislatore del 2019 non ha comunque stravolto le caratteristiche principali del vecchio fallimento, avendo proceduto per lo più a riorganizzare la precedente disciplina al fine di rendere la procedura liquidatoria più rapida e snella.

Semmai, appare rilevante la circostanza che, nel sistema del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la procedura di liquidazione giudiziale sia stata posta dopo la disciplina relativa alle procedure finalizzate alla continuità aziendale, quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo: il che dimostra come, nel nuovo sistema normativo, la liquidazione sia considerata come una mera eventualità rispetto alle procedure recuperatorie e di salvataggio aziendale, che acquistano una sempre maggiore rilevanza, testimoniata anche dall'introduzione delle nuove procedure di allerta (artt. 12 ss. CCII) e di composizione assistita della crisi (artt. 19 ss. CCII), nonché dalla previsione, per l'imprenditore individuale e per gli amministratori di società, di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi, nonché un assetto organizzativo adeguato in tal senso (artt. 3 e 375 CCII), con il conseguente dovere, in capo agli organi di controllo, di segnalare tempestivamente gli indicatori della crisi (art. 14 CCII).

2. I presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale

Il nuovo codice conferma l'insolvenza quale presupposto oggettivo per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 121 CCII).

Seguendo la più recente tecnica legislativa, nella parte iniziale del codice sono contenute una serie di definizioni ai fini della sua applicazione. In base, dunque, all'art. 2, comma 1, lett. b, CCII, per «insolvenza» si intende «*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*».

La definizione è sostanzialmente identica a quella dell'art. 5 l.fall. e, sul punto, non ci si attendono grandi evoluzioni giurisprudenziali, essendo ormai la nozione di insolvenza ampiamente esplorata dalle corti e dalla dottrina².

La nozione di insolvenza viene, peraltro, distinta da quella di crisi, che è indicata come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*» (art. 2, comma 1, lett. a, CCII).

Lo stato di crisi, quindi, non viene più configurato come un *genus* all'interno del quale è ricompresa la *species* dell'insolvenza (secondo lo schema dell'attuale art. 160, comma 3, l.fall.), ma, più correttamente, le due situazioni sono delineate come differenti e autonome, entrambe rilevanti per l'ammissione a procedure di soluzione della crisi quali il concordato preventivo (art. 85, comma 1, CCII), gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57, comma 1, CCII) o i piani di risanamento (art. 56, comma 1, CCII), mentre per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale l'unico presupposto rilevante è quello dell'insolvenza, non potendosi quindi ammettere alla procedura il debitore che si trovi solo in stato di crisi³.

ziando che «*l'obiettivo del mutamento del nomen iuris dell'istituto in questione, che il rimettente si propone di conseguire attraverso l'incidente di costituzionalità – seppur apprezzabile nella delineata prospettiva di una più sensibile attenzione al valore della dignità della persona – presuppone, comunque, una valutazione, in ordine alla denominazione più appropriata di aspetti pertinenti alla disciplina del fallimento, certamente eccentrica rispetto ai poteri del Giudice delle leggi ed attinente invece al proprium delle scelte riservate al legislatore. Come, del resto, dimostrato, de iure condendo, dal criterio direttivo individuato dal recente schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della giustizia con decreto 24 febbraio 2015, consistente proprio nella previsione della sostituzione del termine “fallimento”, con espressioni equivalenti, quali “insolvenza” o “liquidazione giudiziale”*».

2. Cfr., da ultimo, Cass., 11 marzo 2019, n. 6978, in *Giustizia civile*, mass., 2019; vds. altresì, tra le altre, Cass., 27 marzo 2014, n. 7252, in *Guida al diritto*, 2014, 26, 58.

3. Il problema delle differenze tra stato di crisi e stato di insolvenza era già stato percepito all'indomani della riforma del concordato preventivo, di cui al dl 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, prima che fosse introdotto il comma 3 dell'art. 160 l.fall., in forza dell'art. 35 dl 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51: vds., sull'argomento, G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, p. 954; V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 71. La giurisprudenza, tuttavia, si era da subito orientata per una nozione di stato di crisi

Anche con riferimento al presupposto soggettivo, non vi sono novità rilevanti rispetto all'attuale legge fallimentare.

L'art. 121 CCII, infatti, prevede che le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano «agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera d)».

Il presupposto soggettivo, quindi, è rimasto sostanzialmente inalterato rispetto a quanto previsto dall'art. 1 l.fall., anche se lo schema di d.lgs approvato dal Consiglio dei ministri l'8 novembre 2018, e trasmesso alle Camere il 14 novembre 2018 per l'ottenimento dei pareri delle commissioni competenti, aveva eliminato dall'art. 121 la locuzione «commerciali», abrogando di fatto l'art. 2221 cc e assoggettando alla liquidazione giudiziale tutti gli imprenditori in stato di insolvenza, anche quelli non commerciali, nonché indicando esclusivamente i casi di non assoggettabilità degli imprenditori minori sotto soglia.

Ciò avrebbe determinato, pertanto, l'assoggettabilità a liquidazione giudiziale anche degli imprenditori agricoli, così superandosi definitivamente quella distinzione, per l'appunto, tra imprenditori commerciali e imprenditori agricoli, ormai da più parti ritenuta anacronistica⁴.

Il legislatore delegato, tuttavia, con una decisione dell'ultimo momento, ha preferito conservare la distinzione tra imprenditore commerciale e imprenditore agricolo, limitando l'assoggettabilità alla liquidazione giudiziale soltanto all'imprenditore commerciale, fermo restando che, con ogni probabilità, rimarrà comunque in essere la più recente elaborazione giurisprudenziale, che aveva comunque ritenuto soggetto a fallimento l'imprenditore, pur qualificatosi agricolo, ove non sussista un collegamento funzionale della sua attività con la terra, e quindi con un "ciclo biologico"⁵.

Il sistema che ne è risultato, dunque, è sostanzialmente analogo a quello della vecchia legge fallimentare, per cui alla procedura di liquidazione giudiziale saranno assoggettati gli imprenditori commerciali (individuali e collettivi), e quindi non solo quei soggetti specificamente qualificati come tali, ma anche, a titolo non esaustivo: a) le imprese artigiane; b) le associazioni, riconosciute e non, e le fondazioni, allorché esercitino un'attività d'impresa che costituisca attività prevalente⁶; c) gli enti ecclesiastici⁷; d) i consorzi con attività esterna⁸; e) le società che esercitano un'attività sportiva in conformità del predetto art. 2092 cc⁹; f) la *holding* di tipo personale¹⁰; g) le imprese familiari; h) i minori incapaci autorizzati all'esercizio dell'impresa¹¹.

ricompresa nel più ampio concetto di stato di insolvenza: vds. Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 51; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56; Trib. Sulmona, 6 luglio 2005, in *Fallimento*, 2005, 793.

4. Cfr. G. Ferri Jr, *Impresa e società nella disciplina della liquidazione giudiziale: considerazione in margine al progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corriere giuridico*, n. 10/2018, p. 1277, il quale evidenzia che «potrebbe infatti chiedersi se, una volta resa applicazione la liquidazione giudiziale a tutti gli imprenditori, abbia ancora senso, da un lato, continuare a distinguere, nella dimensione dell'impresa, tra imprenditori agricoli e imprenditori commerciali (...) e, dall'altro, continuare a prevedere una disciplina differenziata per i piccoli imprenditori; o se non sia preferibile superare definitivamente entrambe tali distinzioni, dislocando nella disciplina generale dell'impresa, in modo da renderla applicabile all'imprenditore agricolo, anche il residuo contenuto dello statuto dell'imprenditore commerciale, al quale peraltro già risultano soggette le imprese agricole organizzate in forma di società commerciale, e, rispettivamente, sottraendo all'ambito di applicazione della disciplina generale dell'impresa i piccoli imprenditori, ai quali non avrebbe allora più senso riconoscere una qualche rilevanza normativa». Sull'argomento vds. anche S. Della Rocca e F. Grieco, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d. lgs n. 14/2019*, Cedam, Padova, 2019, p. 188.

5. Cfr., tra le altre, Cass., 8 agosto 2016, n. 16614, in *Giustizia civile*, mass., 2016, secondo la quale «l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c., assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ex art. 2135, comma 1, c.c., il corrispondente onere probatorio (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva negato la qualità di imprenditore agricolo alla odierna ricorrente, in mancanza di prova che le attività di conservazione e commercializzazione da lei esercitate riguardassero prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del proprio fondo)».

6. Trib. Monza, 11 giugno 2001, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, 10; Trib. Genova, 7 giugno 2001, in *Vita notarile*, 2002, 683; Trib. Palermo, 24 febbraio 1997, in *Giurisprudenza commerciale*, 1999, II, 440; Trib. Firenze, 10 maggio 1995, in *Rivista diritto sportivo*, 1995, 796; Trib. Roma, 6 aprile 1995, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, II, 719.

7. Trib. Paola, 3 dicembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 8, 979.

8. Cass., 16 dicembre 2013, n. 28015, in *Diritto e giustizia*, 17 dicembre 2013.

9. Trib. Bologna, 6 maggio 1999, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, II, 135.

10. Cass., 6 marzo 2017, n. 5520, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, 1, II, 24; Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 565.

11. Sull'argomento, vds. S. Della Rocca e F. Grieco, *Il codice*, op. cit., p. 191.

Sono, invece, esclusi dalla procedura di liquidazione giudiziale gli enti pubblici qualificati come tali dalla legge, oltre che, come già detto, gli imprenditori agricoli e le *start-up* innovative (per questi ultimi rimane in essere l'assoggettamento alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, come previsto ora dall'art. 2, comma 1, lett. c, CCII).

Sostanzialmente invariati, rispetto all'attuale disciplina, sono anche i requisiti dimensionali richiesti per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

È stata, a tal proposito, introdotta la nozione di «impresa minore» per indicare quelle imprese che presentino congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a euro 300 mila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro 200 mila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore a euro 500 mila. Tali valori sono aggiornabili ogni tre anni con decreto del Ministero della giustizia (art. 2, comma 1, lett. d, CCII).

Tali «imprese minori» sono, dunque, escluse dalla liquidazione giudiziale, dal concordato preventivo e dagli accordi di ristrutturazione dei debiti, e possono invece accedere alle procedure minori del sovraindebitamento. Viene inoltre confermato che l'onere probatorio circa la ricorrenza dei requisiti di non assoggettabilità alla procedura è a carico del debitore, anche in ossequio al principio giurisprudenziale di «vicinanza della prova»¹².

L'unica rilevante novità, sul punto, consiste nella eliminazione dell'aggettivo «lordi» riferito ai ricavi, come previsto attualmente dall'art. 1, comma 2, lett. b, l.fall., così rimandandosi integralmente alla disciplina prevista dagli artt. 2425 e 2425-bis cc per l'individuazione di tale requisito¹³. Resta comunque fermo il principio per cui i ricavi possono risultare «in qualunque modo», così come previsto dall'attua-

le legge fallimentare, e quindi sia dalla contabilità ufficiale che attraverso accertamenti, anche non definitivi, dell'Agenzia delle entrate, ovvero attraverso dati extracontabili desumibili da indagini della polizia tributaria, potendo dunque il giudice modificare i ricavi dichiarati, ai fini della verifica del superamento o meno della predetta soglia¹⁴.

3. Il procedimento unitario di regolazione della crisi e la liquidazione giudiziale

Come è noto, una delle novità più rilevanti nella nuova disciplina riguarda l'«unificazione» delle procedure finalizzate all'apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, o all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Le ragioni di tali innovazioni attengono, da un lato, alla necessità di coordinare e regolamentare le ipotesi di coesistenza della richiesta di liquidazione giudiziale con la richiesta di accesso a una delle procedure recuperatorie (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti); dall'altro, all'opportunità di una esatta individuazione del *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria concorsuale.

L'art. 49 CCII, al primo comma, dispone infatti che in tanto potrà farsi luogo all'apertura della liquidazione giudiziale, in quanto siano prima «definite le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza» eventualmente proposte, con ciò prevedendosi finalmente una situazione di pregiudizialità giuridica della richiesta di accesso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione rispetto alla procedura liquidatoria¹⁵.

L'art. 166 CCII, infatti, fa coincidere tale momento di decorrenza con quello del «deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale», con ciò facendo chiaramente intendere che, nel caso di liquidazione giudiziale pronunciata pur in presenza di una domanda di ammissione a concordato preventivo o di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti, dovrà farsi riferimen-

12. Sul principio di vicinanza della prova, tra le altre, Cass., 4 maggio 2012, n. 6799, in *Giustizia civile*, mass., 2012, 5, 565; Cass., 11 maggio 2009, n. 10744, in *Guida al diritto*, 2009, 31, 74.

13. In particolare, Cass., 27 dicembre 2013, n. 28667, in *Guida al diritto*, 2014, 12, 71, secondo la quale, ai fini dell'individuazione della nozione di «ricavi lordi», deve farsi riferimento ai nn. 1) e 5) della lett. a dell'art. 2425 cc, mentre non rientrano le voci dal n. 2) al n. 4), e in particolare le variazioni delle rimanenze, le quali rappresentano costi sospesi, in conformità al principio di competenza economica di cui all'art. 2423-bis cc, per essere rinviati ai successivi esercizi in cui si conseguiranno i relativi ricavi.

14. N. Nisio, *I presupposti del fallimento*, in P. Cendon (a cura di), *Trattario di diritto civile*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 2016, p. 189.

15. Situazione già presente nell'attuale sistema, ma che è stata affermata soltanto dalla giurisprudenza: cfr. Cass., sez. unite, 15 maggio 2015, n. 9935, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, 1, II, p. 21, con nota di A.F. Di Girolamo, *Le sezioni unite e il principio di prevalenza del concordato preventivo rispetto al fallimento*.

to, comunque, al deposito della prima domanda del procedimento unitario, nel quale sono confluite le domande successive (di apertura della liquidazione giudiziale, o di ammissione a una procedura recuperatoria).

Per quel che riguarda la legittimazione a richiedere l'apertura della procedura liquidatoria, l'art. 37, comma 2, CCII conferma quella del debitore, di uno o più creditori o del pubblico ministero, ma prevede altresì la legittimazione «*degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa*».

Trattasi di legittimazione autonoma, che tali organi di controllo (interni ed esterni) esercitano in proprio, e non in rappresentanza del debitore, e che si giustifica con l'ampliamento dei poteri di controllo di questi organi, in funzione dell'adozione degli adeguati assetti organizzativi e della tempestiva emersione della crisi (art. 14 CCII).

Risulta, inoltre, ampliato (o, forse, meglio delimitato rispetto alla disciplina attuale) il potere di iniziativa del pubblico ministero, il quale, da un lato, potrà presentare la richiesta di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ogni qualvolta abbia notizia (in qualunque forma) dell'esistenza di uno stato di insolvenza; dall'altro lato, potrà assumere tale iniziativa dopo aver ricevuto notizie sull'esistenza di uno stato di insolvenza dall'autorità giudiziaria, che sarà tenuta a farne segnalazione una volta che lo abbia rilevato in un qualunque procedimento (art. 38, comma 2, CCII)¹⁶.

Lo svolgimento del procedimento, con riferimento alla richiesta di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, ricalca sostanzialmente quello delineato attualmente dall'art. 15 l.fall.

Viene infatti previsto un termine di convocazione non inferiore a 15 giorni rispetto alla data di notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza, al fine di garantire un adeguato diritto di difesa, e salva la possibilità di abbreviazione dei termini nei casi di urgenza. Inoltre, è stata prevista la possibilità di delega, da parte del tribunale, al giudice relatore, ai fini dell'audizione delle parti e dell'ammissione e dell'espletamento dei mezzi istruttori (art. 41, comma 6, CCII).

Una novità rilevante, rispetto alla disciplina attuale, riguarda l'intervento di terzi nel corso del procedimento, che sarà sempre possibile – purché, ovviamente, si tratti di terzi legittimati alla presentazione della domanda di apertura della procedura – «*sino a che la causa non venga rimessa al collegio per la decisione*», e quindi, in pratica, sino a quando il giudice delegato o il tribunale non si riservino per la decisione (art. 41, comma 5, CCII).

Altra rilevante novità – che peraltro recepisce la prassi già in vigore presso numerosi uffici giudiziari – riguarda l'obbligo, per la cancelleria, a seguito della procedura della domanda di apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, di acquisire mediante collegamento telematico diretto alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Inps e del registro delle imprese, i dati e i documenti relativi al debitore, come individuati dall'art. 367 CCII¹⁷.

Scompare, invece, rispetto all'attuale art. 15 l.fall., il potere per le parti di nominare propri consulenti tecnici, ma tale mancata previsione non pare poter fondare un divieto assoluto in ordine a tale nomina¹⁸.

L'art. 43 CCII disciplina poi, finalmente, la fattispecie della rinuncia alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale (quella che, in gergo forense, viene chiamata “desistenza”). Si prevede, in questi casi, che il procedimento si estingua, con la possibilità altresì di condanna alle spese della parte che ha dato causa al giudizio¹⁹.

La rinuncia alla domanda fa salva, in ogni caso, la legittimazione del pubblico ministero, al quale deve inoltre essere comunicato il decreto di estinzione, affinché l'organo requirente possa valutare di presentare una sua autonoma istanza di apertura della procedura.

L'apertura della procedura è disposta con sentenza, con la quale – come avviene nel sistema attuale – il tribunale nomina il giudice delegato e il curatore, con la possibilità, inoltre, di nominare anche «*uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore*» (art. 49, comma 3, lett. b, CCII).

Una rilevante novità riguarda la previsione dell'autorizzazione al curatore – disposta con la sentenza di apertura della procedura, con le modalità di cui agli artt. 155-*quater*, 155-*quinquies* e 155-*sexies*

16. Appare evidente la differenza rispetto all'attuale art. 7, comma 1, n. 2), l.fall., che limita la segnalazione alla rilevazione effettuata nel solo processo civile e ne ipotizza l'iniziativa in termini di semplice facoltà. Sul punto, vds. S. Sanzo, *Le procedure di allerta ed il procedimento unitario di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in S. Sanzo e D. Burroni (a cura di), *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 75.

17. Trattasi, in particolare, delle dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti, dell'elenco degli atti sottoposti a imposta di registro e dei debiti fiscali, dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, delle informazioni relative ai debiti contributivi.

18. S. Sanzo, *Le procedure di allerta*, op. cit., p. 80.

19. Viene recepita, anche in questo caso, una prassi ampiamente in uso da parte dei tribunali fallimentari.

disp. att. cpc –, ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari, nonché alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro, e ad estrarre copia degli stessi, con possibilità di acquisizione dell'elenco dei clienti e dei fornitori di cui all'art. 21 dl 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, e della documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari.

Si tratta di poteri già oggi in parte esercitati ed esercitabili dal curatore, ma che sono stati meglio definiti, e probabilmente consentiranno una maggiore efficienza dell'azione dell'ufficio.

La sentenza di apertura della procedura deve essere iscritta nel registro delle imprese, con la precisazione che gli effetti nei confronti del fallito si producono dalla data di pubblicazione in cancelleria, mentre nei confronti dei terzi si producono dalla data di iscrizione nel suddetto registro.

Anche nel nuovo sistema rimane fermo il principio per cui non si fa luogo alla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati sia complessivamente inferiore a euro 30 mila (art. 49, comma 5, CCII).

4. Gli organi della procedura

La nuova disciplina conferma, quali organi della procedura, il tribunale concorsuale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori.

Al tribunale sono attribuiti compiti generali di supervisione e controllo: esso, infatti, oltre alla nomina, alla revoca e alla sostituzione degli altri organi, ha poteri di audizione in ogni tempo del curatore, del comitato dei creditori e del debitore, e decide i reclami avverso i provvedimenti del giudice delegato.

I poteri del giudice delegato nell'ambito della liquidazione giudiziale sono elencati nell'art. 123 CCII, che ricalca a grandi linee i contenuti dell'art. 25 l.fall.

Il giudice delegato, quindi, esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, laddove le funzioni direttive e di gestione sono riservate al curatore, sotto il controllo del comitato dei creditori.

In particolare, il giudice delegato: a) riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio; b) emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, a esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione; c)

convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura; d) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse della procedura; e) provvede sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; f) autorizza il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto, quando è utile per il miglior soddisfacimento dei creditori, g) nomina gli arbitri, su proposta del curatore; h) procede all'accertamento dei crediti e dei diritti vantati da terzi sui beni compresi nella procedura; i) quando ne ravvisa l'opportunità, dispone che il curatore presenti relazioni ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 130, prescrivendone le modalità.

Rispetto al dettato dell'art. 25 l.fall., l'art. 123 CCII contiene alcune novità sotto i seguenti profili: 1) è stato eliminato il termine di 15 giorni entro cui il giudice delegato doveva provvedere sui reclami contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori; 2) si precisa che l'autorizzazione alle azioni debba essere data previa valutazione, non soltanto della fondatezza in astratto dell'azione medesima, ma altresì in considerazione dell'effettivo beneficio che l'azione produca per i creditori; 3) viene "normato" il principio, già applicato nella prassi, per cui il giudice delegato può richiedere al curatore di presentare relazioni ulteriori rispetto alle relazioni e rapporti riepilogativi semestrali previsti nell'attuale art. 130 CCII.

Proprio questi ultimi costituiscono uno dei mezzi principali a disposizione del giudice delegato per esercitare le proprie funzioni di vigilanza e controllo²⁰.

Il curatore è l'organo cui compete l'amministrazione del patrimonio da liquidare. Egli deve compiere tutte le operazioni della procedura, sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite (art. 128 CCII).

Rispetto a quanto previsto dall'art. 33 l.fall., con riguardo agli obblighi informativi in capo al curatore, l'art. 130 CCII ha ridotto da sessanta a trenta giorni il termine (decorrente dalla dichiarazione di apertura della procedura) entro il quale lo stesso curatore deve presentare al giudice delegato una relazione contenente l'informazione circa gli accertamenti compiuti e quanto è stato accertato sulle cause dell'insolvenza, nonché sull'eventuale responsabilità del debitore, degli amministratori o degli organi di controllo.

20. Sul punto, C. Ravina, *Gli organi della procedura nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista*, 15 febbraio 2019, <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/gli-organi-della-procedura-nel-codice-della-crisi-e-dell-insolvenza>.

Sono stati, inoltre, introdotti nuovi obblighi informativi in capo al curatore: in particolare, è stata prevista una segnalazione al pubblico ministero laddove il debitore non depositi copia dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie (art. 130, comma 2, CCII) ed è stato altresì previsto che, entro sessanta giorni dal decreto di esecutività dello stato passivo, presenti al giudice delegato una relazione particolareggiata in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale, oltre che, in caso di società, sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, del soci e – eventuale – di estranei alla società (art. 130, commi 4 e 5, CCII)²¹.

Il curatore, inoltre, ha la facoltà di accedere alle banche dati delle pubbliche amministrazioni e, in mancanza di collaborazione del debitore, deve reperire la documentazione idonea a ricostruire la situazione economica e finanziaria dell'imprenditore acquisendo, con l'autorizzazione del giudice, tutti i dati, le informazioni e la documentazione indicati nell'art. 130, comma 2, CCII.

Il primo rapporto riepilogativo deve essere presentato dal curatore entro 4 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo; i successivi, ogni sei mesi. Copia del rapporto e dei documenti allegati è trasmessa al comitato dei creditori. Nel termine di quindici giorni, il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Nei successivi quindici giorni, copia del rapporto, assieme alle eventuali osservazioni, omesse le parti segretate, è trasmessa per mezzo della posta elettronica certificata al debitore, ai creditori e ai titolari di diritti sui beni.

La diligenza richiesta al curatore è quella propria «*richiesta dalla natura dell'incarico*» (art. 136, comma 1, CCII), e quindi una diligenza professionale qualificata, secondo i noti parametri di cui all'art. 1176, comma 2, cc.

Il curatore deve tenere un registro informatico consultabile telematicamente, oltre che dal giudice delegato, da ciascuno dei componenti del comitato dei creditori, nel quale deve annotare giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione. Mensilmente, il curatore firma digitalmente il registro e vi appone la marca temporale, in conformità alle regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione

e la validazione dei documenti informatici (art. 136, comma 1, CCII).

Nell'ottica della velocizzazione delle procedure, il curatore procede alle operazioni di liquidazione contemporaneamente alle operazioni di accertamento del passivo, e quindi non successivamente ad esse.

Nel caso di sostituzione del curatore, l'azione di responsabilità contro il curatore revocato o sostituito è proposta dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato. Il curatore che cessa dal suo ufficio, anche durante la liquidazione giudiziale, nonché al termine dei giudizi e delle altre operazioni di cui all'art. 233, comma 2, CCII (cioè giudizi conclusi e operazioni svolte successivamente alla chiusura della procedura), deve rendere il conto della gestione, comunicandolo anche al curatore eventualmente nominato in sua vece, il quale può presentare osservazioni e contestazioni.

Con riguardo al compenso del curatore (art. 137 CCII), le principali novità rispetto alla normativa vigente (art. 39 l.fall.) riguardano: 1) la previsione di un'integrazione del compenso per l'attività svolta fino al termine dei giudizi e delle altre operazioni di chiusura della procedura; 2) i criteri di ripartizione del compenso tra il curatore e gli esperti nominati ai sensi dell'art. 49, comma 3, lett. b, CCII (esperti nominati dal tribunale con la sentenza di apertura della procedura per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore).

Infine, per quel che riguarda il comitato dei creditori, rispetto all'attuale disciplina non vengono introdotte rilevanti novità in tema di composizione, attribuzioni e funzionamento. È stata, tuttavia, prevista una disciplina autonoma per i reclami avverso le autorizzazioni e i dinieghi del comitato (che in precedenza era unificata alla disciplina del reclamo avverso gli atti del curatore), con attribuzione di una chiara legittimazione al curatore, al debitore e ad ogni altro interessato (art. 141 CCII).

5. Gli effetti dell'apertura della procedura

La disciplina degli effetti dell'apertura della procedura non contiene rilevanti innovazioni rispetto alla disciplina degli effetti del fallimento.

Con riguardo agli effetti nei confronti del debitore, l'art. 142 CCII riproduce l'attuale art. 42 l.fall., e prevede quello che viene definito comunemente lo "spossessamento" del debitore, cioè la perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi

21. Nel caso in cui la società in liquidazione giudiziale appartenga a un gruppo, il curatore deve altresì riferire sulla natura dei rapporti con le altre società o enti, e allegare le informazioni raccolte sulle rispettive contabilità.

beni, che passano al curatore ai fini della successiva liquidazione.

Anche con riferimento ai rapporti processuali, agli atti compiuti dal debitore dopo l'apertura della procedura, ai beni non compresi nella liquidazione, agli alimenti e alla corrispondenza del debitore, la nuova disciplina conferma sostanzialmente quella attuale.

Meritano, comunque, di essere segnalate due innovazioni. In primo luogo, con riferimento ai rapporti processuali, l'art. 143, comma 3, CCII conferma che l'apertura della liquidazione giudiziale determina l'interruzione del processo, ma specifica opportunamente che «*il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice*», così eliminando alcune incertezze sulla individuazione del *dies a quo* per la riassunzione, che erano state prospettate in giurisprudenza²².

Con riferimento, invece, ai beni non compresi nella liquidazione giudiziale, l'art. 146 CCII prevede che i limiti di cui al comma 1, lett. *b*, e cioè le quote degli assegni alimentari, degli stipendi e delle pensioni che non vengono ricomprese nella liquidazione, poiché riferiti a quanto occorre per il mantenimento del debitore e della sua famiglia, vengono determinati dal giudice delegato «*sentiti il curatore ed il comitato dei creditori*», con ciò, sostanzialmente, recependo una prassi già in voga presso gli uffici fallimentari.

Anche nella disciplina degli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per i creditori non si registrano significative innovazioni rispetto alla precedente disciplina.

Numerose disposizioni, infatti, si limitano a recepire soltanto le variazioni terminologiche conseguenti all'abolizione del termine «fallimento».

E' il caso degli artt. 150, 151, 158, 159, 160, 161 e 163 CCII, che, rispetto ai precedenti artt. 51, 52, 59, 60, 61, 62 e 63 l.fall., prevedono le più neutre definizioni di «liquidazione giudiziale» e «debitore» in luogo di «fallimento» e di «fallito».

Anche con riferimento agli effetti per i creditori, tuttavia, non mancano alcune novità.

In particolare, l'art. 154 CCII, riguardante i crediti pecuniari, benché riproduca in gran parte l'art. 55 l.fall., conferma che la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, ma chiarisce che tale sospensione opera, ai fini del concorso, non solo fino alla chiusura della procedura, ma anche, in alternativa, fino all'archiviazione disposta ai sensi dell'art. 234, comma 7, CCII, e cioè fino all'archiviazione con-

seguito alla definizione dei giudizi pendenti anche dopo la chiusura della procedura, a meno che, comunque, i crediti non siano garantiti da pegno o privilegio, e salvo quanto è disposto dall'art. 153, comma 3, CCII.

In secondo luogo, con riferimento alla compensazione, l'art. 155, comma 2, CCII dispone che la compensazione non abbia luogo «*se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore*». Pertanto, a differenza della disposizione dell'art. 56 l.fall., al fine di poter essere opposto in compensazione si prescinde dalla circostanza che il credito sia o meno scaduto prima dell'apertura della procedura.

Per quel che riguarda gli effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori, la nuova disciplina ricalca, sostanzialmente, quella di cui agli attuali artt. 64 ss. l.fall., con la specificazione, tuttavia, che il termine a ritroso per l'individuazione del periodo sospetto deve essere calcolato a partire dalla data in cui è stata depositata «*la domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale*».

Si tratta di una significativa novità, in linea con quanto previsto dall'art. 7, comma 4, lett. *b* della legge delega, conseguenza dell'introduzione del procedimento unitario per la regolazione della crisi, nel quale – come si è visto – confluiscono sia le domande di apertura della procedura di liquidazione giudiziale che quelle di ammissione al concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con lo scopo, altresì, di evitare che tra il momento del deposito della domanda di liquidazione giudiziale e quello di apertura della stessa si verifichi un danno ai creditori dato dall'irrevocabilità degli atti più risalenti.

La suddetta modifica riguarda sia gli atti a titolo gratuito (art. 163 CCII) sia i pagamenti di crediti scaduti e non postergati (art. 164 CCII), sia gli atti a titolo oneroso (art. 166 CCII).

Nessuna modifica, invece, si registra con riferimento all'azione revocatoria ordinaria (art. 165 CCII), coerentemente col fatto che, in questi casi, il termine decorre dal compimento dell'atto.

Parimenti, sono rimaste immutate le discipline relative ai patrimoni destinati a uno specifico affare (art. 167 CCII) e ai pagamenti di cambiali scadute (art. 168 CCII).

Infine, per quel che riguarda gli effetti sui rapporti pendenti, anche in tal caso la nuova disciplina appare, in larga parte, sovrapponibile a quella contenuta nella legge fallimentare.

22. Cfr., da ultimo, Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, in *Diritto e giustizia*, 31 gennaio 2019; Cass., 30 novembre 2018, n. 31010, in *Giustizia civile*, mass., 2019; Cass., 27 giugno 2018, n. 16887, in *Guida al diritto*, 2019, 1, 76.

Non mancano, tuttavia, significative novità.

Innanzitutto, infatti, viene previsto, come principio generale, quello secondo cui, nel caso di prosecuzione del contratto, «sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura» (art. 172, comma 3, CCII). In tal modo, vengono limitate il più possibile le ipotesi di prededucazione, e vengono quindi superate alcune incertezze che si ponevano, nella pratica, nel caso di rapporti a esecuzione continuata o periodica.

Con riferimento, poi, al contratto preliminare, la nuova disciplina contiene una più precisa regolamentazione dei rapporti tra trascrizione del contratto, trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica e potestà del curatore di scioglimento dal contratto.

In particolare, viene confermata la possibilità, per il curatore, di sciogliersi dal contratto preliminare in seguito, anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della procedura domanda di esecuzione in forma specifica, ma viene altresì chiarito che «lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta» (art. 173, comma 1, CCII).

Come evidenziato nella relazione illustrativa, la disposizione interviene a portare chiarezza su una questione largamente dibattuta in giurisprudenza, anche successivamente alla pronuncia della Corte di cassazione, sez. unite, 16 settembre 2015, n. 18131²³, atteso che «la soluzione adottata coniuga il rispetto dei principi in materia di trascrizione delle domande giudiziali e del relativo effetto prenotativo, con la salvaguardia delle ragioni della massa, nel caso in cui la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare non sia accolta».

Così delineata la regola generale, anche la riforma ha ribadito alcune cautele volte a salvaguardare gli interessi delle parti *in bonis*. Infatti, allorché il contratto preliminare di compravendita immobiliare – trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cc – sia oggetto di scioglimento, il promissario acquirente potrà far valere il proprio credito al passivo, con il privilegio di cui all'art. 2775-bis cc gravante sull'immobile oggetto del contratto, a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale poiché, nei termini previsti, non si è verificato uno degli eventi contemplati dall'art. 2645-bis cc.

A tutela di preminenti interessi connessi al soddisfacimento di bisogni abitativi o all'esercizio di attività produttive, è stata confermata l'eccezione, introdotta con il d. lgs 12 settembre 2007, n. 169, prevedendo che non possa essere sciolto il contratto preliminare di compravendita regolarmente trascritto avente ad oggetto immobili a uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, nonché un immobile destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa del promissario acquirente, purché gli effetti della trascrizione non siano cessati prima dell'apertura della procedura per omesso verificarsi nei termini previsti di uno degli eventi di cui all'art. 2645-bis cc (art. 173, comma 3, CCII). In questi casi, dunque, il contratto prosegue e il curatore è obbligato a darvi esecuzione, con la precisazione che, al fine di non gravare la massa di oneri ulteriori, il bene è trasferito nello stato in cui si trova.

Diversamente da quanto previsto dalla legge fallimentare, il codice della crisi e dell'insolvenza ha previsto una condizione ulteriore affinché lo scioglimento non si produca: è infatti necessario che il promissario acquirente chieda l'esecuzione del preliminare con le forme e nei termini previsti per l'accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresa nella procedura. Inoltre, in attuazione della delega (art. 7, comma 2, lett. d, l. n. 155/2017), con l'intento di tutelare l'interesse del promissario acquirente ad acquistare un bene libero da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, è stato chiarito che il giudice delegato, una volta che abbia venduto l'immobile e ne abbia interamente riscosso il prezzo, ordini con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestro conservativi e di ogni altro vincolo²⁴.

Tuttavia, per evitare che la posizione del promissario acquirente e l'interesse dei creditori siano penalizzati da un simile meccanismo, nonché per scongiurare il rischio che questi ultimi possano perdere le garanzie del credito senza ottenere l'adempimento, è stabilito che gli acconti che il promissario acquirente dimostri di avere versato anteriormente all'apertura della liquidazione giudiziale siano opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo, così da assicurare ai creditori l'acquisizione alla massa almeno di una parte residua del prezzo corrisposto (art. 173, comma 4, CCII).

23. In *Giurisprudenza commerciale*, 2016, 4, II, p. 743, con note di L. Cattani, *Trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e successivo fallimento del promittente venditore: le Sezioni unite "aggiustano il tiro"*, e di L. Russo, *Gli effetti della trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare in relazione all'art. 72 l. fall.*

24. Vds., sul punto, G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 137, il quale evidenzia che tale innovazione è anche funzionale a ridurre le oscillazioni giurisprudenziali in ordine alla natura coattiva o meno della vendita effettuata dal curatore in adempimento del preliminare.

Una rilevante novità nella disciplina degli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale sui rapporti pendenti riguarda i «contratti di carattere personale», e cioè i contratti in cui «*la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso*» (art. 175, comma 2, CCII)²⁵.

Tali contratti, di norma, si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell'altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi (art. 175, comma 1, CCII).

Innovativa è anche la disciplina dei contratti a esecuzione continuata o periodica. L'art. 179 CCII, infatti, introducendo un nuovo comma rispetto all'art. 74 l.fall., esclude la prededuzione per il prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati prima dell'apertura della procedura, prevedendo in tali ipotesi soltanto la possibilità dell'ammissione al passivo, e quindi superando ogni incertezza circa la natura concorsuale o prededucibile di tali crediti.

Una importante novità deve essere registrata anche in materia di contratto di affitto d'azienda. Infatti, nella disciplina di cui all'art. 79 l.fall., si prevede, di norma, la continuazione del contratto, ma con la facoltà per entrambe le parti di recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo.

Il codice della crisi, invece, all'art. 184, differenzia l'ipotesi in cui sia sottoposto a liquidazione giudiziale il concedente, da quella dell'apertura della procedura nei confronti dell'affittuario. Nel primo caso, il curatore potrà recedere dal contratto entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, il quale, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Nell'ipotesi di fallimento dell'affittuario, è prevista la possibilità per il curatore di recedere dal contratto previa autorizzazione del comitato dei creditori, corrispondendo – anche in tal caso – un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato.

Per entrambe le ipotesi, è chiarito che l'indennizzo debba essere trattato come credito concorsuale e non, quindi, come credito prededucibile, e per il suo soddisfacimento deve essere avanzata apposita domanda di ammissione al passivo.

Infine, con riferimento al rapporto di lavoro, la nuova disciplina concorsuale contiene, finalmente,

una specifica disciplina degli effetti dell'apertura della procedura sui contratti di lavoro subordinato in essere, prevedendosi, in linea generale, che «l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro»: 1) «non costituisce motivo di licenziamento»; 2) «[i] rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, oppure vi receda» (art. 189, comma 1, CCII).

In questo modo, la nuova disciplina recepisce, da un lato, un principio risalente nel nostro diritto del lavoro, e cioè che il fallimento non costituisce giusta causa di risoluzione del rapporto (art. 2119, comma 2, cc); dall'altro, i principi giurisprudenziali che storicamente si erano affermati in tema di effetti del fallimento sui rapporti di lavoro in essere al momento della dichiarazione di apertura della procedura²⁶. A ciò si aggiungono ulteriori meccanismi di semplificazione e flessibilità delle regole generali di recesso analoghi a quelli stabiliti per le procedure di licenziamento collettivo, dal momento che la dismissione del personale rappresenta una conseguenza pressoché scontata della disgregazione dell'azienda.

Gli effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro sono disciplinati tramite un espresso rinvio alla disciplina lavoristica (art. 191 CCII), in attuazione del principio enunciato dalla legge delega, che impone di «armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento (...) nella Direttiva 2011/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2011, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea».

6. Accertamento del passivo

La liquidazione giudiziale, essendo diretta a regolare le pretese creditorie nel concorso, presuppone, ovviamente, che tali pretese vengano verificate e accertate. I creditori, quindi, per potere essere qualificati tali, devono far valere le loro pretese all'interno della procedura, e questo avviene, per l'appunto, mediante il particolare sub-procedimento di verifica dello stato passivo.

In tale prospettiva, la funzione dell'accertamento del passivo sviluppa la sua peculiarità proprio nel

25. Si tratta, in sostanza, dei contratti caratterizzati dal cd. *intuitus personae*.

26. Cass., 11 gennaio 2018, n. 522, in *Diritto e giustizia*, 15 gennaio 2018; Cass., 14 maggio 2012, n. 7473, in *Giustizia civile*, mass., 2012, 6, 607; Corte appello Milano, 28 luglio 2007, in *Fallimento*, 2007, 12, 1485.

contesto della liquidazione giudiziale che, come il fallimento, resta un processo di esecuzione generale o universale sul patrimonio del debitore, nell'ambito del quale l'organo giurisdizionale deve accertare le pretese dei creditori che chiedono di partecipare alla distribuzione di ciò che è stato ricavato dalla liquidazione.

L'accertamento del passivo, nella nuova procedura di liquidazione giudiziale, prevede una disciplina sostanzialmente sovrapponibile a quella attuale.

Non mancano, tuttavia, anche in questo caso, alcune novità di rilievo.

In primo luogo, l'art. 201, comma 1, CCII stabilisce che la procedura di accertamento del passivo venga estesa anche alle «domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecata a garanzia di debiti altrui», e quindi a quei creditori che non sono tali nei confronti del debitore, ma in favore dei quali lo stesso debitore si è posto come terzo datore di ipoteca. In tal modo, vengono superate le incertezze interpretative che, da tempo, si sono manifestate sull'argomento²⁷.

A fronte di tale modifica, è stato altresì previsto che il ricorso debba contenere, oltre alle medesime indicazioni di cui alla disciplina previgente, la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione, ovvero – e qui si rinviene la novità – «l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto se il debitore nei cui confronti è aperta la liquidazione è terzo datore di ipoteca».

Una ulteriore novità della disciplina della verifica dello stato passivo è, poi, rappresentata dalla previsione (art. 201, comma 10, CCII) dell'assoggettamento alla sospensione feriale dei termini del procedimento di verifica, in tal modo ancora superandosi le incertezze interpretative in materia.

Infine, per quanto riguarda le domande tardive, l'art. 208 CCII ha previsto la riduzione da dodici mesi

a sei mesi dal decreto di esecutività dello stato passivo per la presentazione di tali domande; inoltre, con riferimento alle domande cd. «supertardive», è stata prevista la possibilità di una declaratoria di inammissibilità con decreto del giudice delegato, «quando la domanda risulta manifestamente inammissibile perché l'istante non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi per dimostrarne la non imputabilità» (art. 208, comma 3, CCII)²⁸.

7. Il programma di liquidazione e il riparto

Al fine di non disperdere il patrimonio aziendale e di evitare la disgregazione di imprese ancora potenzialmente produttive, l'art. 211 CCII dispone che, a determinate condizioni, l'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa, quando «dall'interruzione può derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori» (comma 2).

La possibilità di continuare a gestire l'impresa nel corso della procedura, dunque, si giustifica da un lato con la necessità di assicurare, in tal modo, una più conveniente allocazione sul mercato dei complessi aziendali e, comunque, migliori condizioni di realizzo, e, dall'altro, tenendo conto anche di interessi concorrenti, altrettanto meritevoli di tutela (si pensi, ad esempio, alla necessità di prevenire un danno ambientale derivante dall'improvvisa cessazione dell'attività, o un pregiudizio alla tutela dell'avviamento). In sostanza, quindi, il tribunale deve procedere a una valutazione comparativa tra gli interessi in gioco, e dunque tra il possibile «grave danno» derivante dall'interruzione, e il «pregiudizio» che la continuazione potrebbe arrecare ai creditori, tenendo conto anche della possibile insorgenza di crediti prededucibili²⁹.

27. Cfr., da ultimo, Cass., 10 luglio 2018, n. 18082, in *Giustizia civile*, mass. 2018, secondo la quale «i titolari di diritti reali di garanzia (nella specie, pegno di polizze) costituiti dal terzo non debitore, successivamente fallito, per le obbligazioni assunte tra altri soggetti, non possono avvalersi del procedimento di verifica di cui all'art. 52 legge fall., atteso che questa disposizione non sottopone a concorso la posizione soggettiva del beneficiario della garanzia, il quale non è creditore diretto del fallito e perché, ove se ne volesse estendere l'ambito di applicazione fino a comprendere anche l'accertamento del diritto verso il fallito, quale terzo datore della garanzia, si verrebbe ad introdurre un anomalo contraddittorio con una ulteriore parte, ossia quella corrispondente al debitore garantito proprio dalla garanzia data dal fallito». In senso contrario, invece, Cass., 30 gennaio 2019, n. 2657, in *Giustizia civile*, mass., 2019, a mente della quale «i titolari di diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito, dopo la riforma introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 devono avvalersi, ai sensi del novellato art. 52, comma 2, l.fall., del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al capo V della l.fall., prescrivendo oggi il nuovo art. 92 l.fall. che l'avviso circa la facoltà di partecipare al concorso sia comunicato non soltanto ai creditori, ma anche «ai titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del fallito».

28. Il decreto di inammissibilità del giudice delegato è comunque reclamabile ai sensi dell'art. 124 CCII.

29. G. Fauceglia, *Il nuovo diritto*, op. cit., p. 165.

L'esercizio provvisorio può essere disposto dal tribunale già con la sentenza che dichiara aperta la procedura di liquidazione giudiziale, ovvero successivamente dal giudice delegato, su proposta del curatore, previo parere favorevole del comitato dei creditori (art. 211, comma 3, CCII). In questa seconda ipotesi, tuttavia, scompaiono le condizioni previste per l'esercizio provvisorio disposto già con la sentenza di apertura della procedura, e cioè il «grave danno» derivante dall'interruzione, e l'assenza di «pregiudizio» per i creditori. Pertanto, in questa fase, il giudice delegato deve operare una scelta prettamente aziendalistica, essendo nelle sue scelte condizionato esclusivamente dall'obiettivo di realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori. Nella stessa direzione si colloca la previsione secondo la quale anche il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento, laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto assunto in camera di consiglio, sentiti il curatore e il comitato dei creditori (art. 211, comma 7, CCII).

Un'alternativa all'esercizio provvisorio, sempre al fine di conservare i valori aziendali, è data dall'affitto di azienda, che può essere autorizzato dal giudice delegato anche prima della presentazione del programma di liquidazione, su proposta del curatore, previo parere favorevole del comitato dei creditori (art. 212 CCII).

La nuova disciplina conferma la necessità di programmazione, da parte del curatore, delle attività di liquidazione, prevedendosi che, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e, in ogni caso, entro centottanta giorni dalla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, il curatore debba predisporre il programma di liquidazione, da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori (art. 213, comma 1, CCII).

A differenza dell'attuale art. 104-ter l.fall., l'art. 213 CCII non specifica il contenuto del programma di liquidazione, limitandosi a precisare che «*il programma è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti, con indicazione dei costi e dei presumibili tempi di realizzo. Nel programma sono, inoltre, indicati le azioni giudiziali di qualunque natura e il subentro nelle liti pendenti, con i costi per il primo grado di giudizio. Sono, altresì, indicati gli esiti delle liquidazioni già compiute*» (comma 3).

Per ragioni di speditezza della procedura, è stato inoltre stabilito che nel programma deve essere indicato «*il termine entro il quale avrà inizio l'attività di liquidazione dell'attivo ed il termine del suo presumibile completamento*», che non potrà eccedere i cinque anni dal deposito della sentenza, salvi i casi di eccezionale complessità, in cui questo termine può

essere differito a sette anni dal giudice delegato (art. 213, comma 5, CCII).

Sempre nell'ottica di una maggiore celerità, il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, potrà non acquisire o rinunciare alla liquidazione di beni, se l'attività di liquidazione appare manifestamente non conveniente; tale mancanza di convenienza si presume se, dopo sei tentativi di vendita, non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi (art. 213, comma 2, CCII). Per quanto riguarda i singoli atti di liquidazione, questi devono essere autorizzati dal giudice delegato, che ne valuta la conformità al programma approvato (art. 213, comma 7, CCII).

Le modalità di liquidazione sono disciplinate dall'art. 216 CCII, che dispone che, in linea generale, le vendite siano effettuate con procedure competitive e con modalità telematiche – tramite il portale delle vendite pubbliche –, salvo che tali modalità siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori.

Il giudice delegato, oltre a determinare le modalità di liquidazione dei beni, può anche ordinare la liquidazione di beni immobili occupati dal debitore (salvo che non si tratti della sua abitazione) o da terzi in forza di titolo non opponibile al curatore (art. 216, comma 2, CCII).

Le somme ricavate dalla liquidazione sono erogate ai creditori secondo l'ordine di ripartizione stabilito dall'art. 221 CCII, che riproduce l'attuale art. 111 l.fall.

Il procedimento per il riparto è disciplinato dagli artt. 220 ss. CCII, con invio telematico del progetto di ripartizione ai creditori, che hanno quindici giorni di tempo dalla comunicazione per proporre reclamo.

La chiusura della procedura avviene, di regola, al termine del riparto finale.

L'art. 233 CCII disciplina le ipotesi di chiusura, che sono le stesse dell'attuale art. 118 l.fall., tuttavia con la opportuna precisazione che, nei casi di chiusura di procedure relative a società di capitali per mancanza di passivo, o per integrale pagamento dei crediti, la società ritorna *in bonis*, e il curatore provvede a convocare l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione.

Rimane disciplinata ora dall'art. 234 CCII l'ipotesi della chiusura anticipata in pendenza di giudizi in corso.

8. Il concordato preventivo liquidatorio

La nuova disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha conservato l'ammissibilità del concordato preventivo puramente liquidatorio, con il quale il

debitore si propone di soddisfare i creditori, per l'appunto, mediante la sola liquidazione del proprio patrimonio (art. 84 CCII).

Sono state, pertanto, superate quelle tendenze volte a mantenere l'istituto concordatario soltanto in funzione della continuità aziendale, e quindi della prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, purché, tuttavia, il concordato liquidatorio appaia effettivamente conveniente rispetto alla prospettiva della liquidazione giudiziale.

In questo senso, l'art. 84, comma 4, CCII, precisa che «*nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario*».

In sostanza, quindi, il concordato preventivo in tanto è ammissibile, in quanto: 1) vi sia l'apporto di risorse esterne al debitore (ad esempio, beni personali dei soci); 2) tali beni, liquidati unitamente ai beni del debitore, portino alla realizzazione di un ricavato della liquidazione che determini il soddisfacimento dei creditori chirografari superiore di almeno il dieci per cento rispetto al soddisfacimento potenzialmente derivante dalla liquidazione giudiziale.

Secondo il legislatore, dunque, a queste condizioni il concordato – che rappresenta indubbiamente un vantaggio per l'imprenditore, il quale mantiene l'amministrazione dei propri beni ed è esposto a rischi più limitati sotto il profilo penale – diviene conveniente anche per i creditori, i quali otterrebbero altrimenti dal concordato addirittura meno di quanto potrebbero conseguire dalla liquidazione giudiziale³⁰.

La valutazione comparativa tra le procedure, ovviamente, deve essere effettuata tenendo conto delle

azioni recuperatorie esercitabili dal curatore, e delle possibilità di effettivo successivo realizzo.

9. La liquidazione controllata del sovraindebitato

La liquidazione controllata è la procedura liquidatoria destinata ai soggetti sovraindebitati, vale a dire a quei soggetti in stato di crisi o di insolvenza che, per la mancanza della qualità di imprenditori, o per la loro qualità di imprenditori minori (secondo le definizioni di cui all'art. 2 CCII), non sono assoggettati alle procedure "maggiori" del concordato preventivo o della liquidazione giudiziale.

La liquidazione controllata, come la liquidazione giudiziale, determina lo spossessamento dell'intero patrimonio del debitore, che viene amministrato dal liquidatore nominato dal tribunale.

Inoltre, sempre dal momento della sentenza di apertura della procedura, il debitore subisce anche la perdita della legittimazione processuale poiché, in sua sostituzione, subentra il liquidatore in tutti i giudizi in corso di natura patrimoniale. Si determina, inoltre, il blocco di tutte le azioni esecutive e cautelari, e si apre il concorso formale e sostanziale dei creditori (art. 270 CCII).

Rispetto alla procedura liquidatoria prevista dagli artt. 14-ter ss. l. 27 gennaio 2012, n. 3, la liquidazione controllata può essere richiesta, oltre che dal debitore, anche da uno o più creditori e, per le imprese minori, anche dal pubblico ministero. Essa, inoltre, viene aperta automaticamente a seguito della conversione delle altre due procedure (ristrutturazione dei debiti del consumatore e concordato minore) per inadempimento o frode del sovraindebitato.

30. Cfr., sul punto, G.B. Nardecchia, *La riforma della legge fallimentare. Prima lettura del codice della crisi e dell'insolvenza*, Neldiritto, Molfetta, 2019, p. 78.

Rapporti di lavoro e impresa in crisi

di *Adriano Patti*

Finora regolati dal diritto comune o da una normativa specialistica *ad hoc*, i rapporti di lavoro trovano finalmente collocazione organica all'interno della disciplina concorsuale, con forme di tutela dell'occupazione e del reddito. Particolarmente delicata è l'incidenza degli effetti del trasferimento d'azienda, nelle imprese in crisi, sul mantenimento dell'occupazione, strettamente dipendente dalla natura liquidatoria o conservativa della procedura.

1. Lavoro e impresa in crisi: due precarietà a confronto / 2. Armonizzazione delle regole della concorsualità con la tutela dei rapporti di lavoro / 2.1. Le forme di tutela dell'occupazione e del reddito / 3. Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro / 4. Concordato preventivo e rapporti di lavoro / 5. I rapporti di lavoro nella circolazione concorsuale dell'azienda

1. Lavoro e impresa in crisi: due precarietà a confronto

A differenza degli altri rapporti giuridici, che pure costituiscono la trama giuridica della realtà economica dell'impresa, i rapporti di lavoro sono in essa intimamente implicati, alla stregua di una componente intrinseca.

Ciò non soltanto perché il diritto al lavoro è regolato in un unico libro (quinto del codice civile: «Del lavoro»), che lo disciplina tanto nell'impresa, anche societaria (titolo II e titolo V), tanto nella prestazione lavorativa subordinata (titolo IV) o libero-professionale (titolo I e titolo III), sicché la sua tutela riguarda tanto il lavoratore subordinato, o comunque

collaborante, tanto il datore di lavoro; ma anche perché il rapporto di lavoro non è isolabile dal contesto economico e relazionale dell'impresa¹, rilevando anzi sempre più come elemento costitutivo del complesso aziendale piuttosto che come destinatario di forme di tutela². Addirittura, qualora sia espressiva di una specifica organizzazione, la capacità del personale può assumere, in particolare nell'ipotesi di trasferimento del ramo d'azienda, una rilevanza tanto peculiare da configurare il nucleo identificativo "aziendale" (e quindi del *valore* di impresa)³. E ciò sia che si tratti di un gruppo stabilmente coordinato di lavoratori, organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know how* (o, comunque, dall'utilizzo di *copyright*, brevetti,

1. Cgue, 11 marzo 1997, *Suzen*, in *Foro italiano*, 1998, IV, 437: «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica» (punto 21 motivazione).

2. Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, in *Foro italiano*, 2002, I, 2278, part. 2288.

3. Cass., 6 giugno 2007, n. 13270, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, 879; Cass., 6 aprile 2016, n. 6693 e Cass., 23 gennaio 2018, n. 1646, entrambe in *Italgireweb*.

marchi, etc.)⁴; sia che si tratti di settori essenzialmente fondati sulla mano d'opera, potendo un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune corrispondere a un'entità economica, idonea a conservare la sua identità al di là del trasferimento⁵.

È chiaro che il diritto *al lavoro* sia cosa diversa dal diritto al posto di lavoro, che è oggetto di disciplina specifica nel rapporto interno all'impresa (artt. 2118 e 2119 cc; art. 3 l. n. 604/1966 e successive modifiche; art. 18 l. n. 300/1970 e successive modifiche). Certamente, l'art. 4 Cost. non garantisce a ciascun cittadino né il diritto all'occupazione, per l'evidente influenza sull'indirizzo politico dello Stato dell'esistenza di una situazione economica insufficiente a offrire un lavoro a tutti, né il diritto alla conservazione del posto di lavoro, che un tale diritto presupporrebbe⁶.

Su questo piano, quando si configura una situazione di crisi, si pone allora il confronto tra le due diverse, ma complementari *precarietà*: da una parte, quella dell'*impresa*, che da una condizione di crisi ha esigenza di ripristinarne una di efficiente funzionalità in vista di una ricollocazione competitiva sul mercato, attraverso un'opportuna ristrutturazione economica e organizzativa, quasi sempre comportante interventi di riduzione anche del personale in essa occupato; dall'altra, la situazione di precarietà del *lavoratore*, innestata nella prima quale sua componente, ma con la peculiare caratterizzazione – che la emancipa da quella – della titolarità di una posizione giuridica soggettiva meritevole di particolare protezione, non

soltanto di natura economica⁷. Ed essa deriva dalla natura di diritto-dovere propria del lavoro, quale fondamento dello statuto di cittadinanza come tale costituzionalmente tutelato (art. 4 Cost.), con riflesso sulla condizione personale e sociale di ogni prestatore⁸, per la garanzia della possibilità, per sé e la propria famiglia, di un'esistenza libera e dignitosa (art. 36, comma 1, Cost.)⁹.

In questa prefigurata prospettiva, è opportuno il richiamo alla ancora recente conferma, nella giurisprudenza euromunitaria, di come la tutela dell'occupazione e dei diritti dei lavoratori sia ragione imperativa di interesse generale prevalente, nel bilanciamento dei diritti derivanti dalle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, in quanto rientrante tra gli obiettivi di politica sociale pure perseguiti dall'Unione europea, per la sua finalità non soltanto economica ma anche sociale¹⁰.

2. Armonizzazione delle regole della concorsualità con la tutela dei rapporti di lavoro

Per i rapporti di lavoro, la novità più importante della regolamentazione organica del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) è averne finalmente previsto la disciplina all'interno dell'ambito concorsuale. Prima dell'odierno intervento di riforma,

4. Cass., 7 marzo 2013, n. 5678; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24972, entrambe in *Italggiureweb*.

5. Cass., 19 maggio 2017, n. 12720, in *Italggiureweb*: con specifico riferimento a ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, con riassunzione anche di una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore ai medesimi compiti.

6. Corte cost., 23 maggio 1965, n. 45, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 655, secondo cui dall'art. 4, comma 1, Cost. si ricava che il diritto al lavoro, dall'articolo stesso riconosciuto a ogni cittadino, per quanto non implichi un immediato diritto al conseguimento di una occupazione né, per coloro che già siano occupati, un diritto alla conservazione del posto, va considerato come un diritto fondamentale di libertà cui fa necessariamente riscontro, da parte dello Stato, l'obbligo di indirizzare l'attività dei pubblici poteri alla creazione di condizioni che consentano il lavoro a tutti i cittadini, onde l'esigenza che il legislatore, per ciò che a lui compete, circondi di garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti.

7. L. Gallino, *Il lavoro non è una merce*, Laterza, Bari, 2007, pp. 76 ss.: per una documentata riflessione sulla connotazione di precarietà non soltanto della natura del singolo contratto di lavoro atipico (nell'ormai imperante *flessibilizzazione* dell'occupazione e, con essa, della prestazione lavorativa), ma della condizione sociale e umana del lavoratore.

8. A. Albanese, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in questa Rivista trimestrale, n. 3/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/3/il-modello-sociale-costituzionale-e-la-sua-attuazione-in-tempo-di-crisi_258.php, sul criterio di sopportabilità (capability) aziendale in relazione ai diritti "comprimibili" e sul limite di comprimibilità dei diritti sociali, come finanziariamente condizionati.

9. A. Proto Pisani, *Note sulla tutela del lavoro e della persona nella Costituzione*, in *Foro italiano*, 2018, V, 157, di breve ma intensa sottolineatura della progressiva erosione, dagli anni novanta, delle prerogative del lavoro in vista della valorizzazione della persona e dello sviluppo della sua personalità.

10. Cgue, 16 dicembre 2016, C-201/15, *Iraklis*, in www.curia.europa.eu, secondo cui: «la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale riconosciute dalla Corte di Giustizia» e che «ciò è altrettanto vero per quanto riguarda la promozione del lavoro e delle assunzioni che, mirando segnatamente a ridurre la disoccupazione, costituisce un obiettivo legittimo di politica sociale» (nn. da 73 a 77). Per una problematica lettura e stimolante riflessione su di essa: L. Ratti, *Tutela del lavoro e libertà d'impresa alla prova del diritto europeo*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, pp. 433 ss, 2017.

essi trovavano la regola di relazione con le procedure concorsuali al di fuori della normativa fallimentare (essenzialmente, nell'art. 2119 cc): in questa essendo i contratti o i rapporti di lavoro subordinato (art. 50, comma 4, lett. a, d.lgs n. 270/1999; art. 169-bis, comma 4, l.fall.) menzionati soltanto *ad excludenda*, ossia per esplicitare l'inapplicabilità a essi delle disposizioni in materia di contratti pendenti, tanto nell'amministrazione straordinaria, quanto nel concordato preventivo.

Nella nuova prospettiva della riforma, il rapporto di lavoro trova invece un adeguato spazio, in attuazione dei criteri direttivi della legge delega n. 155/2017, contenuti: nei principi generali, di armonizzazione «[del]le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea e nelle Direttive 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza dei lavoratori), nonché nella Direttiva 2001/23/CE del Consiglio europeo (mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti), come interpretata dalla Corte di Giustizia» (art. 2, comma 1, lett. p); nella procedura di liquidazione giudiziale, di coordinamento «[de]gli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato con la vigente legislazione di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo» (art. 7, comma 6).

Il mantenimento delle tutele previste dal diritto del lavoro e dei diritti dei lavoratori, garantito in particolare dalla direttiva 2001/23/CE del Consiglio, con specifico riferimento all'ipotesi in cui il piano di ristrutturazione comporti il trasferimento di una parte di impresa o di stabilimento, è pure previsto dal 34° e 35° «considerando» della proposta di direttiva della Commissione Ue riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure

volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, a modifica della direttiva 2012/30 Ue¹¹.

2.1. Le forme di tutela dell'occupazione e del reddito

Nella prefigurata armonizzazione delle procedure concorsuali con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori, l'art. 190 riconosce il trattamento NASpI («Nuova assicurazione sociale per l'impiego»), introdotto dal d.lgs n. 22/2015 (riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati), nella ricorrenza dei requisiti e nel rispetto delle disposizioni in esso previsti, anche ai lavoratori dipendenti da imprenditori nei cui confronti sia stata aperta la liquidazione giudiziale. E ciò realizza attraverso l'estensione alla sospensione (impropriamente designata come «cessazione») del rapporto di lavoro, per effetto della procedura, in virtù del richiamo appunto dell'art. 189, comma 1, della nozione di «perdita involontaria dell'occupazione», che presuppone l'inattività derivante dall'estinzione o dall'interruzione del rapporto. La condizione istituita dall'apertura della liquidazione giudiziale è infatti temporanea e suscettibile di evoluzione nel senso della continuità dell'attività d'impresa, anche attraverso il trasferimento dell'azienda (e, pertanto, del rapporto di lavoro, nel secondo caso a determinate condizioni), in virtù della scelta del curatore di subentro (con assunzione dei relativi obblighi dalla comunicazione ai lavoratori), ovvero di scioglimento attraverso il recesso (con effetto dalla data di apertura della liquidazione) secondo l'ordinaria disciplina dei rapporti pendenti¹², già (e tuttora per l'ampia *vacatio legis*¹³) prevista nel fallimento¹⁴.

Si tratta dunque di una forma di sostegno al reddito del lavoratore, che rimane sprovvisto della retribuzione nello *spatium deliberandi* riservato al curatore in assenza del trattamento di integrazione salariale, non più previsto, a decorrere dal 1° gennaio 2016¹⁵, nei casi di *cessazione* dell'attività produttiva

11. L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, n. 2/2017, p. 129, per un primo commento.

12. L'art. 172, primo comma, prevede infatti che: «Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto».

13. Essa è stata infatti stabilita in linea generale dall'art. 389, in diciotto mesi dalla pubblicazione del decreto legislativo sulla Gazzetta ufficiale, avvenuta il 12 gennaio 2019.

14. A. Patti, *I contratti di lavoro subordinato*, in L. Panzani (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. II, Utet, Torino, 2012, p. 451.

15. L'abrogazione della Cigs per le procedure concorsuali, prevista dall'art. 3 l. n. 223/1991, con effetto dalla data suindicata, è stabilita

dell'azienda o di un ramo di essa, a norma dell'art 21, comma 1, lett. b, d.lgs n. 148/2015.

Appare evidente come, anche opportunamente, l'istituto di integrazione straordinaria salariale abbia perso il carattere assistenziale che negli anni l'aveva progressivamente connotato, per essere restituito a una finalità di intervento temporaneo in funzione di una ripresa effettiva dell'attività economica, così da ricollocare l'impresa sul mercato. Tuttavia, anche secondo una condivisibile opinione critica, appare restrittiva l'interpretazione ministeriale (circolare n. 24 del 26 luglio 2016 del Ministero del lavoro) della norma, nel senso della limitazione dell'accesso all'integrazione straordinaria alle ipotesi di fallimento con esercizio provvisorio o di concordato con continuità aziendale (per favorire la cessione dell'azienda, o di una sua parte, e il trasferimento dei lavoratori) e quindi di concreto esercizio di impresa, anziché nel senso di *cessazione definitiva* dell'attività: ben essendo meritevole di risanamento e ancor più di sostegno al reddito una procedura in cui persista un'azienda, anche nella componente della forza lavoro, temporaneamente inattiva per ragioni non di intrinseca irrecoverabilità e potenzialmente idonea alla ripresa dell'attività d'impresa¹⁶.

3. Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro

L'art. 189 regola gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro, come già anticipato nel solco della consolidata regola generale "di procedura" della sospensione, opportunamente calibrata sulla loro specificità e tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. Essa è introdotta dal-

la previa esclusione dell'integrazione dalla suddetta apertura di un *motivo* di licenziamento: con opportuna generalizzazione della causale (non più soltanto di "non coincidenza" con la giusta causa, come secondo il già citato art. 2119 cc), da specificare dal curatore all'atto dell'intimazione del licenziamento, evidentemente non individuabile nella dichiarazione di apertura *ex se*.

Il solo effetto peculiare, tipico della procedura, è costituito dall'inerzia del curatore che non decida di subentrare né di recedere dal rapporto: in tal caso, a differenza della disciplina generale¹⁷, decorsi quattro mesi dalla data di apertura della procedura, i rapporti si intendono risolti di diritto¹⁸. E ciò si spiega per una più forte esigenza di stabilità della condizione del lavoratore, eventualmente legittimato, insieme con il curatore e con il direttore dell'ispettorato del lavoro competente, alla richiesta (non già, come d'ordinario il contraente *in bonis*, di un termine perchè il curatore decida, ma) di una proroga del termine di quattro mesi, valevole soltanto nei confronti del lavoratore richiedente, pure indennizzata¹⁹. Una tale proroga risponde all'esigenza, debitamente valutata dal soggetto che la richieda e dal giudice delegato nell'autorizzarla, di favorire una possibilità di ripresa o di trasferimento a terzi dell'azienda o di un suo ramo, in funzione del ripristino di un'attività d'impresa, che è finalità primaria di orientamento della scelta del curatore²⁰.

L'inerzia del curatore combinata con le dimissioni rassegnate dal lavoratore produce, poi, l'effetto di attribuire a esse una giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 cc (art. 189, comma 5): ovviamente da intendere come dovute a un'obiettiva improseguibilità del rapporto, sussumibile nella norma per la residualità nel suo ambito precettivo di uno spazio non interamente

dall'art. 2, comma 70, l. n. 92/2012.

16. R. Bellè, *Il lavoro come variabile del risanamento concordatario*, in *Fallimento*, 2017, p. 1081.

17. L'art. 172 non fissa alcun termine al curatore per operare la scelta in questione, ma prevede che il contraente *in bonis* possa mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto (comma 2).

18. A. Patti, *Licenziamenti e loro effetti dalla Legge Fornero al Jobs act tra diritto del lavoro e diritto fallimentare*, in *Fallimento*, 2016, p. 1175, in merito alla delicata questione del rimedio avverso un tale effetto, se di diritto comune alla stregua di impugnazione di un licenziamento, ovvero piuttosto (per la peculiarità dell'ipotesi, originata dall'apertura della procedura) di natura endofallimentare *sub specie* di reclamo avverso un atto omissivo del curatore, a norma dell'art. 36, comma 1, l.fall. (art. 133, comma 1, d.lgs n. 14/2019).

19. Ed infatti l'art. 189, comma 4, nell'ultima parte stabilisce che: «*In tale ipotesi, a favore di ciascun lavoratore nei cui confronti è stata disposta la proroga, è riconosciuta un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a otto mensilità, che è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale*».

20. L'art. 189, comma 3, prevede infatti: «*Qualora non sia possibile la continuazione o il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro, il curatore procede senza indugio al recesso dai relativi rapporti di lavoro subordinato*».

assorbito dalla natura disciplinare del licenziamento²¹.

Il legislatore introduce poi la puntuale regolamentazione del licenziamento collettivo cui intenda procedere il curatore, secondo le previsioni degli artt. 4, comma 1 e 24, comma 1, l. n. 223/1991, con deroga di quelle dell'art. 4, commi da 2 a 8, l. cit. (art. 189, comma 6), opportuna per la scansione procedimentale specificamente indirizzata al curatore, tenuto conto della compatibilità della disciplina generale con la condizione di liquidazione giudiziale dell'impresa²².

Nel caso, infine, di esercizio dell'impresa, i rapporti di lavoro proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderli o esercitare la facoltà di recesso ai sensi della disciplina lavoristica vigente (art. 189, ultimo comma), coerentemente con la disciplina dei contratti pendenti durante l'esercizio d'impresa (art. 211, comma 8), per il loro innesto nel ciclo economico dell'attività, in applicazione della regola della sua continuità; dovendosi poi ritenere, alla cessazione, la loro soggezione al regime di sospensione, secondo la regola generale (art. 211, comma 9).

4. Concordato preventivo e rapporti di lavoro

In merito al concordato preventivo, rilevata l'assenza di alcuna novità in tema di rapporto di lavoro pendente per la ribadita inapplicabilità della disciplina concorsuale (art. 97, ultimo comma), secondo l'odierna previsione dell'art. 169-bis, comma 4, l.fall., mi preme essenzialmente segnalare – anche tenuto conto del limitato spazio del contributo – una delicata questione di problematica compatibilità della disciplina lavoristica con lo stesso paradigma costitutivo della continuità indiretta²³.

In estrema sintesi, la previsione, nel contratto o

nel titolo di gestione dell'azienda da un soggetto diverso dall'imprenditore istante l'ammissione alla procedura, del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori pari «ad almeno la metà» della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso (art. 84, comma 2), per un anno dall'omologazione, presuppone l'evidente derogabilità dell'art. 2112 cc.

Inoltre, il legislatore ha risolto la delicata questione dell'individuazione della «prevalenza» del ricavato, nei casi di concordati a natura mista²⁴, ravvisandola in via presuntiva proprio su tale presupposto, ossia quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa alla quale siano addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso (art. 84, comma 3).

Tuttavia, l'art. 47, comma 4-bis, lett. b-bis, l. n. 428/1990, applicabile nell'ipotesi in cui un concordato preventivo trasferisca un'azienda attiva e sia stato raggiunto un accordo in ordine al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, prevede l'applicazione dell'art. 2112 cc «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo»: ossia di modificazione delle condizioni di lavoro idonee ad agevolare il mantenimento di un maggior numero di occupati presso il cessionario (quali, per lo più, l'orario di lavoro, l'anzianità di servizio, la retribuzione, nei limiti di rispetto dei criteri di sufficienza e proporzionalità). Sicché un tale accordo, diversamente da quello previsto dall'art. 47, comma 5, l. cit., non può incidere sulla continuazione del rapporto di lavoro né sulla solidarietà tra cedente e cessionario ai sensi dell'art. 2112, commi 1 e 2, cc²⁵. Per giunta, la limitata deroga dell'art. 2112 cc è stata ribadita dall'art. 368, comma 4, lett. b, sostitutivo dell'art. 47, comma 4-bis, lett. b-bis, l. n. 428/1990, in termini del tutto analoghi²⁶.

21. I. Fedele, *Il licenziamento disciplinare*, in L. Di Paola (a cura di), *Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 155, argomentando da Cass., 9 agosto 2012, n. 14326, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1852, in ordine all'elaborazione di una nozione di licenziamento «ontologicamente disciplinare» solo in parte riferibile al recesso datoriale per giusta causa.

22. L'art. 189, comma 7, ne ha espressamente escluso l'applicabilità alle procedure di amministrazione straordinaria.

23. Per concordato preventivo con *continuità indiretta* si intende, a norma dell'art. 84, comma 2, quello nel quale sia prevista «la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo».

24. A. Patti, *L'evoluzione normativa dell'affitto d'azienda a rischio di depotenziamento «competitivo»*, in *Fallimento*, n. 5/2017, p. 520.

25. Trib. Alessandria 18 dicembre 2015, in *Il caso*, 8 aprile 2016, <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/14682>, secondo cui la deroga consentita dalla norma in esame opera nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, incidente esclusivamente sulle modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (quali appunto mansioni, qualifica, orario, etc.); essendo invece necessario l'accordo stipulato con il singolo lavoratore a norma degli artt. 410 e 411 cpc per incidere sui diritti allo stesso assicurati dall'art. 2112, commi 1 e 2 cc.

26. Esso recita: «Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile, fermo il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro, trova applicazione, per quanto attiene alle condizioni di lavoro, nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, da concludersi

Mi pare che la disciplina, al di là di ulteriori profili bene evidenziati in un recente contributo²⁷, si ponga in aperto contrasto, oltre che interno alla stessa legge di riforma, anche con il diritto europeo, che postula, per la derogabilità dei contratti collettivi agli obblighi stabiliti dall'art. 2112 cc, il carattere necessariamente liquidatorio della procedura²⁸.

5. I rapporti di lavoro nella circolazione concorsuale dell'azienda

E infatti, l'art. 191, nel disciplinare il trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione, ribadisce l'applicazione dell'art. 47 l. n. 428/1990, oltre che dell'art. 11 dl n. 145/2013, convertito in l. n. 9/2014²⁹ e delle altre disposizioni vigenti in materia.

Come noto, e per quanto appena anticipato, nel fallimento è consentita al curatore, nella cessione d'azienda, la deroga al regime stabilito dall'art. 2112 cc, per la possibilità, nell'ambito delle consultazioni sindacali a essa relative, di un accordo per il mantenimento anche parziale dell'occupazione (art. 47, comma 5, l. n. 428/1990).

È vero, d'altro canto, che, a differenza dell'imprenditore il quale, sia pure sotto la vigilanza del commissario giudiziale, mantiene l'esercizio dell'impresa nell'esperimento della procedura di concordato preventivo (art. 94, comma 1, come già l'art. 167, comma 1, l.fall.), il curatore fallimentare assume l'amministrazione e la disponibilità dei beni (e, tra essi, di eventuali aziende) del fallito (artt. 128, comma 1 e 142, comma 1, già artt. 31, comma 1, e 42, comma 1, l.fall.) senza averne alcuna conoscenza. Questo dato,

di indubbia rilevanza, dovrebbe in qualche modo far riflettere l'imprenditore in condizione di crisi sull'inopportunità strategica di mantenere a ogni costo la titolarità della propria impresa, pur di evitare di perderne l'autonomia (anche se spesso ridotta a mero simulacro formale, per essere stata di fatto già trasferita ai creditori³⁰), piuttosto che adire una soluzione di ristrutturazione.

Per l'individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro nella circolazione aziendale nel concordato preventivo, occorre distinguerne, come detto, la natura: se liquidatoria, ovvero con continuità aziendale.

Nel primo caso, ancora di netta prevalenza nella pratica operativa delle soluzioni delle crisi d'impresa³¹, qualora il concordato con cessione di beni sia omologato, secondo l'espressa disposizione dell'art. 47, comma 5, l. n. 428/1990, l'art. 2112 cc è disapplicabile: sempre che, s'intende, esista nel nucleo organizzativo dell'impresa un'azienda inattiva, sulla base di un accordo sindacale sul mantenimento almeno parziale dell'occupazione, salvo che da esso risultino condizioni di miglior favore.

Nell'ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale, che è procedura di risanamento dell'impresa e dovrebbe godere di una maggiore flessibilità agevolativa, non è invece consentito disapplicare l'art. 2112 cc: almeno, secondo l'art. 191 qui in esame e salvo quanto più sopra osservato in ordine alla configurazione della continuità aziendale nell'art. 84. Indubbiamente, l'applicabilità o meno del regime di tutela dei lavoratori ancora occupati nell'impresa merita, sotto il profilo della convenienza economica dell'affitto e della successiva cessione di azienda, un'attenta valutazione di praticabilità nella scelta della procedura concordataria.

Giova, infine, sottolineare come l'esigenza di conformità – criterio direttivo esplicitamente indicato dal

anche attraverso i contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, qualora il trasferimento riguardi aziende».

27. R. Brogi, *Il concordato con continuità aziendale nella riforma Rordorf*, di prossima pubblicazione in *Fallimento*, 2019.

28. Direttiva del Consiglio, 12 marzo 2001, n. 2001/23/CE e prima direttiva del Consiglio, 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: Cgce, 7 febbraio 1985, n. 179, in *Foro it.*, 1986, IV, 112; Cgue, 11 giugno 2009, n. 561, *ivi*, 2010, IV, 20.

29. Esso prevede particolari forme agevolative per le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura e per questi medesimi.

30. Per la formalizzazione di un tale trasferimento del controllo attraverso lo strumento delle procedure d'insolvenza: L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 49 ss.

31. Una ricerca dell'Osservatorio di crisi e risanamento delle imprese (OCRI), istituito presso il Centro di ricerca «*Entrepreneurial Lab*» (Elab) dell'Università degli Studi di Bergamo, in collaborazione con la sezione fallimentare del Tribunale di Milano, l'Università del Piemonte Orientale e la Scuola di alta formazione (Saf) dell'Ordine dei dottori commercialisti di Milano, segnala come, nel periodo di osservazione 2005-2014 e su un campione di 580 procedure di concordato preventivo, il 61 per cento sia costituito da concordati liquidatori, mentre il 35 per cento da concordati con continuità, di cui il 9 per cento diretta e il 26 per cento indiretta, rispetto alla quale ultima soltanto il 28 per cento realizzata con cessione diretta, mentre ben il 72 per cento preceduta da un affitto dell'azienda o di un suo ramo. Così A. Danovi - P. Riva - M. Azzola, *Alcune osservazioni empiriche sui c.p. del Trib. Milano*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 837 ss., part. 846.

già richiamato art. 2, comma 1, lett. p, l. n. 155/2017 – alle regole dell'Unione europea, anche nella prospettiva di «*salvaguardia dei posti di lavoro, con effetti positivi sull'economia in generale*» (come, previa l'eliminazione «[de]gli ostacoli all'efficace ristrutturazione di imprese sane in difficoltà finanziaria», indica il 12° considerando della raccomandazione della Commissione Ue del 12 marzo 2014³²), presupponga che il risanamento debba essere effettivo, nella verifica in concreto dell'idoneità dell'impresa alla continuità aziendale³³.

E ciò, se indubbiamente costituisce ulteriore testimonianza dell'ambito di estensione del sindacato giudiziale alla fattibilità economica del concordato³⁴, espressamente previsto dalla legge di riforma³⁵, ed è coerente con la garanzia di un ricorso antiabusivo alla procedura di ristrutturazione, pure indicato dalla raccomandazione della Commissione Ue³⁶, interroga seriamente sull'evoluzione del ruolo del giudice, nuovamente proiettato nell'ambito di un controllo di merito, e quindi gestorio, peraltro in un contesto profondamente mutato, di più dinamica e flessibile modulazione delle procedure.

Perché è assolutamente evidente come la sua odierna configurazione sia in netta controtendenza rispetto alla esplicita indicazione di recessività del ruolo giudiziale nella prospettiva eurounitaria, in particolare di ristrutturazione della crisi d'impresa:

posto che l'indirizzo raccomandato dalla Commissione Ue si colloca in un quadro comune di ristrutturazione preventiva, di procedure che riservino il controllo della gestione al debitore, modulate secondo una flessibilità tendenzialmente senza intervento del giudice, il quale «*dovrebbe limitarsi ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare i diritti dei creditori e terzi eventuali*»³⁷. Nello stesso solco, la proposta di direttiva Ue del 22 novembre 2016 prevede, al 18° considerando, che: «*Per promuovere l'efficienza e ridurre ritardi e costi, i quadri nazionali di ristrutturazione preventiva dovrebbero contemplare procedure flessibili che limitino l'intervento delle autorità giudiziarie o amministrative ai casi in cui è necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e terzi eventuali*»³⁸.

Tanto detto, bene è stato chiarito come la raccomandazione si ponga nella prospettiva, non già di uniformità dei Paesi Ue, con eliminazione delle differenze normative per istituire una disciplina materiale unica per tutti gli Stati membri, ma di una maggiore coerenza, in un progressivo avvicinamento agevolato dal meccanismo del reciproco riconoscimento, nella comune finalità del recupero e del risanamento delle imprese e del mantenimento dei posti di lavoro³⁹. Ed è proprio questo che occorrerà verificare nell'applicazione delle nuove norme esaminate, previo un decisivo chiarimento sui profili problematicamente posti.

32. In *Fallimento*, n. 4/2014, p. 393, con *Un commento a prima lettura*, di U. Macrì, *ivi*, p. 398.

33. Trib. Firenze, 12 febbraio 2018, in *Fallimento*, 2018, p. 889, che significativamente afferma che: «*a fronte di una azienda che sia tecnicamente incapace di salvaguardare i propri fondamenti economici e sappia solo disperdere attivo, non può ritenersi che vi sia una reale continuità, quale contenuto della proposta concordataria, ma piuttosto una cessione secondo logiche difensive e di riduzione della (progressiva) perdita di valore, tale da giustificare la qualifica del concordato in termini di "liquidazione assistita"*».

34. G.P. Macagno, *Continuità aziendale effettiva verso apparente: i confini mobili del concordato preventivo hanno trovato un argine?*, in *Fallimento*, 2018, p. 899.

35. Così l'art. 47, in attuazione dell'art. 6, comma 1, lett. f, l. n. 155/2017, anche secondo una recente evoluzione interpretativa: Cass., 7 aprile 2017, n. 9061 e Cass., 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Fallimento*, 2017, p. 923, con nota di commento di M. Tarenghi, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, *ivi*, p. 929, secondo cui, mentre il sindacato giudiziale sulla fattibilità giuridica (intesa come verifica di non incompatibilità del piano con norme inderogabili) non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo) può essere svolto nei limiti di una manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi.

36. Come anche sottolineato da L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015, p. 1022, la raccomandazione della Commissione Ue del 12 marzo 2014 avverte, al 16° considerando: «*onde evitare potenziali rischi di abuso della procedura, è necessario (...) che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa*».

37. Per una riflessione sulla congruità delle riforme nazionali con le richieste della raccomandazione: U. Macrì, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/848*, in *Fallimento*, 2015, p. 1049.

38. L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2017, p. 129, secondo cui il sistema italiano non pare troppo lontano dalle scelte della proposta, in particolare per gli accordi di ristrutturazione, e di ristrutturazione finanziaria, trovando anche i piani attestati un implicito riconoscimento europeo, posto che, avendo uno sviluppo esclusivamente stragiudiziale, non incidono sui diritti di coloro che non aderiscono. L'intervento del giudice sin dal principio della procedura nel concordato preventivo è, invece, giustificato dall'automatica sospensione delle azioni esecutive all'atto della presentazione del ricorso (*ivi*, p. 132).

39. P. De Cesari, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 2015, p. 1028.

La mano pubblica sull'economia, la crisi delle imprese e il partenariato ministeriale con la giurisdizione

di *Massimo Ferro*

Le norme di riguardo del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 per le amministrazioni straordinarie e le liquidazioni coatte amministrative sono l'ultima puntata di un ridisegno normativo della crisi d'impresa e dei debitori comuni ancora di là dall'assumere portata organica e trasparente fissazione dell'interesse pubblico perseguito. L'insicuro ancoramento alla giurisdizione ne è il segno distintivo.

1. La frammentarietà dell'ordinamento concorsuale italiano nella mancata riforma delle procedure concorsuali amministrative / 2. Dalla riforma organica alla definitiva codificazione del dualismo italiano: i giudici dell'economia minore e i ministri dell'economia maggiore / 3. Parametri quantitativi e assetti di interesse pubblico nella grande impresa e... / 4. ... nell'impresa cooperativa / 5. La grande impresa nel codice della crisi e le zone di contatto con gli istituti della gestione concorsuale ordinaria / 6. L'applicazione degli istituti della concorsualità preventiva alle imprese cooperative / 7. Il quadro ordinamentale europeo: la duttile convivenza dei modelli amministrativi per la eventuale gestione e di quelli giurisdizionali per le assegnazioni delle tutele dei diritti

1. La frammentarietà dell'ordinamento concorsuale italiano nella mancata riforma delle procedure concorsuali amministrative

Il Parlamento italiano, nell'attribuire al Governo il potere di legiferare, ai sensi dell'art.76 Cost., «per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», decise di conservare, nell'oggetto della delega, l'ambizioso obiettivo di una «riforma organica», limitando tuttavia l'intervento – ex art. 1, comma 1, legge 19 ottobre 2017, n. 155 – alle procedure della vecchia legge fallimentare (rd 16 marzo 1942, n. 267) e del sovraindebitamento (legge 27 gennaio 2012, n. 3). Il ridimensionamento rifletteva, nel corso della XVII legislatura, lo stralcio dall'originario ddl “Orlando-Guidi” n. 3671 dell'art. 15, già frutto di un rilevante compromesso tra gli intendimenti della I Commissione Rordorf (volti ad attuare il mandato ministeriale

e, dunque, a investire di un progetto di riforma anche le grandi imprese insolventi o in crisi) e le nette preclusioni poste dal Ministero dello sviluppo economico (Mise) verso un sistema che riportasse in un alveo unitario comunque tutte le insolvenze d'impresa del nostro ordinamento.

La relazione di accompagnamento aveva dato conto della indispensabilità di tale «disegno nell'ambito del quale (...) l'amministrazione straordinaria perderebbe quei profili di anomalia che ancora in qualche misura la connotano nel raffronto europeo e internazionale», dunque giustificando almeno il suggerimento che, pur non sopprimendo l'istituto, né determinando il suo assorbimento nelle comuni procedure ordinarie di risoluzione della crisi e dell'insolvenza, comunque residuasse la considerazione di esso «come un ramo appartenente al tronco comune e quindi (...) rendere applicabili (...) quando non vi siano esigenze specifiche di segno contrario, le regole e i principi dettati in via generale». In particolare, riprendendo un dibattito diffuso in dottrina, ma per la prima volta condotto in

emersione a livello di modifica normativa, la relazione chiariva che era «particolarmente evidente il carattere straordinario (peraltro denunciato già dalla sua stessa denominazione) della procedura di cui si tratta, che trova la sua peculiare ragion d'essere – e il fondamento delle speciali competenze che in essa sono riservate all'autorità amministrativa – in esigenze di tipo economico-sociale, derivanti dalla crisi di imprese la cui dimensione o la cui funzione sia tale da poter provocare gravi ripercussioni occupazionali o comunque da richiedere un intervento governativo per ragioni di pubblico interesse». Ripercorrendo il dibattito interno alla Commissione ministeriale, al Parlamento venivano riassunti i termini della discussione: «si è prospettata l'ipotesi che la procedura in esame possa essere riservata a imprese da taluno definite “strategiche”, cioè tali da influire sugli assetti economici e occupazionali di intere aree, in base a una valutazione rimessa all'autorità amministrativa competente, ma questa soluzione non ha trovato sufficiente condivisione, nemmeno da parte dei rappresentanti del Ministero dello sviluppo economico, al quale sarebbe toccato il compito di individuare i requisiti di strategicità delle predette imprese. Si è invece preferito optare per la più tradizionale individuazione di requisiti unicamente dimensionali, legati al fatturato dell'impresa e al numero dei dipendenti». Tale cauta premessa non è, tuttavia, bastata per affrontare in modo aggiornato e rinnovato il vero nodo della prospettata riforma, e cioè il punto di «equilibrio tra le competenze dell'autorità amministrativa, giustificate dalle (...) ragioni di pubblico interesse, e quelle dell'autorità giudiziaria, essenziali per la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti». Già al Senato, infatti, il citato ddl giungeva senza l'art.15, tolto alla Camera e fatto confluire tal quale nell'atto C-3671-ter, che a sua volta diveniva oggetto d'esame unitario con la proposta di legge di iniziativa parlamentare (di deputati della medesima maggioranza di centrosinistra) *sub* atto 865, presentata nell'aprile 2013 (dunque ben tre anni prima dello stralcio del testo governativo) e il cui tenore, di elevato dettaglio, mal giustificava l'accorpamento. In realtà, l'impostazione dei due testi non era di facile conciliazione, avendo con l'art. 15 il Governo provato a varare un timidissimo aggancio alla insorgenda disciplina unitaria e a scrivere principi e criteri di legge delega, mentre la proposta di legge C. 865 era già una lista di emendamenti specifici del regime proprio del decreto legislativo n. 270 del 1999. In ogni caso, il progetto riformatore relativo all'amministrazione straordinaria è finito su un binario morto, non avendo mai visto la luce alcun testo definitivo nel corso della legislatura scorsa, né le scelte soppressive mantenute anche con la diversa maggioranza politico-parlamentare hanno trovato un appena significativo raccordo con un rinnovato proposito riformatore.

La citata disarticolazione strategica, per quanto grave, non è stata tuttavia considerata incidere in modo irreparabile sul disegno di unitarietà, potendo altre parti della riforma, per come licenziata dal Senato nell'ottobre 2017, innescare una spinta verso la riduzione della storica frammentarietà (e conseguente fragilità di affidamento) del sistema concorsuale italiano. Non solo la legge delega manteneva infatti, all'origine, la specializzazione dei giudici, con l'adeguamento degli organici degli uffici giudiziari e la concentrazione della competenza per le procedure riformate in capo a quelli dimensionati attorno a sezioni specializzate e una analoga indicazione verso la riorganizzazione della stessa Corte di cassazione, ma un'altra porzione del diritto della crisi appariva ricondotta alla giurisdizione. Il nuovo art. 15 (che era poi l'art. 14 del ddl governativo) interveniva sulle liquidazioni coatte amministrative, ricostituendo all'interno della disciplina della liquidazione giudiziale la casa comune per tutte le insolvenze, dunque anche per quelle prima regolate direttamente dall'autorità amministrativa nell'ambito delle ordinarie liquidazioni coatte amministrative. Le stesse autorità (i Ministeri vigilanti, in primo luogo il Mise) divenivano altresì centrali come collettori dell'allerta e investiti delle funzioni degli organismi di composizione della crisi. Al di là, dunque, del regime speciale – mantenuto solo per banche e soggetti assimilati, intermediari finanziari, imprese assicurative – la liquidazione coatta amministrativa, per tutte le sue declinazioni speciali, si configurava come una procedura di diretta gestione da parte della pubblica amministrazione, ma solo per le irregolarità, mentre per l'insolvenza veniva superata ogni esclusiva e, con essa, anche il principio della prevenzione dichiarativa per le imprese di natura commerciale e non: l'insolvenza, con la liquidazione giudiziale e tutti gli altri strumenti di regolazione (concordati preventivi, accordi di ristrutturazione), avrebbe pertanto operato sotto un'unica egida organizzativa, con ripristino della parità di trattamento e senza ingerenze del potere politico o canali speciali a fronte delle comuni patologie del debito. Insomma, si sarebbe finalmente attuata una separazione fra i soggetti controllori e regolatori del sistema (strutturato su una continua verifica amministrativa dei requisiti di accesso nonché dell'effettiva congruenza delle attività dei soggetti vigilati rispetto alle peculiarità mutualistiche o di settore, oltre che della stabilità economico-patrimoniale) e la funzione costituzionale assegnata all'autorità giudiziaria ordinaria (deputata a seguire, con il concorso di tecnici acquisiti a un quadro di funzioni pubblicistiche, la concorsualità conseguente all'insolvenza di tali debitori, per le implicazioni contrapposte di diritti soggettivi cui esse approdavano e le opposte tutele reclamate all'interno di contesti processuali giustiziabili).

L'obiettivo unitario sul punto delle liquidazioni coatte amministrative ha passato indenne la prima fase della decretazione delegata, con cui il Governo ha inviato alle Camere l'8 novembre 2018 – dunque già nella Legislatura XVIII e con maggioranza politica diversa – il testo della bozza di decreto delegato, ma si è infranto poi nella fase finale all'esito dei pareri sollecitati. Varando il definitivo testo del Codice della crisi, il Governo ha recepito la richiesta della sua maggioranza e, sul punto, semplicemente (cioè senza alcuna motivazione) non ha esercitato la delega.

La legge 8 marzo 2019, n. 20, che in un articolo unico riattribuisce al Governo il potere di adottare disposizioni integrative e correttive del d.lgs n. 14 del 2019, assegna un nuovo termine (2 anni dalla vigenza dell'ultima normativa delegata) per emendare la riforma. Ma può già indicarsi che, se non muta la fonte di tale potere d'intervento, non sussiste base costituzionale per dare attuazione all'art. 15, comma 1, lett. a, l. n. 155/2017. Lo stesso giudizio può essere ripetuto per le sezioni specializzate e la concentrazione dei tribunali, mentre qualche dubbio – all'opposto, avanzabile in punto di coerenza con la legge delega, ove essa vincolava il Governo a sottoporre i debitori, senza distinzione, alla medesima procedura riorganizzativa (art. 2, comma 1 lett. e) – potrebbe darsi per imprenditore agricolo, società professionali, *start up* innovative¹.

A sua volta, l'art. 1 CCII, sancendo l'ambito di applicazione del codice stesso, fa salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e di liquidazione coatta amministrativa, per la quale, dall'art. 293 all'art. 315, si è operato un sostanziale trapianto degli artt. 194-215 rd n. 267/1942, solo coordinato in minimi dettagli.

2. Dalla riforma organica alla definitiva codificazione del dualismo italiano: i giudici dell'economia minore e i ministri dell'economia maggiore

Conclusivamente, il pesante *deficit* di organicità del disegno riformatore non solo vulnera il progetto di

ricomposizione unitaria del sistema concorsuale, ma costituisce un aggiornato esempio di egemonia organizzativa dell'agenzia pubblica riferibile all'Esecutivo, simbolizzando l'atto amministrativo un marcato segno di discrezionalità rispetto all'atto giurisdizionale. Il primo è avvertito come meglio improntato a criteri di merito e di opportunità nel caso concreto, soddisfacendo un interesse anche immediato rispetto a istanze dell'opinione pubblica e di gestione dell'economia potenzialmente in conflitto con la mera applicazione di regole di parità di trattamento fra creditori e di ordinaria responsabilità patrimoniale. Il secondo, evidentemente, non viene ritenuto sufficientemente in grado di adattarsi alla corposità di interessi che, raccordati a una data dimensione dell'impresa², tendono a esprimersi con bisogni mal canalizzabili dentro le sole categorie giuridiche del credito e del debito, la liquidazione dell'attivo e la continuità aziendale nell'interesse riconoscibile dei creditori, l'eguaglianza e i poteri di controllo dei creditori, la legge quale unica fonte di privilegi e trattamenti preferenziali, financo l'esercizio provvisorio e le prededuzioni, categorie tutte, a propria volta, patite come inefficaci, in ogni loro declinazione processuale. In realtà, si tratta di parametri impliciti, ma ampliamenti superati almeno dalla legislazione riformistica della metà del primo decennio del nuovo secolo: così lo svincolo del concordato preventivo dalla regola dell'alternatività con il fallimento, il nuovo presupposto della crisi eligibile quanto l'insolvenza, i nuovi istituti del piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, l.fall. e delle varie gemmazioni degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* l.fall., il concordato con continuità aziendale dell'art. 186-*bis* l.fall., lo stesso concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. costituiscono i maggiori esempi di un'attenzione (o scommessa) conservativo-gestionale e non solo più esecutivo-liquidatoria dell'intero impianto concorsuale. Essa fa persino sfumare le differenze rispetto all'impianto lessicale del vecchio dl 30 gennaio 1979, n.26 (poi convertito nella l. 3 aprile 1979, n. 95), sopravanzato dal d.lgs 8 luglio 1999, n. 270 con riarticolazione nel dl 23 dicembre 2003, n. 347 (convertito nella l. 18 febbraio 2004, n. 39), che ha bipartito gli assetti delle imprese sottoposte all'amministrazione

1. Ulteriori criticità costituzionali si ravvisano nella parte penalistica, con riguardo alle misure premiali di cui all'art. 25 CCII (M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n.14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, pp. 435-436); non affronta il tema, se non – e all'opposto – sottolineando un trattamento deteriore nel regime intertemporale da applicarsi a condotte solo per il futuro, ai sensi dell'art. 390 CCII inquadrate tra le nuove cause di non punibilità, ovvero l'attenuante speciale ad effetto speciale, P. Chiaraviglio, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Società*, 2019, pp. 452,455. F. Di Vizio, invece, da un lato rileva come tali istituti diano nuova sostanza al contenuto del dovere di diligenza dell'imprenditore dinanzi ai segnali di allerta della crisi e, dall'altro, enfatizza le criticità di strumenti assegnati all'emersione precoce dell'insolvenza e però utilizzabili anche in caso di insolvenza conclamata (*Codice della crisi d'impresa: tra novità e ricadute penali*, in *Quotidiano giuridico*, 13 marzo 2019, www.quotidianogiuridico.it/documents/2019/03/13/codice-della-crisi-d-impresa-tra-novita-e-ricadute-penali#).

2. Vi fa cenno G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, p. 414.

straordinaria. Le finalità sono, invero, le stesse – la ristrutturazione economico-finanziaria o il programma di cessione dei complessi aziendali – variando solo i requisiti d'ingresso³. L'art. 1 della “Prodi *bis*” fissa la natura della amministrazione straordinaria quale procedura concorsuale riservata alla grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali⁴.

Il parametro di inadeguatezza della giurisdizione concorsuale è stato dunque assunto alla base degli obiettivi di una generica o specifica conservazione dei complessi produttivi (sin dalla prima “legge Prodi” del 1979), per poi raffinarsi nel più evoluto traguardo della continuità aziendale. Appare, peraltro, curioso che l'intera storia amministrativa delle procedure concorsuali dirette dal Governo non abbia brillato con il pieno successo delle esigenze pubblicistiche in cui quegli obiettivi sono stati trasformati: in moltissimi casi, l'evoluzione gestionale delle relative imprese è pervenuta, più o meno stancamente, a esiti di mera liquidazione, spesso nemmeno unitaria e invece atomistica, dopo continue proroghe e spesso mutamenti del nucleo industriale dei programmi all'origine approvati in sede ministeriale. Il progetto di partenza, accentrato nella validazione dell'autorità ministeriale⁵, ha infatti in gran parte lasciato il posto a programmi articolati in fatto secondo il modello delle vendite di beni o complessi di beni, più che di aziende funzionanti e con basi occupazionali seriamente connotative dell'identità produttiva originaria. Si tratta di procedure, inoltre, nelle quali la mano pubblica ha sovente sviluppato pratiche di trasferimento dei costi dell'occupazione (e della relativa crisi o dell'irreversibile tracollo) verso gli istituti di ammortizzazione sociale, accumulo in *deficit* di spesa previdenziale, assorbimento facilitato in comparti eteroregolati, sovraccaricando in modo indiretto la fiscalità generale. In altri casi, l'inseguimento della norma per il caso concreto ha prodotto mutamenti di fondo – e forsennati – della legislazione concorsuale già speciale,

piegata all'attuazione di programmi di prosecuzione contingente dell'attività produttiva altrimenti non conseguibile nel perimetro delle norme ordinarie e senza risposte di lungo periodo rispetto agli interrogativi sulla permanente attualità del modello di *business* entrato in crisi.

Dal caso Parmalat a quello Alitalia 1 e 2 sino al caso Ilva, il legislatore ha continuamente ridefinito, con “leggi-fotografia”, il titolo della propria competenza, realizzando una legislazione egemone sul piano organizzativo, ove essa ha riallocato in modo stabile interi settori dell'economia della crisi sotto il controllo dell'autorità amministrativa (essenzialmente governativa) e così sottraendo al controllo giurisdizionale (dei giudici ordinari) rilevanti aspetti di regolazione – per competenza e atti – dei conflitti fra debitori e creditori, nonché di indirizzamento delle procedure, oltre che influenzando sulle attività recuperatorie e di affermazione delle responsabilità. In pari tempo, l'incidenza concorrenziale di tali discipline si è di fatto risolta in pratiche di politica industriale tendenzialmente conservativa, ma solo nel breve periodo, senza che le rispettive linee fossero visibilmente iscritte in un piano nazionale di promozione e sostegno non tanto della singola impresa, bensì dell'intero settore di riferimento.

È, invero, ragionevolmente prospettabile, alla luce di tale vicenda, una chiara indicazione politico-parlamentare trasversale che, accomunando maggioranze politiche anche diverse, individua una consolidata *zona di riserva* che il potere governativo ascrive a prerogative proprie, compartecipando con la giurisdizione solo alcune fasi delle corrispondenti procedure, in una rivendicata visione di primazia. La rappresentazione plastica della distanza e, dunque, della funzione non strategica che viene riconfermata in capo alla giurisdizione trova esempio nei due poli organizzativi rispettivamente assegnati: le nomine dei commissari nonché il giudizio di meritevolezza *ex ante* dei piani spettano al Governo; l'accertamento del passivo, con le migliaia di domande dei creditori e

3. Nella “legge Marzano” (nata dal caso Parmalat), l'accesso è riservato a imprese con lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a cinquecento da almeno un anno e con esposizione debitoria, con anche le garanzie rilasciate, non inferiore a 300 milioni di euro.

4. I requisiti di accesso, dunque il minimo del relativo sistema, implicano un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a 200 da almeno un anno e debiti per almeno due terzi dell'attivo dello stato patrimoniale e dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

5. L'art. 55 d.lgs. n.270/1999 prevede che il programma sia redatto sotto la vigilanza del Mise «in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo adottati, in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori». La formula riassume la *ratio* della primazia amministrativa poiché la valutazione dei soggetti creditori (incisi dalla insolvenza dell'impresa) non è diretta (essi non votano), ma è intermediata dall'apprezzamento governativo che, a sua volta, imprime, attraverso l'approvazione del programma, una funzionalizzazione alle proprie scelte di indirizzo economico-produttivo, di cui risponde in primo luogo nella sede politica, apparendo il riferimento di per sé assai ampio ove il confronto debba avvenire sul profilo di legalità dell'atto autorizzato. Il controllo degli interessati è, dunque, a valle, ai sensi dell'art. 65, realizzabile mediante l'accesso alle impugnazioni degli atti di liquidazione e con recupero solo *ex post* della giurisdizione ordinaria (Cass., sez. unite, 24 novembre 2015, n. 23894 e 29 maggio 2017, n. 13451).

le controversie sulle ripartizioni, sono attività del giudice ordinario e affollano i relativi uffici.

Tentando una nobilitazione di questo fenomeno, non sfugge la possibilità di affermarne, in una lettura materiale, un modello politico che comunque ha inverato l'interesse pubblico, esprimendo un sovranismo gestorio che, sia pur in modo grezzo, combina di volta in volta contingenti politiche di interesse nazionale. Si potrebbe, cioè, sostenere che il legislatore italiano, incapace di tratteggiare in modo preventivo una qualche nozione di impresa di interesse strategico, oltre il comparto tecnico-bancario e assicurativo già selezionati dalle discipline Ue⁶, comunque ha dato e dà prova di duttile considerazione verso settori della produzione che, per tipologia e base occupazionale, integrano realtà economiche organizzate tipologicamente, in grado di trascinare interessi ulteriori rispetto a quelli individualisticamente accorpabili secondo le categorie di partecipazione alle procedure concorsuali, nelle quali, storicamente e a tutte le latitudini, il credito costituisce la misura del potere del singolo e la legge aggiunge, in certi casi, una vestizione disparitaria attraverso i privilegi. E tuttavia si tratta di una tesi che – oltre a non poter leggere altri contesti ordoliberali, in cui sono assenti istituti concorsuali a regolazione amministrativa così diretta – contraddice una serie di valori che, spesso negli stessi ambiti di giustificazione politica, vengono censiti: l'intervento modificativo *ad hoc* di una norma, in funzione di adattamento al caso concreto, confligge con la prevedibilità dello statuto economico-giuridico del debitore e gli affidamenti dei suoi creditori; proprio tale prassi spesso indulge in aiuti di Stato, provocando continua tensione con le norme eurounitarie⁷; l'instaurazione di competenze amministrative e, al contempo, della giurisdizione ordinaria determina un separato regime di controllo di legalità sugli atti della medesima procedura, attingendo per alcuni al sistema delle decisioni dei giudici amministrativi e dunque ascrivendo *lato sensu* ad attività della pubblica amministrazione operazioni che, per meri limiti di densità organizzativa non superati, in situazioni analoghe sono tracciate in una più corretta relazione con diritti soggettivi; la legalità dell'azione dell'Esecutivo è affidata a un regime di doverosità delle condotte amministrative che poggia su evidenti minori

guarentigie degli autori rispetto all'indipendenza che supporta l'attività dei giudici.

Per parte sua, il pensiero di economia sociale sotteso a tale regime non appare particolarmente attento né alla salvaguardia di veri e propri settori produttivi (di aree tradizionali o emergenti), né alla chiara selezione qualitativa che l'aspetto meramente dimensionale potrebbe assumere a date condizioni. La prima considerazione consegue all'apparente casualità con cui, nell'ordinamento delle amministrazioni straordinarie, hanno fatto ingresso i riferimenti di settore: così, ad esempio, le imprese assoggettate alla confisca con le misure antimafia, aggregate solo dal 1° gennaio 2008 (con la l. n. 344/2007) alle ipotesi di specialità di cui all'art. 2 d.lgs. n. 270/1999, a prescindere dalle caratteristiche della produzione o dai livelli di ricavi o indebitamento od occupazione. E parimenti, al di là di mutamenti delle regole-base inseriti nel *corpus* normativo in occasione di specifiche crisi di settore, il richiamo al comparto del trasporto aereo è stato investito alla luce del sole di una disciplina in parte derogatoria solo con la crisi del grande vettore Alitalia, cui si è affiancata, in prosieguo, la vicenda degli impianti Ilva.

Il primo caso non realizza una qualificazione nemmeno indiretta di interesse pubblico, posto che la costituzione e, poi, la crisi dell'impresa nel contesto criminale non rinviano di per sé a un settore sensibile della produzione, ma solo a una modalità illecita del modo di costituzione e, poi, di corrosione del capitale e del patrimonio relativi. Il secondo caso, più vicino alla progettualità, richiama l'inserzione, nell'art. 2 dl n. 347/2003 – ma solo a partire dal dl 28 agosto 2008, n. 134 –, della regola di accentramento concorrente verso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (in alternativa, al Ministro dello sviluppo economico) dell'avvio d'imperio della procedura, dunque con ingresso immediato in essa, nomina del commissario straordinario, fissazione del compenso, a condizioni dell'incarico «in deroga alla vigente normativa in materia», per le imprese dei servizi pubblici essenziali o che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale ai sensi dell'art. 1 dl 3 dicembre 2012, n. 207 (convertito dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231)⁸. Per entrambe le situazioni, sembrano aver prevalso tecniche definitorie ambigue e

6. Che però sono solo speciali e a dimensione anche sovranazionale, invero esclusi anche dalla prossima direttiva, per scelta della stessa raccomandazione 12 marzo 2014 (*considerando* 15), oltre che estranei al regolamento n. 848/2015.

7. Se ne è occupata più volte la giurisprudenza, isolando le azioni revocatorie fallimentari (Cass., 27 maggio 2013, n. 13080) e l'accertamento dello stato passivo (Cass., 3 settembre 2014, n. 18580) rispetto alle pronunce e decisioni emesse in ambito europeo.

8. La norma, sorta con il caso Ilva, prescrive che, in caso di stabilimento di interesse strategico nazionale, individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, con un'occupazione di lavoratori subordinati pari almeno a 200 (dunque inferiore a quella dettata in via generale dalla "legge Marzano") e qualora sussista «una assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può autorizzare, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambienta-

che non permettono alcuna predittibilità dello statuto di simili debitori: oltre a normare spessissimo il caso del momento, tali leggi-fotografia (di regola, decreti legge) spostano sull'atto amministrativo ricognitivo *ex post* la stessa selezione dell'impresa operante nei servizi pubblici essenziali o che gestisce uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale, posto che anche la norma d'individuazione del secondo è parametrata a un requisito solo quantitativo, mentre la procedura e le sue specialità scattano solo se vi sia la assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione, generica condizione concorrente all'evidenza frutto di una scelta discrezionale adottabile solo *ex post*. Ciò significa, come anticipato, che anche lo statuto economico-giuridico dei creditori non è né stabile né prevedibile, entrando in una zona di optabilità politica incerta se il debitore diventi insolvente.

Per altro verso, la recessività del solo elemento quantitativo (requisiti patrimoniali e del debito, dati occupazionali), per quanto esso resti non significativa in termini assoluti, ha messo fuori gioco, in molti casi, la stessa lucidità della prospettiva di tali procedure, giustificate nella straordinarietà dall'esigenza di salvaguardia di importanti complessi produttivi e, invece, applicate anche in casi in cui risaltava la sola dimensione della base occupazionale, senza però che la massa dei rapporti di lavoro, scissa da un'azienda altrettanto corposa, potesse permanentemente integrare l'originaria visione conservativa del fattore economico-organizzativo in relazione a benefici per più ampie comunità di cittadini o ad utilità più vaste per la produzione nazionale e il mercato.

3. Parametri quantitativi e assetti di interesse pubblico nella grande impresa e...

La scelta soggettivistico-quantitativa alla base della mantenuta riserva di disciplina appare ribadita esplicitamente anche avendo riguardo ai molteplici istituti del CCII che, nonostante la premessa di estra-

neità, entrano in contatto con le grandi imprese. Ci sono, invero, intere nuove partizioni della riforma dalle quali, contraddittoriamente, il legislatore mostra di voler attingere vantaggi e regimi di favore anche per imprese che, per ogni altro aspetto della crisi ed insolvenza, restano regolate da procedure esterne al codice stesso. E ciò al punto che la menzionata estensione, anziché costituire un qualche spicchio di contaminazione tra diritto ordinario e diritto speciale della crisi, rischia di operare come leva di aggravamento dello statuto autonomo per le grandi imprese, cioè assicurando ad esse solo assetti di privilegio, trattamento disparitario, vantaggi. La mancanza, infatti, di una correlazione stabile con le nuove istituzioni della concorsualità preventiva e ordinaria, che assegnano alla giurisdizione compiti di sussidiarietà d'intervento, ove le soluzioni pattizie e pregiurisdizionali, fortemente incentivate⁹, siano fallite, rende critiche le zone di contatto stabilite selettivamente per le grandi imprese e però scisse da una progressione dei controlli pubblicistici che sanziona l'abuso o l'intemperatività del ricorso a strumenti alternativi.

Diviene così chiaro che il complessivo regime di trattamento della crisi ed insolvenza delle imprese grandi, per gli aspetti di specialità e deroga rispetto a quello comune, non integra una criticità in sé, ma sollecita almeno due operazioni di comprensione costituzionale: la verifica che le diversità di trattamento non si spingano fino ad attuare in termini irrazionali e ingiustificati la protezione da fisiologico rischio d'impresa, sacrificio dei creditori, accesso alla giustizia, canoni di responsabilità, parametri redistributivi, da un lato; per altro verso, diviene decisivo intendere se la nozione di interesse pubblico persista davvero, anche solo quale considerazione implicita, nelle scelte normative che, individuando i soggetti destinatari del regime speciale, li eccettuano da gran parte del regime comune dell'ordinamento concorsuale. Il tema va ricostruito in modo diverso per le procedure di amministrazione straordinaria (in entrambe le declinazioni del d. lgs n. 270/1999, la cd. "Prodi-bis", e del dl n.347/2003, la cd. "legge Marzano") rispetto alle liquidazioni coatte amministrative (nelle quali

le, la prosecuzione dell'attività produttiva per un periodo di tempo determinato non superiore a 36 mesi ed a condizione che vengano adempite le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame della medesima autorizzazione, secondo le procedure ed i termini ivi indicati, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili». Il successivo comma 4 ora stabilisce che le disposizioni «trovano applicazione anche quando l'autorità giudiziaria abbia adottato provvedimenti di sequestro sui beni dell'impresa titolare dello stabilimento. In tale caso i provvedimenti di sequestro non impediscono, nel corso del periodo di tempo indicato nell'autorizzazione, l'esercizio dell'attività d'impresa». L'art. 3, comma 1-ter, a sua volta, prevede la prededuzione per crediti particolari attinenti a prestazioni necessarie al risanamento ambientale, alla sicurezza e alla continuità dell'attività degli impianti produttivi essenziali nonché anteriori e relativi al risanamento ambientale, alla sicurezza e all'attuazione degli interventi in materia di tutela dell'ambiente e della salute previsti dal piano.

9. Denuncia peraltro alcuni limiti di debolezza della sensitività dei fattori d'allarme, contro le critiche che enfatizzano opposti rischi di propalazione impropria delle difficoltà interne, M. Bini, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, p. 431.

la mancata riforma, come detto, non ha riguardato le imprese bancarie, assicurative e assimilate, ma le comuni cooperative). Per le prime, infatti, è la nozione patrimonial-contabile a integrare il requisito della grande impresa, mentre il regime speciale, anche quando menziona la strategicità dell'interesse o i servizi pubblici essenziali, finisce per sfumare o agganciarsi al requisito occupazionale. Per le seconde, vige invece un criterio tipologico-formale, trattandosi di soggetti a definizione codicistica o di legge speciale.

Il legislatore ha, invero, costruito le amministrazioni straordinarie intorno a un requisito di volta in volta contingente, adeguando i parametri in modo adesivo a specifiche realtà che, suscitando l'attenzione rilevante del mercato e – soprattutto – dell'opinione pubblica, sollecitavano un intervento dirigitico e, al contempo, di sottrazione alla giurisdizione¹⁰. La nozione di interesse pubblico, del tutto instabilmente e in contrasto con la prevedibilità dello statuto economico-concorsuale dell'imprenditore, non ha trovato una declinazione generale (per settore tipologico della produzione, specialità del mercato, interferenza con le politiche pubbliche, aree di tutela di compositi interessi dello Stato o anche dell'eventuale specialismo professionale dell'occupazione, peculiarità nazionali geomerceologiche), bensì un punto di caduta ogni volta modificato da leggi-fotografia del momento, tutte omogenee nel ricorrere a decreti legge con adattamento finale nelle leggi di conversione. Né si può dire che, in altro modo, tali misure emergenziali abbiano saputo dialogare con i precetti di temperamento e reindirizzamento sociale di cui all'art. 41 Cost.: non solo perché, nonostante le dimensioni della concentrazione produttivistica, nessuna legge ha anche solo provato a cimentarsi con una prospettiva di aperta statalizzazione delle imprese coinvolte, avendo infatti i vari interventi operato curando che i nuovi gestori delle attività e proprietari delle aziende si dessero per lo più carico della continuità aziendale, debolmente condizionata nelle sue modalità; ma anche perché, proprio quanto alle seconde, i maggiori conflitti sono sorti sul piano della tenuta costituzionale di discipline di censurata conformità a primari diritti, come statui-

to dalla Corte costituzionale con riguardo all'art. 3 del dl 27 giugno 2015, n. 83 (convertito nella l. 6 agosto 2015, n. 132), non avendo il legislatore considerato le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita (sentenza n. 58 del 23 marzo 2018)¹¹. È accaduto dunque che il legislatore ha dato prevalenza immotivata all'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, «trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)», cioè attuandone un sacrificio che non permette di rinvenire alcuna «armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona». In sostanza, tutta la costruzione domestica della grande impresa eccettuata dalla disciplina concorsuale-giurisdizionale con il richiamo alla base occupazionale, e nell'implicito presupposto che la relativa conservazione potesse piegare altri diritti, ha rivelato la fragilità di tale requisito, dimostratosi mera leva d'accesso al regime speciale, ma non anche obiettivo-valore.

Frutto della cennata permeabilità alla legiferazione del momento, più che di una visione strategica dell'interesse pubblico, è a sua volta e pertanto la cennata inserzione determinatasi nel 2007, allorché all'art. 2 d.lgs. n. 270/1999 vennero aggiunte le imprese confiscate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575: ammesse all'amministrazione straordinaria, anche in mancanza dei requisiti di cui alle lett. *a* e *b* del comma 1. Si potrebbe, in realtà, prospettare una lungimiranza legislativa che, dando atto della diffusione di organizzazioni criminali nel nostro Stato, volga la crisi ed insolvenza delle relative imprese in una gestione vigilata e promossa dallo Stato stesso. Considerazione, per quanto severa, suscettibile di condivisione ove la mano pubblica si dia carico di perseguire forme di salvaguardia delle unità produttive. Ma in realtà, anche per questa norma, vengono in maggior rilievo gli aspetti critici: l'ingresso in amministrazione straordinaria prescinde da requisiti di

10. E, spessissimo, a un inesorabile destino liquidatorio, data l'inattualità del modello di *business* bocciato dal mercato (come alcuni esempi della grande distribuzione generalista, *call center*, produzione di lavorazioni estrattive, avioilinee a ristretta base regionale, tessile, componentistica meccanica).

11. Sostiene la Corte che non può ritenersi in astratto «precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (...) condotto senza consentire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)».

consistenza organizzativa e dimensionale, includendo – come detto – anche imprese ben al di sotto del limite occupazionale dei 200 dipendenti o del totale del passivo pari a due terzi dell'attivo e dei ricavi. Una constatazione che, all'apparenza, prepone l'interesse pubblico con la gestione attraverso il Ministero, ma senza che le risorse pubbliche abbiano, nei casi meno elevati della scala dimensionale, una seria giustificazione d'impiego. Non è dato infatti ravvisare per quale utilità prospettica un'impresa confiscata con zero dipendenti e modesti debiti debba accedere a una procedura, come sancisce l'art. 1 d.lgs n. 270/1999, che è concepita per la grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali. E dunque, anche nell'ipotesi di possibile salvaguardia delle attività economico-produttive, si pone una duplice questione di incoerenza istituzionale: lo strumento appare eccedente rispetto alle sue finalità tipiche e, al contempo, impatta in modo ormai asimmetrico sul ridisegno, da tempo in atto, del rapporto fra procedure concorsuali e finalità conservative dell'azienda, trattandosi quest'ultime di un obiettivo divenuto immanente – almeno dal dl n. 35/2005 – all'ampia legislazione sui concordati preventivi, incluso nelle nuove forme negozial-processuali come gli accordi di ristrutturazione dei debiti e financo proprio delle prime attenzioni del nuovo fallimento. Con la riforma, e ancor più, il CCII all'art. 211 addirittura rovescia la pregressa logica dell'eccezionalità dell'esercizio provvisorio, sancendo anche che l'apertura della liquidazione giudiziale non determina di per sé la cessazione dell'attività d'impresa, mentre l'art. 172 CCII sorregge, quanto ai rapporti pendenti, prerogative che facilitano il generale subentro del curatore nei contratti in corso, l'art. 372 (anticipato dall'art.110 del codice degli appalti dal dl n.32 del 18 aprile 2019) permette, con la continuità, l'esecuzione dei contratti di appalto pubblico, l'art. 189 problematizza il recesso dai rapporti di lavoro ancorandolo all'impossibilità di continuare o trasferire l'azienda.

4. ... nell'impresa cooperativa

Per le imprese cooperative operano le stesse considerazioni, anche se il criterio discrezionale è fornito dalla tipologia del debitore e prescinde dalle sue dimensioni. La riforma, dunque, è tornata indietro rispetto alla legge delega (non attuando il Governo l'art. 15, comma 1, lett. a l. n. 155/2017) e, dovendosi com-

binare il dato omissivo con altro mancato esercizio della prerogativa legislativa, impone una ricostruzione del campo d'indagine arretrata all'orizzonte economico-sociale del 1942. Posto che, infatti, nemmeno gli imprenditori agricoli saranno assoggettati alla liquidazione giudiziale, si può dire che tutto il mondo della cooperazione resta saldamente diretto dalle sopravvissute competenze dell'autorità governativa che era e resterà sia autorità di controllo sulle irregolarità della vita di tali soggetti, sia agenzia primaria d'intervento, con la liquidazione coatta amministrativa, sulla eventuale insolvenza di essi. Detto che il mancato esercizio della delega non è stato motivato con alcun richiamo alla protezione dell'art. 45 Cost. (invero assai blandamente evocata durante gli stessi lavori della Commissione Rordorf I), opera dunque, anche per il futuro, il principio della prevenzione temporale sulla dichiarazione d'insolvenza (l'apertura della liquidazione giudiziale preclude la liquidazione coatta amministrativa e viceversa, per l'art. 296 CCII), mentre ove l'impresa, per le sue caratteristiche di non commercialità, non sia assoggettabile alla liquidazione giudiziale, trova luogo, come unica procedura regolatrice dell'insolvenza, la tradizionale liquidazione coatta amministrativa (art. 295 CCII), oltre al concordato preventivo (se proposto ovviamente dallo stesso debitore) e salvo diversa previsione normativa.

Si tratta di uno scenario destinato, pertanto, a ospitare conflitti tradizionali e incertezze interpretative, con la perdurante sollecitazione, scaricata sui giudici ordinari, volta a rinvenire i tratti della commercialità, nonostante lo statuto e la veste di impresa agricola o comunque non commerciale, ove i creditori chiedano l'attuazione della responsabilità comune a tutti i debitori, con le connesse sanzioni da cattiva gestione. Sul punto, un ruolo importante, ancorché solo di spinta indiretta, potrà provenire dal richiamo agli assetti organizzativi di cui al novellato art. 2086 cc (già vigente) e dalla veste definitiva che sarà assunta dall'art. 2477 cc (in tema di obbligo di nomina dell'organo di controllo o revisore), per l'impatto sul più ampio fenomeno organizzativo societario, ai sensi dell'art. 2519 cc¹².

5. La grande impresa nel codice della crisi e le zone di contatto con gli istituti della gestione concorsuale ordinaria

L'insuccesso del disegno unitario riformatore non è attenuato dall'aver il CCII ospitato una serie di de-

12. N. Abriani e A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, n. 4/2019, pp. 394-395 e 403.

finizioni (all'art. 2) destinate ad applicarsi all'intero ordinamento concorsuale. L'opzione quantitativo-dimensionale, per quanto coerente con la necessità di fissare il campo di applicazione delle norme nuove, sancisce la rinuncia del legislatore a esercitare una politica economica di ingerenza sulla *governance* della crisi delle imprese raccordata a una visione di primario interesse nazionale o del mercato domestico o di linee di controllo, almeno per settori. Definire le grandi imprese sulla base di parametri meramente contabili e patrimoniali, a ben vedere, esprime un razionale indice organizzativo ove si voglia graduare, in un unitario sistema di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il peso organizzativo delle procedure, dalla legittimazione dei soggetti al ruolo d'impulso del pm, sino al rito processuale e alla competenza del giudice. Ma il tutto nell'ambito di una cornice unitaria. Saltata, invece, l'aspirazione a un sistema concorsuale unitario, la fissazione di uno spartiacque appunto quantitativo, oltre il quale la mano pubblica, di per sé, ravvisa la giustificazione sia del proprio intervento di direzione della procedura sia la straordinarietà della misura, equivale a una profonda manifestazione di pervasività del controllo politico sull'economia. Se, cioè, indipendentemente dal settore produttivo o dalla coerenza della produzione con una o più delle scelte strategiche di un sistema economico, il Governo si dota di uno strumento di *governance* diretta delle crisi delle imprese sol che presentino indici organizzativi di consistenza patrimoniale, finanziaria e occupazionale prefissati, ciò integra un sistema che, all'opposto, riconduce le ordinarie crisi ed insolvenze, definite convenzionalmente per legge e per sottrazione, come assegnate alla competenza giurisdizionale secondo una nozione di minore rilevanza.

Ciononostante, il CCII costringe a ricostruire, attraverso il perimetro delle eccezioni, una nuova mappa dello statuto positivo delle grandi imprese che, programmaticamente escluse dalla liquidazione giudiziale, non per questo sono anche estromesse da alcuni istituti di vantaggio. Va innanzitutto precisato che, proprio sul piano del diritto concorsuale, si danno ora due definizioni di grande impresa: una prima, valevole per l'accesso alle figure del CCII, appunto fissata all'art. 2 lett. *g*, che comprende le imprese che, ai sensi dell'art. 3, par. 4, direttiva 2013/34/UE del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013, alla data

di chiusura del bilancio superano almeno due su tre requisiti, come 20 milioni dello stato patrimoniale, 40 milioni di ricavi netti dalle vendite e prestazioni, 250 dipendenti occupati in media nell'esercizio. Tali imprese, al pari dei gruppi di imprese di rilevante dimensione¹³, sono esclusi dagli strumenti di allerta, né per essi valgono le opportunità della composizione assistita della crisi (art. 12, comma 4, CCII). Lo stesso statuto è attribuito, per assimilazione qualitativa discendente dall'art. 4, comma 1, lett. *a* della legge delega, alle spa quotate.

Una seconda definizione resta, a sua volta, consegnata proprio alla richiamata disciplina concorsuale speciale, cioè l'art. 2 d.lgs n. 270/1999 e, poi, l'art. 1 dl n. 347/2003: il possesso congiunto di requisiti come lavoratori subordinati pari nel minimo a 200 da un anno, nonché debiti per non meno dei due terzi dell'attivo e dei ricavi dell'ultimo esercizio ovvero, a prescindere da tali dati, l'essere imprese confiscate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, implica l'ingresso (e almeno) nella prima delle due amministrazioni straordinarie. Ne consegue che c'è una zona di rilevanza della grande impresa assoggettabile all'amministrazione straordinaria, che però ancora non giunge alla soglia di immunità dal sistema dell'allerta e, corrispondentemente, dalle opportunità della composizione assistita.

Proprio per tali imprese, estranee alla liquidazione giudiziale, ma accomunate a quelle non grandi dalla soggezione agli istituti della concorsualità preventiva, l'art. 27, comma 1, CCII detta l'unica norma in tema di concentrazione della competenza. A occuparsi della crisi e delle insolvenze di tale tipologia di imprese, sin dal 16 marzo 2019, sono destinati i giudici che siedono presso i tribunali a loro volta sedi delle sezioni specializzate in materia di imprese, di cui all'art. 1 d.lgs 27 giugno 2003, n.168. Non si tratta di "sezioni fallimentari" specializzate, fondando la norma un mero criterio di individuazione della competenza concorsuale¹⁴ e delle controversie che ne discendono.

Peraltro, anche le imprese grandi ai sensi del CCII possono fruire di alcuni strumenti collegati all'allerta e alla composizione assistita, benché non entrino propriamente nelle rispettive zone di controllo: infatti l'art. 12, comma 6, assicura a tali imprese l'accesso alle misure premiali di cui all'art. 25. Per conseguirle,

13. La definizione per essi risiede nell'art. 2 lett. *i*, CCII: «gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato», nel rispetto dei limiti numerici dell'art.3, parr. 6 e 7 direttiva 2013/34/UE.

14. Mentre, per i gruppi di imprese di rilevante dimensione, siffatta competenza per materia e territorio non sembra potersi già attuare, non così potrebbe dirsi per le altre procedure concorsuali, quali lo stesso concordato preventivo, apparendo contraddittorio che la relativa competenza (fino all'entrata in vigore del codice della crisi, con il ferragosto 2020) continui a essere assegnata in base alla sede (dunque presso il tribunale del luogo) e solo l'amministrazione straordinaria – oltretutto – in base al COMI («center of main interests» – del debitore) e rinviando al tribunale in cui ha sede la citata sezione specializzata.

occorre che tali imprese versino nella medesima situazione di tempestività declinata secondo l'art. 24. Sul punto, si apre un problema: posto che l'art. 24 prevede che sia il presidente del collegio dell'Ocri a certificare che, effettivamente, il ricorso agli strumenti della regolazione ivi menzionati sia stato tempestivo rispetto ai picchi debitori di cui al primo comma, ci si interroga su come possa operare l'attestazione se le dette imprese non accedono alla composizione assistita e, dunque, non sono assoggettate, a prima vista, alla competenza amministrativa degli Ocri. Una prima risposta suggerisce di provocare l'insediamento di tale organismo appositamente per pervenire a tale attestazione, ma un evidente limite della tesi risiede nella strumentalità eccessiva che simile attivazione avrebbe sul sistema dell'allerta, non innescato per le sue finalità di risoluzione della crisi, bensì solo per far asseverare dall'organo che vi sia stato il ricorso tempestivo – s'immagina – a una procedura concorsuale ordinaria.

Una seconda tesi, per accreditarsi, impone allora di riconsiderare il valore stesso della citata asseverazione, considerandola non strettamente necessaria: o perché propria dell'*iter* che dovranno seguire solo i debitori che possono accedere fisiologicamente all'Ocri¹⁵, o in quanto effettivamente facoltativa, anche per i casi di previsione espressa¹⁶. La conseguenza di tale approdo conduce inevitabilmente a riversare sulla giurisdizione ordinaria la verifica effettiva della sussistenza della tempestività, rendendo certamente meglio controllato il requisito di meritevolezza, ma indebolendo sullo sfondo l'appetibilità degli stessi incentivi che presidiano i cospicui vantaggi economici, processuali e penali spettanti ai sensi dell'art. 25 e premianti i debitori che autonomamente attivano le procedure concorsuali in modo precoce.

6. L'applicazione degli istituti della concorsualità preventiva alle imprese cooperative

La sopravvissuta specialità del sistema concorsuale applicabile all'insolvenza delle imprese cooperative non ha, inoltre, impedito per esse – in attuazione assai parziale della legge delega – che, ai sensi del comma 1, lett. *b* dell'art. 15, fosse introdotta una indiretta partecipazione all'allerta e alla composizione assistita. Il compromesso normativo è desumibile dall'impianto dell'art. 316 (che opera il raccordo con

gli Ocri) e dell'art. 381, comma 2, CCII. Lo schema muove dal riconoscimento che l'autorità di vigilanza (ministeriale) non dispone né di strutture centrali né di articolazioni periferiche idonee a sostenere il peso, che peraltro avrebbe rivelato un reale apporto tutorio e di ausilio al debitore, degli organismi deputati a raccogliere le segnalazioni della crisi e, così, indirizzarsi per determinare un primo approccio delle cooperative al rispettivo superamento. Più razionale è dunque apparso rispettare l'impianto degli Ocri, in via di costituzione territoriale presso le Cciao, e influire sulle nomine del corrispondente collegio: nella misura di due terzi (cioè sostituendosi alle indicazioni di cui all'art. 17, comma 1, lett. *b* e *c* CCII) ovvero, in caso di impresa minore, direttamente nominando l'unico commissario. Al commissario invece nominato in caso di irregolarità e, se vi sia, anche crisi o insolvenza, il Ministero potrà attribuire il potere, a sua volta, di domandare la nomina del collegio o del commissario unico per la composizione assistita o l'accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o insolvenza (cioè, tipicamente, il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, ma formalmente nemmeno sarebbe esclusa la liquidazione giudiziale, se si tratta di cooperativa commerciale) *ex art.* 381 CCII.

Lo stesso art. 316 costituisce l'autorità di vigilanza in ricettore istituzionale delle segnalazioni d'allerta, provengano esse dagli organi interni di controllo dei soggetti vigilati ovvero dai creditori qualificati di cui all'art. 15 CCII – mentre la nascita del collegio dell'Ocri può essere l'effetto sia dell'iniziativa della cooperativa (in quanto debitrice), sia di una richiesta amministrativa al referente della Cciao.

7. Il quadro ordinamentale europeo: la duttile convivenza dei modelli amministrativi per la eventuale gestione e di quelli giurisdizionali per le assegnazioni delle tutele dei diritti

L'ordinamento eurounitario s'incentra essenzialmente su due fonti di rilievo: il regolamento Ue n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (che ha evoluto il precedente n. 1346/2000 del Consiglio in materia d'insolvenza transfrontaliera) e la risoluzione del Parlamento europeo 28 marzo 2019,

15. Estendendo le stesse prerogative al presidente o analogo organo dell'Ocri, quando vi sia lo smistamento a tale organismo a fronte di incompetenza amministrativa dell'Ocri *ex art.* 17, comma 6.

16. Divenendo allora essenziale ricostruire l'attestazione, se chiesta e ottenuta, come avente un valore che verrebbe a irrompere nel gioco probatorio (più o meno vicino alle presunzioni) dei requisiti di conservazione o conseguimento dei benefici.

n. 321, conseguente alla raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione (e che prelude a un'imminente direttiva volta a regolare i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e l'efficientamento delle procedure concorsuali). Va premesso che, in entrambi gli strumenti, la competenza amministrativa convive con quella giurisdizionale, avendo gli Stati accettato la pluralità dei rispettivi modelli organizzativi (*considerando* 20). Ma è altrettanto ferma l'opzione giurisdizionale, imprescindibile ogniqualvolta occorra giustificare, in un contesto di concorsualità o di assetto ad essa funzionale, un più o meno ampio e definitivo sacrificio dei diritti soggettivi, dei creditori in primo luogo.

Così il regolamento n. 848/2015, procedendo alla rifusione del precedente e delle sue molte modifiche, rilancia l'obiettivo dell'efficienza delle procedure implicanti elementi di internazionalità, al fine di assicurare, anche in tal modo, il buon funzionamento del mercato interno (*considerando* 3), scoraggiando il *forum shopping* pretestuoso o fraudolento (*considerando* 29) e quindi coordinando le conseguenze fra Stati dei provvedimenti delle autorità domestiche. Di rilievo è la definizione di «giudice» nell'art. 2, par. 6: per alcuni compiti espressamente richiamati, si tratta dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro; per altri, residuali, può essere la stessa autorità giudiziaria o qualsiasi altro organo competente di uno Stato legittimato ad aprire una procedura d'insolvenza, a confermare detta apertura o a prendere decisioni nel corso della procedura. Giudice in senso stretto è, dunque, il soggetto che riveste i compiti di cui all'art. 1, par. 1, lett. b e c, all'art. 4, par. 2, agli artt. 5 e 6, all'art. 21, par. 3, all'art. 24, par. 2, lett. j, agli artt. 36 e 39 nonché agli artt. da 61 a 77.

Da tale rinvio si evince l'essenzialità dell'autorità giudiziaria, e cioè con prerogative di tendenziale esclusività, con riguardo, in particolare, a: a) procedure concorsuali pubbliche con spossessamento del debitore e nomina di un amministratore e nelle quali figure una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, ciò al fine di proteggere le trattative tra debitore e creditori, ma con la previsione di una concessione anche «per legge»; b) le impugnative contro l'apertura della procedura principale d'insolvenza e la competenza per le azioni che derivano dalla procedura aperta, nonché quelle contro l'apertura della procedura secondaria; c) l'adozione di misure di coercizione sui beni oggetto di liquidazione; d) l'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo. Il

regolamento, inoltre, lascia impregiudicate le norme in materia di recupero degli aiuti di Stato presso le società in stato d'insolvenza, secondo l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea (*considerando* 18).

Da tale premessa si può già ricavare che ogni automatismo protettivo del patrimonio del debitore e immediatamente conseguente all'apertura della procedura, benché derivi dall'eventuale atto dell'autorità amministrativa, deve trovare incardinamento in una decisione giudiziaria. A sua volta, la riserva di legge sopra menzionata induce a ritenere ammissibile un simile meccanismo di produzione, ma fa anche meditare sui limiti che una discrezionalità non controllabile *ex ante* reca con sé, precludendo ogni vaghezza di previsione del potere di apertura somministrato alla pubblica amministrazione per un efficace controllo sui requisiti di accesso fissati in astratto.

Tale circostanza costituisce uno dei principali punti di contatto con i dettami della direttiva impostata dal Parlamento con la citata risoluzione n. 321/2019. Essa ha come obiettivi la rimozione di ostacoli che non permettano alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie – e anche non finanziarie (*considerando* 28) – di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva (*considerando* 24), continuando a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata (*considerando* 1). La parte più innovativa è dunque dedicata ai «quadri di ristrutturazione preventiva», nozione che si riferisce a debitori che intendano ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e così prevenire l'insolvenza, evitando la liquidazione di imprese sane. Si tratta pertanto, per tale istituto, di principi che, a prima vista, attonano ai nostrani concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche agli strumenti di allerta e alla composizione assistita della crisi, così come introdotte con il d. lgs n. 14/2019¹⁷, oltre che all'istruttoria sulla futura liquidazione giudiziale (erede dell'attuale fallimento). Anche se, va detto, la situazione di compromesso fra istituzioni Ue che ha originato la concertazione con il Parlamento è scorgibile nel *considerando* 16, che lascia agli Stati membri la facoltà di mantenere o anche introdurre quadri di

17. Al punto che diviene dubitabile la copertura eurounitaria di tutti i sistemi automatici di *stay* che, da un lato, non coinvolgono un passaggio giudiziario ovvero, dall'altro, siano propri di procedure fondate sull'insolvenza in senso stretto e non sulla sua mera probabilità, che nell'ottica della direttiva dovrebbe infatti essere scongiurata. Nel *considerando* 3 si legge che «le imprese non sane che non hanno prospettive di sopravvivenza dovrebbero essere liquidate il più presto possibile. Se un debitore che versa in difficoltà finanziarie non è sano

ristrutturazione preventiva nazionali diversi da quelli della direttiva. Occorre, allora, comprendere se tale diversità sia legata ai presupposti (debitori sani in difficoltà finanziaria) o ai congegni (ristrutturazioni perseguibili dall'interno di procedure concorsuali già avviate) o ad entrambi (con combinazioni originali e di deroga).

Parimenti, la robusta iniezione laburistica operata dal Parlamento¹⁸ intercetta un inedito coinvolgimento dei portatori di interessi omogenei, segnatamente indicando (*considerando* 10) la necessità di un dialogo sulle misure previste con le operazioni di ristrutturazione, adeguatamente includendo un ruolo per i rappresentanti dei lavoratori e tutelando i relativi crediti: il primo punto, proprio perché raccomandato per «quelle [operazioni] di grandi dimensioni che generano un impatto significativo», appare destinato a interrogare i limiti autoritativi delle scelte dell'amministrazione straordinaria italiana, in cui – come visto – il requisito occupazionale è determinante come *scrimen* rispetto alla giurisdizione, ma senza obbligatoria interlocuzione normativa alcuna con le organizzazioni dei lavoratori stessi, salvo le tutele per le ipotesi di trasferimento d'azienda.

Inoltre, si segnala che – in netta controtendenza con l'esonero di cui all'art. 12, comma 4, CCII – il *considerando* 22 prevede espressamente un adattamento degli strumenti di allerta precoce anche alle grandi imprese e ai gruppi di imprese di grandi dimensioni. E, in parallelo, l'art. 19 impone ai «dirigenti», qualora sussista una probabilità d'insolvenza, di adottare iniziative che tengano conto degli interessi dei creditori, evitino l'insolvenza stessa, scongiurino il venir meno della sostenibilità economica dell'impresa. Il che suonerebbe conferma della coerenza delle riforme italiane del diritto societario in tema di controllo sindacale (art. 2477 cc), assetti organizzativi (art. 2086 cc) e misure di allerta interne (art. 14 CCII).

La sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, anticipatamente recepita nella sua massima estensione (12 mesi) dall'art. 8 d.lgs n.14/2019, è nel progetto di direttiva riferita a una competenza che, almeno per il *considerando* 32 e negli artt. 2, par. 4, e 6 (e poi 10 e 15 per l'omologa dei piani, e 14 per le valutazioni in caso di contestazioni), sembrerebbe ascrivere sia ai giudici che alle autorità amministrative, se queste sono le scelte nazionali, cui si aggiunge un'applicazione per previsione di legge. In realtà, la condizione è la stretta

necessità di agevolare le trattative, viene negato ogni automatismo e financo si consente la tipizzazione di motivi di rifiuto (*considerando* 32 e art. 6, par. 1). È, in ogni caso, ribadito che va assicurata la giustiziabilità delle citate decisioni; questa s'incentra in una competenza esclusiva dei giudici ed essa include anche poteri di sospensione dell'esecuzione dei piani o di loro parti (art. 16).

Uno dei punti di maggiore impatto problematico resta, comunque, il precetto sulla durata limitata della sospensione delle azioni esecutive individuali: l'art. 6 illumina così, e in generale, gli strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale, fissandone una gittata circoscritta e fortemente agganciata al merito di successo della ristrutturazione in corso. Tale disciplina è destinata ad applicarsi anche alle misure preventive (siano esse i concordati o la composizione assistita), che poi preludono all'ingresso del debitore in procedure amministrative, nelle quali invece, alla vocazione liquidatoria o comunque al presupposto dell'insolvenza, corrisponde la diversa regola della stabile impossibilità dell'aggressione individuale al patrimonio del debitore.

Va, infine, riportato l'art. 25 che, premettendo la salvezza dell'indipendenza della magistratura e, al contempo, prendendo atto delle differenze nell'organizzazione del potere giudiziario all'interno dell'Unione, prescrive agli Stati di promuovere un'adeguata formazione, così da raggiungere «le competenze necessarie per adempiere alle loro responsabilità», con riguardo non solo ai magistrati (evidentemente giudici e altri membri delle autorità giudiziarie, come nel nostro ordinamento anche i pubblici ministeri), ma altresì alle autorità amministrative che si occupano delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione. Il che pone una questione non di mero aggiornamento tecnico-giuridico, investendo la formazione aspetti di doverosità dell'agire non in conflitto d'interessi, con la medesima cultura di legalità e in vista dell'obiettivo dell'efficienza delle procedure. La problematicità investe, per la pubblica amministrazione italiana, quelle procedure che, organizzate all'interno dei ministeri, ascrivono la responsabilità degli atti al ministro pur essendo articolate in una filiera di competenze interne di funzionari, con statuti di terzietà e autonomia ovviamente diversi da quelli dei componenti la magistratura. Altro obiettivo comune, per la stessa norma, è poi che il trattamento delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed

o non può tornare a esserlo in tempi rapidi, gli sforzi di ristrutturazione potrebbero comportare un'accelerazione e un accumulo delle perdite a danno dei creditori, dei lavoratori e di altri portatori di interessi, come anche dell'economia nel suo complesso». L'inciso è destinato a riaprire il dibattito sulla predeterminazione normativa delle fasi dell'amministrazione straordinaria destinate alla verifica della tenuta della ristrutturazione tentata con un piano, almeno ove essa, *de facto*, sospenda ogni misura di pagamento ai creditori.

18. Il confronto è con il testo della proposta di direttiva della Commissione del novembre 2016, profondamente rivisto sulla questione.

esdebitazione avvenga in modo efficiente ai fini di un espletamento in tempi rapidi.

Sarà poi interessante notare, quando l'art. 29 andrà a regime, il confronto tra procedure e ordinamenti, avendo riguardo in particolare alla raccolta dei dati che gli Stati debbono promuovere, specie per il costo medio della procedura, i tassi di recupero dei credi-

tori, i posti di lavoro perduti. Si darà allora vita, con questi e altri dati aggregati, a un completo e moderno sistema di monitoraggio e controllo, sul presupposto della loro affidabilità e comparabilità per i risultati delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione al fine di aggiornare l'applicazione della direttiva.

Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata

di *Claudio Viazzi*

Parlare della specializzazione del giudice concorsuale e della necessaria revisione della competenza territoriale, oggi distribuita irrazionalmente tra tutti i 140 tribunali sparsi sul territorio, significa parlare della “riforma che non c'è stata”, il decreto delegato avendo sul punto disatteso completamente le direttive della legge delega. Ciò peraltro non rappresenta solo un clamoroso vizio di incostituzionalità del codice, ma anche una carenza che rischia di compromettere l'efficacia dell'intera riforma.

1. Premessa / 2. La specializzazione e la dimensione degli uffici giudiziari / 3. I lavori della II Commissione Rordorf di redazione della proposta di decreto delegato / 4. Il “tradimento” del decreto delegato / 5. La specializzazione del giudice: un valore discusso e divisivo; 6. Una conclusione un po' sconsolata

1. Premessa

Affrontare la questione della specializzazione del giudice concorsuale nel nuovo codice della crisi e insolvenza dell'impresa, rischia di risultare oggi una semplice testimonianza o una pura disquisizione accademica (se non rimanesse ancora la labile speranza di un intervento correttivo), trattandosi della parte della manovra riformatrice che non c'è, in quanto scomparsa nel testo finale del d.lgs 12 gennaio 2019 n. 14, varato dall'attuale Governo. Scomparsa che rappresenta una grossolana violazione della legge delega, che prevedeva, al contrario, una forte specializzazione del giudice concorsuale attraverso una significativa concentrazione delle competenze a livello di uffici giudiziari, di dimensioni tali da assicurarla, assegnandone l'individuazione, appunto, al decreto delegato. Nelle pagine che seguono si cercherà, allora, di dimostrare questo preciso assunto: mentre l'impianto originario della legge delega e le conseguenti proposte elaborate erano veramente funzionali a una riforma che si intendeva inserire entro un contesto organizzativo razionale, l'amputazione di tale profilo della manovra nel decreto finale rischia di indebolire pesantemente l'intera riforma, essendo venuto meno un suo importante e decisivo tassello,

con gravi conseguenze sul piano della sua stessa piena realizzabilità.

2. La specializzazione e la dimensione degli uffici giudiziari

Che si tratti di un binomio inscindibile è apparso evidente fin dal decreto ministeriale istitutivo della “Commissione Rordorf” che, tra le direttive e gli obiettivi di fondo da perseguire, indicava proprio quello di realizzare uffici giudiziari caratterizzati dalla specializzazione dei giudici addetti alle procedure concorsuali, con conseguente necessità di concentrare le competenze presso uffici di dimensioni congrue, provvedendo altresì alle relative variazioni delle piante organiche (in aumento o in diminuzione).

Se si voleva, invero, dare un contenuto effettivo al valore/obiettivo della prima, occorreva provvedere a una drastica revisione della distribuzione delle seconde, che non poteva rimanere polverizzata nel reticolo costituito dai 140 tribunali esistenti: chiaro appariva a tutti gli addetti, del resto, che fosse un vero non-senso organizzativo il fatto che, per esemplificare, il Tribunale di Lanusei (dotato di una pianta organica di 6 giudici) avesse le stesse competenze

del Tribunale di Roma, la cui pianta organica era di 370!

Altrettanto chiara era stata, così, la scelta della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, il cui art. 2, comma 1, lett. n, nello stabilire il criterio guida di «*assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, con adeguamento degli organici degli uffici giudiziari la cui competenza risulti ampliata*», individuava tre fasce distinte di uffici a competenza differenziata, attribuendo a quelli più grandi, in quanto sede delle sezioni specializzate in materia di impresa, la competenza sulle procedure relative all'amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione; mantenendo invariati i vigenti criteri di attribuzione della competenza per le procedure di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista e degli imprenditori sotto soglia di fallibilità, vale a dire tutti i tribunali esistenti; infine individuando, tra gli stessi, quelli competenti alla trattazione delle procedure concorsuali diverse dalle due fasce precedenti, sulla base di una serie di parametri elencati dalla stessa legge delega (numero giudici in organico, numero delle procedure concorsuali sopravvenute negli ultimi cinque anni, numero delle procedure definite nello stesso periodo, durata delle procedure, numero delle imprese iscritte al registro delle imprese, popolazione residente nel territorio del circondario di ogni tribunale). A proposito, poi, del primo indicatore costituito dall'organico dei giudici, la delega precisava, significativamente, che si trattava di un parametro «*da valutare in relazione ai limiti dimensionali previsti ai fini della costituzione di una sezione che si occupi in via esclusiva della materia*».

Ora, questo inequivoco impianto della delega conteneva dunque un'implicita denuncia dell'insoddisfacente assetto delle competenze esistenti, perché allocate presso uffici non in grado di allestire una sezione minima di giudici competente a trattare la materia. I dati concreti acquisiti nel corso dei lavori della Commissione ministeriale risultavano, infatti, davvero impietosi: dall'esame delle tabelle di tutti gli uffici esistenti, di cui ben 45 avevano una pianta organica inferiore a 20 giudici (che da tempo, un po' convenzionalmente, gli studiosi di organizzazione avevano indicato come organico minimo perché un tribunale potesse funzionare) emergeva che addirittura 90 tribunali su 140 contemplavano, nella propria tabella, 1 o al massimo 2 giudici delegati alle procedure concorsuali, il che impediva automaticamente di poter contare, in tali uffici, su altri giudici specializzati che componessero un collegio in grado di controllare con terzietà, autonomia e professionalità l'operato dei primi.

Tale quadro desolante, ma inconfutabile stava quindi alla base della proposta delle tre fasce di competenza degli uffici che ha portato alle scelte della leg-

ge delega. E questo – non è inutile ricordarlo – dopo che si scartò in commissione una soluzione alternativa che venne messa sul tappeto all'inizio della discussione. Soluzione che, nella sostanza, affermava: se non si vogliono spostare le cause da un ufficio all'altro, vale a dire da quello che perde la competenza a quello che l'aumenta, allargando la propria competenza territoriale, necessariamente allora bisogna procedere allo spostamento dei giudici. Ciò significava un piano di applicazioni di giudici specializzati dagli uffici più grandi verso quelli più piccoli, per poter integrare, di volta in volta, i collegi che là non si riescono a costituire per mancanza di specializzazione e superare, così, la triste realtà di tante composizioni "raccogliticce" che finiscono per risultare, di fatto, subalterne alle scelte adottate dal giudice reclamato od opposto che, il più delle volte, è l'unico in ufficio a capire qualcosa della materia.

Ora, tale proposta alternativa fu scartata rapidamente per ragioni di costi e per i disagi – come molti ebbero a dire – che si creavano negli uffici che avrebbero dovuto fornire la manodopera specializzata itinerante per l'adozione degli strumenti di mobilità. Dunque, l'unica soluzione non poteva che essere quella dell'accorpamento della competenza a scapito degli uffici più piccoli, vale a dire esattamente quanto disposto nel testo della legge delega: ecco, quindi, la inevitabile conclusione in base alla quale, se non si spostano i giudici, si spostano le competenze. *Terminus non datur*.

3. I lavori della II Commissione Rordorf di redazione della proposta di decreto delegato

Il lavoro di traduzione concreta delle linee guida della delega si è, a questo punto, indirizzato in primo luogo verso la soluzione di due questioni ordinarie da essa poste, che riguardavano il concetto di "sezione" e di "esclusività" della competenza tabellare. Ora, dato che l'art. 46 dell'ordinamento giudiziario vigente stabilisce che, per la costituzione di una sezione, occorre che essa sia composta da «*almeno cinque giudici*», si è subito optato, nell'alternativa interpretativa "5 giudici + 1 presidente" oppure "4 giudici + 1 presidente" (dato che anche il presidente è un giudice), per la seconda soluzione, che consentiva certamente di aumentare il numero degli uffici in grado di organizzarsi con una sezione specializzata. Egualmente, anche la seconda questione interpretativa di cosa si intendesse nella legge delega per sezione che «*si occupi in via esclusiva della materia*», si è nuovamente optato per la tesi più funzionale a salvare un numero più ampio di uffici. Se si fosse, infatti,

intesa l'esclusività nel senso di sezione che si occupi soltanto di competenze concorsuali, sarebbero rimasti competenti pochissimi tribunali, atteso che, dati tabellari alla mano, neppure gli uffici più grandi – eccetto poche unità – sono competenti soltanto in materia concorsuale, poiché quelle che sono denominate “sezioni fallimentari” si occupano normalmente anche di altri affari, più o meno connessi con la materia concorsuale.

La scelta è stata, allora, quella di interpretare l'esclusività della legge delega nel senso che si dovesse, in tutti gli uffici in cui la competenza veniva mantenuta, evitare che le competenze concorsuali potessero essere disseminate in diverse sezioni: una sola doveva essere quella competente a occuparsene, anche se unitamente ad altri affari.

In altri termini, le scelte fatte avevano come filo conduttore quello di conservare la competenza in capo al maggior numero possibile di uffici, purché fosse assicurata la specializzazione minima necessaria, attraverso un prudente bilanciamento tra l'esigenza di concentrazione che trovava emersione indubbia nell'art. 2, lett. n, punto 3, della delega e quella opposta di localizzazione e decentramento, fissato dall'altra norma della stessa delega sul criterio di radicazione della competenza territoriale. Il nuovo giudice concorsuale precostituito per legge finiva, così, per essere un giudice non vicinissimo dovunque al «*centro degli interessi principali*» dell'impresa, ma neppure troppo lontano. Dei 136 tribunali presi in esame (non tenendosi cioè conto di Vasto, Lanciano, Avezzano e Sulmona, uffici abruzzesi già soppressi, e solo prorogati temporaneamente a seguito degli eventi sismici che hanno colpito tale regione) la tabella di “sopravvivenza” elaborata ha visto l'accentramento della competenza presso 77 uffici e la perdita della competenza in altri 59. Tendenzialmente, la linea seguita è stata quella di conservare la competenza degli uffici con più di 20 giudici in pianta organica, eccetto alcune situazioni prive di altri indicatori significativi che ne giustificassero la conservazione, così come, per converso, alcune realtà di uffici con piante organiche inferiori hanno mantenuto la competenza (con proposte di indispensabile aumento di organico) a seguito di un motivato esame degli altri parametri presenti (si pensi al caso-limite emblematico di Pordenone, con un numero di 20 giudici in organico, ma con un numero di imprese pari a più del doppio rispetto a Trieste, o a Campobasso, ufficio con soli 11 giudici in pianta, che veniva salvato per rispetto degli ordini del giorno adottati in Parlamento tesi a garantire almeno un tribunale competente per distretto). La Commissione ha quindi consegnato, nel dicembre 2017, al Ministro il testo di un'articolata proposta delle nuove competenze territoriali, accompagnata da un corredo di norme organizzative e ordinamentali che miravano

a rafforzare ulteriormente l'obiettivo della specializzazione: l'istituzione di un'apposita sezione specializzata in Cassazione, regole di accesso alle sezioni specializzate, programmi di formazione professionale permanente, trasparenza e rotazione degli incarichi, e così via.

4. Il “tradimento” del decreto delegato

Tutto il lavoro svolto, lo si ripete in precisa attuazione delle chiare direttive della legge delega, è stato inopinatamente buttato a mare dal legislatore delegato. Il nuovo Governo, autodenominatosi “del cambiamento”, in realtà qui ha cambiato ben poco, mantenendo intatta la geografia giudiziaria delle competenze preesistenti. L'art. 27 del decreto delegato, al comma 1, si è limitato a introdurre un'unica modestissima modificazione alle attuali competenze, attribuendo ai tribunali sede delle sezioni specializzate per le imprese la competenza per amministrazioni straordinarie e gruppi d'impresе di rilevanti dimensioni, come prescritto dalla legge delega, mentre il comma 2, stravolgendo quest'ultima, ha stabilito laconicamente che *per tutti gli altri procedimenti la competenza è del tribunale del luogo «nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali»*, cioè tutto come prima. L'art. 20 del decreto, infine, in relazione alle procedure d'allerta di nuova istituzione, ha stabilito che le misure protettive che possono essere disposte durante tali procedure siano di competenza delle «sezioni specializzate d'impresa» e non dei tribunali sede di tali sezioni: novità, forse frutto di un vero e proprio refuso, che appare comunque irrazionale e priva di giustificazione, dato che pressoché dovunque, nei grandi uffici, le due sezioni sono distinte, a conferma di una certa approssimazione tecnica del testo.

Orbene, di fronte a queste scelte, sorgono immediatamente alcune precise domande: che razza di calcolo costi/benefici è stato fatto? Perché si è sacrificato del tutto il valore della specializzazione? Cosa si è voluto, al suo posto, privilegiare o – meglio – conservare? Quali interessi prevalenti si sono voluti tutelare? Rispondere a questi interrogativi potrebbe peraltro apparire più un tirare a indovinare che un confrontarsi con una linea politica dall'attuale esecutivo, perché di tale linea non esiste traccia. Al di là delle scarse disposizioni normative esaminate, non esiste infatti una relazione motivata che le abbia accompagnate e illustrate, spiegando perché non si sia voluto dar corso alla delega, violandola scientemente.

La gravità di questo modo di operare non può essere sottaciuta, ma per apprezzare in pieno quale *vulnus* si sia arrecato in tal modo all'intero impianto del-

la riforma, facendone mancare un tassello essenziale, sarà opportuno, a questo punto, un approfondimento sul concetto di “specializzazione”, sui suoi innegabili vantaggi e su come esso si sia affermato nella giurisdizione e nella cultura professionale della corporazione giudiziaria.

5. La specializzazione del giudice: un valore discusso e divisivo

Sicuramente, nel testo finale approvato dal Governo, i valori della specializzazione e del buon andamento degli uffici (che saranno tutti alle prese con un impegnativo nuovo codice di circa 400 articoli in materie estremamente complesse dal punto di vista tecnico, testo da comprendere, interpretare, metabolizzare e applicare con elevata professionalità), sono stati immolati come vittime sacrificali sull'altare di una volontà politica apparsa tutta subalterna ai localismi e particolarismi coinvolti, e alle pressioni delle *lobby* legate agli interessi incisi dalla riforma. Questa subalternità si lega, inoltre, a una profondamente errata concezione della giustizia come servizio da assicurare in presidi il più possibile prossimi ai cittadini: ecco l'idea nostalgica del giudice di prossimità, che si trascina dietro altre idee obsolete a essa collegate, quale il piccolo ufficio decentrato, avamposto di legalità, o il modello antico del giudice tuttofare che opera svolgendo indifferentemente funzioni promiscue. Idee e modelli organizzativi i quali, oltre che anacronistici, sono antitetici rispetto a qualsiasi discorso o programma basato sulla specializzazione.

A questo proposito, appare calzante ricordare un vecchio, ma illuminante e attualissimo scritto di un grande magistrato e studioso, Pino Borrè, comparso nel 1968 sulla rivista *Il Ponte*, e dedicato proprio alla specializzazione del giudice. Scriveva Borrè, con la sua solita tacitiana chiarezza, che di fronte al progressivo intensificarsi e complicarsi dei fenomeni sociali occorreva potenziare la selezione attitudinale e l'esigenza della specializzazione dei giudici. Ma con quali vantaggi? Così l'Autore li elencava: a) maggiore rapidità di esercizio delle funzioni; b) riduzione dei pericoli dell'errore tecnico; c) scoraggiamento delle parti a sostenere tesi inaccettabili; d) acquisto di maggior prestigio del giudice di fronte alle parti in quanto effettivo *dominus materiae*.

A questo, oggi, aggiungeremmo: aumento delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudizio insite nel giusto processo, nonché aumento della prevedibilità delle decisioni.

Concludeva quindi la sua riflessione Borrè, rilevando che la specializzazione, per un giudice, rappresentava un traguardo cui si giungeva attraverso la sperimentazione delle varie branche del sapere

giuridico. Il che non significava frammentazione di essa, ma un *plus* che si aggiungeva alla preparazione di base del magistrato e che la nobilitava nel suo complesso, specie in materie particolarmente complesse come quella fallimentare. Infine, Borrè considerava che l'attuazione pratica di qualsiasi programma organizzativo di specializzazione era condizionata alle dimensioni dell'ufficio giudiziario: «*Va infatti rilevato che quando la cura del pubblico bene avrà finalmente la meglio su discutibili interessi campanilistici e si attuerà un radicale ridimensionamento delle circoscrizioni giudiziarie, non vi saranno più uffici minimi*». Così si esprimeva la chiara connessione con la necessità di una ristrutturazione della competenza territoriale.

Ebbene, sono passati cinquant'anni da quello scritto e gli uffici minimi non sono affatto scomparsi, e in molti – se non in tutti – la specializzazione continua a essere una chimera, una pia illusione ostacolata in mille modi dalle condizioni operative e organizzative anguste in cui essi si trovano. Eppure, appena si è materializzata la probabilità, dopo la legge delega, che con il decreto delegato molti uffici privi di specializzazione potessero perdere alcune competenze, è iniziata la controffensiva di molti giudici e ordini professionali.

Qui si svela, probabilmente, dove si colloca la vera fragilità di un valore mai interamente metabolizzato dall'organizzazione e dalla corporazione giudiziarie, proclamato spesso a parole, ma contrastato nei fatti, esaltato quando costituiva espressione di libere scelte del singolo magistrato, ma combattuto appena comportava limitazioni o vincoli organizzativi di sorta. Ci ricordiamo o no di come è stata vissuta, all'interno della magistratura, l'introduzione della temporaneità decennale delle funzioni tabellari? Qui, la specializzazione è stata esaltata come valore che non doveva essere calpestato dalla rotazione, perchè questa misura avrebbe comportato la perdita irrimediabile di patrimoni conoscitivi e professionali. Battaglia infracorporativa che, tuttavia, trascurava del tutto i rischi dell'eccessiva permanenza nello stesso posto o funzione e i vantaggi che la professionalità acquisita poteva portare, arricchendola, in una nuova funzione contigua alla precedente: se un giudice, dopo dieci anni di funzioni concorsuali, passa ad altra attività nel settore commerciale o societario, cosa perde in realtà del precedente patrimonio professionale?

In effetti tutto questo chiacchiericcio – che dura da anni – sul tasto dolente della rotazione decennale, altro non fa emergere che l'antica e mai abbandonata opposizione a qualsiasi misura, regola, imposizione che, dall'esterno, possa limitare i percorsi professionali di ciascun magistrato, che dovrebbero rimanere sempre liberi e mai essere limitati da costrizioni orga-

nizzative esterne, in una malintesa concezione dei valori di autonomia e indipendenza che mira a coprire aspetti che, con questi, nulla hanno a che fare.

Da questo punto di vista si spiega, allora, facilmente il perchè della battaglia (risultata alla fine vittoriosa) e delle pressioni condotte da tutti gli uffici che rischiavano di perdere la competenza in materia concorsuale, in quanto non in grado di assicurare specializzazione in materia, uniti agli interessi contrari dei professionisti colpiti dalla stessa misura. L'obiettivo è stato così osteggiato in tutti i modi perchè comportava la perdita di una competenza strategica per l'ufficio (mettendo anche a repentaglio gli introiti di tanti studi professionali), a nulla importando a quanti protestavano se la si esercitasse bene o in modo approssimativo. Ed ecco la riscoperta – come “foglia di fico” – del modello di giudice di prossimità, da difendere a tutti i costi, in cui si sono canalizzati interessi molteplici di segno – però – molto differente tra loro.

All'ingenuità di quanti continuano a credere che tale modello sia ancora attuale, allo stesso modo di come si crede ancora in Babbo Natale e alla sciocchezza che un giudice vicino a casa sia sempre garanzia e presidio di legalità, indipendentemente dalla sua funzionalità, si sono sempre sommati interessi ben meno nobili e più potenti – che hanno così manovrato i primi –, che da sempre hanno investito sull'inefficienza dei piccoli uffici, ad esempio correndo a iscrivere imprese nei relativi registri contando sul fatto che la procura non imbastisse mai, per incapacità congenite, indagini per reati fallimentari o economici, o sul fatto che il tribunale non dichiarasse quasi mai il fallimento, ma optasse sempre o quasi per procedure concordatarie più morbide. Sto raccontando favole, oppure sto fedelmente raccontando quanto accaduto in questi ultimi decenni in tanti piccoli uffici, da nord a sud, nell'intera Penisola? Cosa ha significato realmente, per la tenuta dello Stato di diritto e l'effettività del controllo di legalità in tante zone del Paese, la presenza di uffici giudiziari sguarniti e con armi spuntate proprio in terreni cruciali dell'economia, a cominciare dalla gestione delle crisi delle imprese?

Ecco perchè chi scrive è totalmente scettico circa l'utilità di certi discorsi demagogici sulla necessità del giudice vicino a casa e sulla bellezza di un potere giudiziario diffuso. Ciò serve, infatti, solo a favorire il proliferare dell'illegalità e ad avere un ufficio prossimo, ma vuoto o povero di risorse, di livello professionale scadente e non specializzato in materie cruciali. La diffusione della stessa competenza sul territorio rischia, se non accompagnata da risorse adeguate e da professionalità all'altezza dei compiti, di produrre l'effetto contrario della sua ineffettività che rende, alla fine, il presidio di asserita legalità mera apparenza e luogo ove si realizza esattamente il suo opposto.

6. Una conclusione un po' sconsolata

I guasti prodotti da questa irresponsabile non attuazione della delega si collocano sicuramente a vari livelli. In primo luogo, sul piano costituzionale degli equilibri tra potere legislativo delegante (Parlamento) e delegato (Governo), che rischiano di comprometersi oggettivamente quando, nell'*iter* della delega, sopravviene – come avvenuto in questa vicenda – un Governo di orientamento diverso da quello che aveva richiesto la delega e che decide, magari, di attuare la medesima in modo difforme. Che succede, qui, sul piano costituzionale? Potrà e in che modo intervenire la Corte costituzionale che, tra l'altro, proprio in questa delicata materia ha sempre avuto atteggiamenti oscillanti, a volte rigorosi, a volte lassisti? A parte la difficoltà a costruire un giudizio incidentale di incostituzionalità, sotto il profilo della rilevanza della questione, si potrebbe obiettare alla fine che l'uso frazionato o parziale della delega rientri nelle legittime scelte politiche del Governo (anche se qui si è fatto ben altro, cioè lo stravolgimento della direttiva), che alla fine una modesta specializzazione si è realizzata con il potenziamento della competenza dei tribunali sede della sezione specializzata per le imprese, mentre per il resto hanno prevalso altre esigenze rilevanti sottese ad assicurare la diffusione sul territorio delle competenze. E così via.

In realtà, percorrere la strada dell'incostituzionalità e della confutazione delle possibili tesi giustificative non porta da nessuna parte, essendo sterile esercitazione dilungarsi sui guasti di ordine costituzionale prodotti, specie in una fase storica in cui ragionare di gerarchia delle fonti e di rigidità della Costituzione sembra alquanto fuori moda. Viceversa, può apparire più utile soffermarsi, quale profilo più preoccupante della questione, sulle conseguenze devastanti della scelta fatta in punto di attuazione della riforma e buon andamento degli uffici.

E, allora, insistiamo nel ricordare che l'introduzione della specializzazione affiancata dal riordino delle competenze era una tipica riforma a costo zero, i cui benefici superavano di gran lunga gli svantaggi (che non riguardavano, in ogni caso, l'amministrazione della giustizia); che, come insegnano i sociologi dell'organizzazione, una delle più gravi diseconomie di scala di un ufficio (non solo giudiziario) è quella data dalla mancanza di specializzazione degli addetti, per cui solo l'attuazione del programma della legge delega avrebbe assicurato reali economie di scala per gli uffici nella gestione della crisi delle imprese, tanto è vero che rappresentava uno degli obiettivi principali dell'intera riforma.

Al contrario, il mantenimento dello *status quo* perpetuerà il divario, oggi già enorme, tra le *performance* degli uffici – quelli più grandi maggiormente

professionalizzati e quelli piccoli –, consolidando un perverso doppio circuito giurisdizionale che significa diversi servizi erogati, di serie A e di serie B, a due velocità e con due differenti livelli di professionalità, giurisprudenza più ondivaga e imprevedibile, il tutto con pesanti ricadute anche in termini di giusto processo *ex art. 111 Cost.*, che nel secondo circuito più debole di giurisdizione rischia di essere quotidianamente disapplicato.

La domanda conclusiva è, a questo punto, una sola: davvero i cittadini e le imprese, che siano sane o in crisi, ma meritevoli di ottenere rapidamente una

nuova *chance* dal mercato, saranno così contenti di avere ancora un giudice che sieda presso la porta accanto, come ci dice la narrazione che va per la maggiore, ma poco efficiente ed efficace, perchè prima di tutto non specializzato e non in grado quindi di capire e, poi, di tutelare con tempestività, autorevolezza e capacità le loro questioni e i loro diritti in un giusto processo?

Questa, alla fine, resta l'unica vera questione, e si spera che chi ci governa apra presto gli occhi sulla reale portata di quello che, forse un po' superficialmente e frettolosamente, ha fatto.

Gli autori

- Maria Acierno**, consigliere della Corte di cassazione
- Geremia Casaburi**, presidente di sezione civile del Tribunale di Nola
- Stefano Celentano**, giudice del Tribunale di Napoli
- Bruno Conca**, giudice delegato del Tribunale di Torino
- Giovanni D'Amico**, ordinario di diritto privato, Università di Reggio Calabria "Mediterranea"
- Carlo De Chiara**, presidente di sezione della Corte di cassazione
- Cecilia D'Elia**, assessore alle Politiche sociali, Municipio Roma II
- Massimo Fabiani**, ordinario di diritto commerciale, Università del Molise
- Massimo Ferro**, consigliere della Corte di cassazione
- Marco Gattuso**, giudice del Tribunale di Bologna
- Fabrizio Guerrera**, ordinario di diritto commerciale, Università di Messina
- Pier Paolo Lanni**, giudice delegato del Tribunale di Verona
- Valentino Lenoci**, consigliere della Corte di appello di Bari
- Anna Lorenzetti**, ricercatrice in diritto costituzionale, Università di Bergamo
- Francesco Macario**, ordinario di diritto privato, Università di Roma "Roma Tre"
- Paolo Morozzo della Rocca**, ordinario di diritto privato, Università di Urbino
- Marco Musella**, ordinario di economia politica, Università di Napoli "Federico II"
- Giovanni Battista Nardecchia**, giudice delegato del Tribunale di Monza
- Adriano Patti**, consigliere della Corte di cassazione
- Barbara Polisenò**, avvocato e ricercatrice all'Università di Bari "Aldo Moro" (settore scientifico: diritto processuale civile)
- Riccardo Ranalli**, commercialista dell'Ordine di Torino
- Laura Ronchetti**, docente di diritto costituzionale, Università del Molise, ricercatrice del Consiglio nazionale delle ricerche di Roma
- Gianpaolo Maria Ruotolo**, professore associato di diritto dell'Unione europea, Università di Foggia
- Giuseppe Salmè**, già presidente di sezione della Corte di cassazione
- Chiara Saraceno**, già professore di sociologia della famiglia alle Università di Trento e di Torino, *honorary fellow* presso il Collegio "Carlo Alberto" di Torino
- Angelo Schillaci**, avvocato e docente di diritto pubblico comparato, Università di Roma "La Sapienza"
- Alessandro Taurino**, ricercatore in psicologia clinica, Università di Bari "Aldo Moro"

Laura Tomasi, magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale, già giurista assistente presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti umani

Paola Vella, consigliere della Corte di cassazione

Claudio Viazzi, già presidente del Tribunale di Genova

Vittorio Zanichelli, già presidente del Tribunale di Modena