

Volontaria giurisdizione e rito camerale: tra autonomia e legge*

di

Andrea Racca**

Sommario: 1. La Volontaria giurisdizione; 2. Proposte di degiurisdizionalizzazione della Volontaria giurisdizione. 3. La funzione del rito camerale nell'arretramento dell'intervento giurisdizionale nella gestione della crisi e dell'insolvenza. 4. Conclusioni interlocutorie.

1. La Volontaria Giurisdizione.

Per coloro che frequentano le aule di giustizia l'anno 2024 è iniziato con una migrazione dei codici di iscrizione a ruolo di molti procedimenti dal registro contenzioso civile al registro della Volontaria giurisdizione. Come è noto, il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, novellando il Codice di rito civile (Titolo IV- bis del Libro II), ha previsto infatti un rito unico per i procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie, in precedenza strutturati nella forma del procedimento in camera di consiglio.

Come indicato dal *Dipartimento per la transizione digitale della giustizia* del Ministero della Giustizia nella nota del 17 gennaio 2024¹, ai fini dell'inserimento e della gestione dei relativi procedimenti nei registri informatizzati, in un primo tempo detti procedimenti sono stati inseriti, tutti indistintamente, nell'ambito del registro contenzioso civile ordinario, sebbene molti procedimenti in materia di famiglia fossero già presenti nel registro della Volontaria giurisdizione. Secondo il Dipartimento ministeriale, tali modifiche, da un lato, non trovano giustificazione

* Il contributo è stato selezionato nell'ambito della call "Legge e contratto, autonomia ed eteronomia nella tutela dei diritti fondamentali.

** Dottore di Ricerca in "Diritti e Istituzioni" –XXVI ciclo – Università degli Studi di Torino.

¹ Circolare Ministero della Giustizia – Dipartimento per la transizione digitale della Giustizia, l'analisi statistica D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 - Modifiche evolutive in materia di famiglia - Migrazione codici oggetto - Decorrenza

nella reale natura dei detti procedimenti, che non è contenziosa ma *inter volentes*, e dall'altro lato, hanno avuto un impatto sulla statistica ufficiale e sulla valutazione dell'andamento dell'indicatore "*disposition time*" ai fini del raggiungimento degli obiettivi PNRR, in considerazione che nella determinazione di tale indicatore si tiene conto solo dei procedimenti contenziosi e non di quelli di Volontaria giurisdizione² (che secondo valutazioni ministeriali non inciderebbero sui tempi della giustizia proprio in vista della loro non contenziosità).

Orbene, a prescindere dalle valutazioni tecnico-economiche del Ministero, anche dal punto di vista teorico vi è sempre stata una notevole difficoltà nell'inquadrare sistematicamente la materia della Volontaria giurisdizione, tanto che alcuni autori hanno preferito optare per una qualificazione residuale, rispetto alla giurisdizione contenziosa³.

A ogni buon conto, secondo la più classica definizione di giurisdizione Volontaria, questa indicherebbe un tipo di giurisdizione diretta non a risolvere controversie, ma volta alla gestione di negozi giuridici atipici o di determinati affari, per cui l'ordinamento, in vista di particolari interessi ritenuti degni di tutela rafforzata, impone - ai fini della definizione - l'intervento partecipativo dell'Autorità giudiziaria (con in alcuni casi l'intervento partecipativo del Procuratore della Repubblica), che in base alle previsioni costituzionali del giusto processo, deve (o quanto meno dovrebbe) essere sempre terza, imparziale, nonché preconstituita da legge, il cui intervento in collaborazione con le parti, che intervengono (o almeno dovrebbero intervenire) nel giudizio con la pienezza dei diritti alla difesa, determini o costituisca (con certezza ed efficacia) così un determinato rapporto

² In definitiva secondo il ministero della Giustizia risulta molto più opportuno che determinati procedimenti continuino ad essere qualificati di giurisdizione volontaria, posto che la loro rubrica non incide sui parametri di gestione sulla durata del processo e sul carico giudiziario, validi ai fini di percepire le risorse finanziarie del PNRR, a prescindere da qualsiasi questione sulla natura della questione trattata.

³ G. MICHELI, voce *Camera di consiglio*, in Enc. Dir. Milano 1959 vol. V, cfr. pag. 982. In passato vi sono stati anche degli autori che hanno dubitato della natura giurisdizionale di questa materia, in vista del fatto che la funzione originaria era sostanzialmente amministrativa. L. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Vallardi Milano 1923 vol. V pag. 28; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene napoli 1936, cfr. pag. 315. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, CEDAM, Padova 1942 cfr. pag. 74.

giuridico, in tutti quei casi in cui la legge non consente ai privati di provvedervi autonomamente.

Se nel precedente Codice di procedura civile del 1865 (art. 778) la *Volontaria giurisdizione* era processualmente contraddistinta esclusivamente dai procedimenti in camera di consiglio, tale riferimento venne, tuttavia, eliminato ad opera del Legislatore del 1940, che lo mantenne solo nell'art. 801 c.p.c. e nell'art. 32 delle disposizioni di attuazione, oggi entrambi abrogati. Nel nuovo codice le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio fanno, ora, parte del capo VI, titolo II "Procedimenti speciali". Eliminato, pertanto, ogni riferimento alla giurisdizione *Volontaria*, i procedimenti camerale hanno così perso quel collegamento diretto, che storicamente li univa alle materie tipiche della *Volontaria* (persona e famiglia), contribuendo alla formazione di ciò che è stato definito in dottrina un vero e proprio "vizio d'origine" della tutela camerale⁴.

Nel vigente codice di procedura civile, le norme di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c. (inserite nel titolo II tra la materia della famiglia e dello stato delle persone) quali «*Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio*» forniscono quindi, ai fini processuali, lo schema da osservare per tutti i provvedimenti camerale, che dovrebbero essere adottati dai giudici senza le scansioni rituali della trattazione in udienza. L'art. 742-bis c.p.c. rappresenta, poi, la norma di chiusura, disponendo che "le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone"⁵, implicando pertanto che quando un procedimento in camera di consiglio sia regolato da una disciplina speciale, le eventuali lacune, in mancanza di norme che lo escludano, debbono essere colmate con il ricorso alla disciplina degli artt. 737 - 742 bis c.p.c.⁶.

⁴ L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, Giappichelli 2000, vol. IV, pag. 194.

⁵ Articolo aggiunto con la legge 581 del 14 luglio 1950. Ratifica del decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 483, contenente modificazioni e aggiunte al Codice di procedura civile, che offrì il fianco all'estensione del rito camerale al di fuori delle materie tipiche della volontaria giurisdizione, relative alla "famiglia" ed allo "stato delle persone".

⁶ Cass. Civ. sent. n. 18143 del 2022.

Il rito camerale non essendo, così, più precluso alla sola Volontaria giurisdizione è stato esteso alle materie più disparate, contribuendo alla c.d. *cameralizzazione del processo civile*⁷, implicando -da un lato- che la *Volontaria* non sia più ambito di soli procedimenti ordinatori non contenziosi (funzione amministrativa dei c.d. uffici di diritto privato) e dall'altra che il rito camerale sia diventato anche idoneo al giudicato. Come affermano, infatti, le Sezioni unite della Suprema Corte in una storica pronuncia: «*la giurisdizione volontaria si espande e quindi si allontana dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del rito ordinario, disegnando quindi un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che, non incidendo sul rapporto sostanziale controverso, rispetta le garanzie delle parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari previsti dagli artt. 325 e 327c.p.c.*»⁸.

A sua volta, la Corte costituzionale, in alcuni casi argomentando proprio a partire dalla ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti camerali per violazione di legge (ricorso straordinario), ha affermato la legittimità costituzionale dei procedimenti camerali sui diritti, sottolineando come il processo ordinario di cognizione e la cognizione piena non sono principi costituzionalizzati. In particolare, la Consulta con sentenza n. 202 del 1975, in materia di procedimento camerale per la revisione delle condizioni di divorzio, ha affermato che: «*L'adozione di tale procedimento (...) risponde a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il Legislatore ha compiuto in relazione alla natura degli interessi regolati ed alla opportunità di adottare determinate forme processuali. Questa scelta è discrezionale ed è indubbiamente esente dal sindacato in questa sede, poiché, mentre, come questa Corte ha espressamente affermato con la sentenza n. 122 del 1966, il procedimento in camera di*

⁷ La Corte Cassazione, con la sentenza a Sezioni Unite civili n. 2593 del 30 luglio 1953 (Pres. P. Galizia), aprì la strada all'interpretazione "sostanzialista" dell'art. 111 dell'allora comma 2° Cost., consentendo il ricorso straordinario avverso provvedimenti camerali decisori ai quali venne riconosciuta la "sostanza" di sentenze, pur avendo la forma di ordinanze o decreti. In tal modo, la Cassazione legittimò l'applicazione dei procedimenti camerali alle materie contenziose, ovviando al carattere propriamente instabile di questi ultimi mediante il controllo di legittimità per ricorso straordinario, che essendo concesso dalla Costituzione solo avverso provvedimenti decisori e definitivi, attribuiva di fatto ai provvedimenti camerali la possibilità di assumere carattere tipicamente decisorio.

⁸ Cass. Civ. S.S.U.U. sent. n. 5629 del 19 giugno 1996.

consiglio non è, di per sé, contrastante con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., il problema della scelta concreta del procedimento da adottare è problema di politica processuale, il cui esame sfugge alla competenza della Corte nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza»⁹.

L'evoluzione delle applicazioni del rito camerale nel corso dei decenni è proseguita, dunque, sempre più nell'ottica dell'applicazione indifferenziata tra ambiti di Volontaria giurisdizione e di giurisdizione contenziosa, forgiando persino procedimenti misti caratterizzati dalla forma del rito camerale e dalla sostanza della tutela contenziosa. D'altro canto, ulteriori interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione hanno legittimato il rito camerale, quale procedimento a forma neutra, entro il quale strutturare, con la pienezza dei diritti previsti dalla riforma dell'art. 111 Cost., una tutela giurisdizionale contrassegnata da maggiore celerità e compressione delle forme processuali, la cui eteronomia di applicazione, tuttavia, ha richiesto molte volte interventi correttivi al fine di salvaguardare il bilanciamento dei diritti di volta in volta coinvolti.

Da questo punto di vista, l'estensione dell'applicazione del rito camerale ad una pluralità di materie, offre lo spunto per alcune riflessioni proprio sul delicato equilibrio (peraltro molto instabile) tra autonomia ed eteronomia nella tutela dei diritti, posto che la Volontaria giurisdizione può in alcuni casi sembrare anche una giurisdizione di confine (in vista della sua caratterizzazione *inter volentes*), ove il Legislatore individua sì interessi sensibili di tutela rinforzata, ma non sempre degni di accedere al giudicato (sebbene sottoposti a cognizione giudiziaria), contrassegnando così ambiti in cui l'autonomia di autoregolamentazione del privato, deve comunque accedere al sindacato giurisdizionale per acquisire validità ed efficacia, in seno all'inevitabile monopolio dello Stato della Tutela giurisdizionale.

⁹ Corte Cost., sent. 202 del 10 luglio 1975, Pres. Bonifacio

2. Proposte di degiurisdizionalizzazione della Volontaria giurisdizione.

Se una parte della dottrina cerca di rintracciare le origini della Volontaria giurisdizione nel diritto romano, altri ne rivendicano, invece, una funzione precipua nel diritto comune, quando l'accordo delle parti necessitava la ratifica di un'autorità per l'attribuzione di validità *erga omnes*: «*Contentiosa dicitur quam redditum in invitum, voluntaria vero dicitur quae inter volentes tantum*», brocardo ascrivibile a Giacomo Cuiacio, uno dei primi a teorizzare la funzione ordinatoria del diritto¹⁰.

Se dunque è stata teorizzata una nozione positiva di giurisdizione *Volontaria*, radicata su una sua funzione amministrativa¹¹, nello svolgimento dei c.d. *uffici di diritto privato*, affinché essi si svolgano in piena legalità, senza la lesione di interessi ritenuti degni di tutela rafforzata (in vista di un interesse pubblico sotteso), ciò significa che l'ordinamento ha ritenuto offrire una tutela giurisdizionale (camerale) a situazioni giuridiche degne di tutela, ma di connotazione inferiore ai diritti soggettivi.

Di qui il ripensamento alla storica dicotomia tra interesse legittimo e diritto soggettivo, che vedeva quale interesse la tensione che un soggetto ha verso un determinato bene, mentre il diritto soggettivo riconducibile alla complessa situazione giuridica soggettiva meritevole di specifica tutela ordinamentale¹².

¹⁰ E. PROTETTI, *La giurisdizione volontaria nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1976 cfr. pag. 1 ss. Nel processo medioevale si designavano col termine «*jurisdictio voluntaria*» quel complesso di attiche i giudici ordinari erano abilitati a compiere nei confronti di un solo interessato o in presenza di un accordo tra più interessati. Cfr. N. NERI BERNARDI, *Volontaria giurisdizione*, UTET Torino 1999 pag.2.

¹¹ Secondo G. Santarcangelo, il Legislatore ha ritenuto che determinati rapporti o determinate situazioni giuridiche possano essere pregiudicati da un uso indiscriminato dell'autonomia privata, ha posto dei limiti alla libera attività dei privati, sottoponendola ad un controllo dell'autorità. G. SANTARCANGELO, *La volontaria Giurisdizione*, Vol. I, Giuffrè, Milano 2003, pag. 5.

¹² Da questo punto di vista si rimanda alla storica sentenza della Cassazione civile, SS.UU., sent. 22/07/1999 n° 500 per cui: "La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la

Secondo questa tesi, l'interesse legittimo risulterebbe carente della tipica protezione giurisdizionale, tanto per cui in seno alla *Volontaria* si instaurerebbe non la classica *actio in ius*, ma un'interazione amministrativa del privato volta a pretendere dall'Autorità (sempre di natura giudiziaria) l'esercizio dell'interesse preteso, che (per espressa previsione normativa) non resterebbe diversamente tutelabile (pensiamo al minore o all'infermo).

In questa nozione l'elemento *volontà* rimane del tutto estraneo (nonostante il predetto riferimento "*inter volentes*"), mentre l'elemento "interesse" viene ad assumere il ruolo di ragion d'essere del diritto processuale, che si traduce nella tutela e nella garanzia prestata dall'ordinamento secondo precise scelte di politica legislativa, data ad un soggetto piuttosto che ad altri (pensiamo al caso del prodigo ad accedere all'amministrazione di sostegno), in ordine all'utilizzazione di un bene o al compimento di un'attività, o ancora all'osservanza di un comportamento (tutelato) da parte di un terzo¹³.

Se nella *Volontaria* giurisdizione, dunque, la compressione delle forme e l'assenza del giudicato coincidono ad una maggiore discrezionalità dell'Autorità giudicante, ciò tuttavia non può condurre alla rinuncia di quei diritti processuali, che contraddistinguono qualsiasi procedimento volto ad una pronuncia giurisdizionale, posto che di ciò trattasi, indipendentemente dalla sua capacità o meno di assumere le forme del giudicato. Per contro, se si ritenesse un interesse non degno di tutela giurisdizionale, ben potrebbe il Legislatore demandare la sua trattabilità ad un diverso ed alternativo procedimento amministrativo (pensiamo ad esempio alla devoluzione ad un difensore civico), per l'effetto non garantito dai principi tipici del giusto processo.

lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo".

¹³ A. ROMANO, R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM Padova, 2009, cfr. pag. 12

Se una delle più classiche interpretazioni della *Volontaria* giurisdizione la ricondurrebbe alla mera funzione di amministrazione pubblica del diritto privato, ovvero ad un'attività prossima a quella amministrativa¹⁴, tuttavia l'autorità da cui promana rende irrinunciabile l'assolvimento delle garanzie di cui all'art. 111 Cost., tanto più laddove tende ad integrare o realizzare la fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare (per esempio: la dichiarazione di paternità o maternità, l'adozione di persone maggiori d'età, la modifica delle condizioni di separazione) o di un determinato potere (ad. es. l'autorizzazione del Giudice tutelare che consente di alienare i beni appartenenti al minore) o della vicenda costitutiva, modificativa ed estintiva di una persona giuridica (per es. l'iscrizione di una società per azioni nel registro delle imprese) o la tutela patrimoniale di soggetti fragili (l'amministrazione di sostegno). Non integrano queste materie, forse, profili incidenti proprio sui diritti fondamentali della persona?

Orbene ritenere la *Volontaria* giurisdizione una tutela legata alla trattazione di meri interessi secondari, o ancora più grave non volerla riconoscere neppure come giurisdizione, rappresentano a parere di chi scrive degli errori metodologici, che hanno portato in passato anche a ritenere di poter degiurisdizionalizzare *de plano* rilevanti ambiti di sua competenza¹⁵. Pari merito, risulterebbe ampiamente criticabile anche la proposta di *traslatio* delle competenze in ambito puramente amministrativo, posto che qualsiasi pubblica amministrazione cura e promuove interessi pubblici propri, di cui essa è esponente anche in ragione di pertinenza territoriale, ovvero in base al riparto costituzionale (art. 117 Cost) e non può certo "amministrare" interessi privati.

In una proposta di legge¹⁶, che molto fece discutere i tecnici del diritto, si era infatti immaginato che le autorizzazioni ex art. 320 c.c., ex art. 374 c.c. ed ex art. 375 c.c.

¹⁴ F. MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Editoria Nazionale, Roma 1997, cfr. pag. 9

¹⁵ Si rimanda, per esempio, al disegno di legge recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa alle controversie, rubricato Atto Senato n. 1662 XVIII Legislatura, approvato il 21 settembre 2021 dal Senato.

¹⁶ Disegno di legge n. 1662 del 21 settembre 2021 XVIII Legislatura.

(norma ora abrogata¹⁷), nonché ex art. 169 c.c., potessero essere devolute al Notaio, in considerazione che la valutazione dell'interesse della persona vulnerabile (minore o interdetto) ben sarebbe potuta essere ugualmente assicurata direttamente dalla legge, imponendo che l'atto debba essere esclusivamente di natura conservativa, con rimpiego delle somme in investimenti a bassissimo rischio, ovvero debba costituire oggettivamente un incremento significativo del patrimonio, con responsabilità del Notaio di attestare la circostanza e comprovarla con la stima effettuata (eliminando così il sindacato giudiziale).

In qualsivoglia ipotesi di degiurisdizionalizzazione della *Volontaria* la tematica resta proprio l'attribuzione di competenze e responsabilità, la cui trattazione perdendo la forma del ricorso e del decreto, dovrà comunque passare -per la prima- per il tramite della legge, ma per la seconda (quanto meno per la loro delimitazione) con il contratto¹⁸. Infatti, attribuendo la competenza decisoria ad una professione (pensiamo al Notariato) si dovranno, in qualche modo, delimitare eventuali rischi di conflitti di interesse, anche solo di natura patrimoniale¹⁹ (in vista della non gratuità del professionista).

D'altra parte, nella variegata prassi non sono mancati casi concreti in cui i Tribunali nominassero i direttori dei Consorzi Socio-assistenziali o delle vecchie USL, quali tutori o curatori di determinati soggetti, ma ciò in molti casi è stato condizionato ad esigenze contingenti, tali per cui il Beneficiario di questi provvedimenti protettivi era già inserito in strutture pubbliche, a cui veniva demandato di curare il rispettivo ufficio di diritto privato per mera comodità gestionale. A ogni buon conto, con l'introduzione nelle cancellerie civili degli elenchi dei professionisti

¹⁷ Art. 375 c.c. Autorizzazione del Tribunale. Questo articolo, che prevedeva l'autorizzazione del tribunale e dunque del collegio, per la vendita dei beni del tutelato, oltre che costituire pegni o ipoteche o procedere a divisioni o promuovere i relativi giudizi, nonché fare compromessi, transazioni o accettare concordati, è stato abrogato dall'art. 1 comma 7 lett. B) del D.lgs 10 ottobre 2022 n. 149 a decorrere dal 28 febbraio 2023, per l'effetto riducendo il grado di tutela dall'autorizzazione del Tribunale alla più snella autorizzazione del Giudice tutelare.

¹⁸ Non a caso la giurisprudenza ha ritenuto di qualificare la responsabilità del tutore proprio di natura contrattuale, «non potendo l'esercizio della potestà tutoria e la funzione di amministrazione dei beni dell'incapace, dar luogo ad alcuna deroga al generale principio della responsabilità patrimoniale del debitore». Cass. civ. sent. n. 582 del 21.03.1960.

¹⁹ Da questo punto di vista G. SANTARCANGELO, *La Volontaria giurisdizione*, cfr. pag. 286 e ss.

disponibili a ricoprire gli incarichi di tutori, curatori ed amministratori di sostegno, si è cercato di eliminare qualsiasi rischio di conflitto di interesse, al fine di giungere di una figura professionale dell'ufficiale dell'ufficio di diritto privato.

Al netto di qualsiasi ipotesi di degiurisdizionalizzazione o di trasferimento di competenze, sarebbe comunque impensabile eliminare un controllo *ex post* di natura giurisdizionale (per contestazioni od impugnazioni), nella sottesa consapevolezza che pure nelle materie attinenti alla *Volontaria* giurisdizione vi sia sempre un conflitto di interessi almeno potenziale.

Su questa scia, un tentativo di degiurisdizionalizzazione, seppur molto limitato, è stato attuato con il D.lgs 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia), valorizzando proprio la figura del Notaio, che in base alla Legge 16 febbraio 1913 n. 89 (Ordinamento del notariato e degli archivi notarili) già era investito di un ruolo significativo nel disbrigo di alcuni atti di *Volontaria* giurisdizione. L'art. 21 del D.lgs. 149/2022 ha infatti previsto che *“le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate, previa richiesta scritta delle parti, personalmente o per il tramite di procuratore legale, dal notaio rogante”* (comma I).

Il Legislatore – a parte le riserve in via esclusiva all'Autorità giudiziaria di alcuni provvedimenti autorizzativi (comma VII²⁰) – ha creato così un sistema a doppio binario, lasciando libere le parti di rivolgersi, alternativamente, al notaio o al giudice. La richiesta al notaio – a differenza di quella “tradizionale” – non soffre di vincoli territoriali, nel senso che è assolutamente slegata dal domicilio o dalla residenza della persona nel cui interesse il provvedimento è richiesto: unico collegamento è il conferimento dell'incarico alla stipula: il pubblico ufficiale al

²⁰ Restano riservate in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale.

quale ci si rivolge per l'atto deve essere lo stesso abilitato al rilascio dell'autorizzazione²¹.

Sebbene sia ancora un po' prematuro verificare i risultati pratici di questa introduzione, si ravvisa tuttavia da parte dei Notai molto scetticismo circa l'assunzione della responsabilità al rilascio delle autorizzazioni volontaristiche, soprattutto nei casi in cui sia coinvolto un interdetto o un'amministrazione di sostegno, prediligendo ancora che l'autorizzazione provenga dall'Autorità giudiziaria (che ha cognizione intera del fascicolo volontaristico) e venga poi recepita nell'atto pubblico a stipularsi (manlevando così il rogante da qualsivoglia valutazione nel merito dell'autorizzazione).

Il Legislatore della riforma pare, infatti, aver tralasciato che queste funzioni amministrative (sia pure di *Volontaria* giurisdizione) implicano una valutazione di utilità e necessità, la cui definizione non può essere disbrigata sulla base di una sola attestazione rilasciata dalle parti interessate, poiché in questo modo la funzione anche pubblica degli uffici di diritto privato si sgretolerebbe, in vista della necessità di celerità dell'atto.

3. La funzione del rito camerale nell'arretramento dell'intervento giurisdizionale nella gestione della crisi e dell'insolvenza.

Come indicato in apertura, l'immanente esigenza di celerità dei processi, ha comportato, da un lato, la predilezione del Legislatore dei modelli del rito camerale²² e di quello sommario di cognizione, dall'altro, nel ricercare strumenti di

²¹ Analoghe ragioni potrebbero per l'autorizzazione alla vendita di beni ereditari ex art. 747 c.p.c., visto che il controllo della capienza dei beni per il soddisfo dei creditori può essere svolto con altrettanta precisione dal Notaio. Così pure si può ipotizzare che il Notaio possa curare l'eredità giacente, la liberazione degli immobili da ipoteche ex art. 792 c.p.c., l'apposizione di sigilli ex art. 752 c.p.c. Si potrebbe persino immaginare che *l'actio interrogatoria* ex art. 481 c.c. come convocazione presso un Notaio: se entro tale termine il chiamato non accetta, perde il diritto di accettare.

²² L'espansione del modello camerale alla tutela giurisdizionale dei diritti ha da sempre registrato in dottrina posizioni fortemente critiche, in considerazione del rapporto fondamentale tra processo di cognizione e formazione della prova, connotato da rigorismo procedurale e rispetto delle forme A. In tal senso A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in Riv. dir. civ., 1990, I, pagg. 393-458. G. ARIETA, *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in Riv. dir. proc., 1995, pagg. 1039-1088; A. CERINO CANOVA,

conciliazione pregiudiziale, che arretrando l'intervento giurisdizionale, offrissero speranze di decongestionamento delle aule di giustizia²³, nell'aspettativa (forse) che i lunghi tempi della giustizia stimolino le parti ad addivenire a soluzioni conciliative.

D'altra parte, le lunghissime tempistiche delle procedure fallimentari²⁴, hanno spinto dapprima il Legislatore a prediligere l'applicazione del rito camerale, con la riduzione delle garanzie processuali, confidando nella celere soddisfazione delle pretese del ceto creditorio, progressione che con le varie novelle e da ultima l'introduzione del Codice della crisi e dell'insolvenza ha reso manifesta la svolta verso l'utilizzo di procedure compositive, in alcuni casi gestite da enti non giurisdizionali, si pensi all'OCC e alla camera di commercio nella fase istruttoria della composizione negoziata della crisi.

Dal punto di vista sostanziale, tuttavia non bisogna dimenticare che qualsiasi strumento concorsuale (anche di natura preventiva e di gestione della crisi) assolve alla funzione ultima di assicurare la maggior tutela delle ragioni creditorie assicurando la *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), ovvero un eguale trattamento di tutti i rapporti che facessero capo all'imprenditore, fatte salve le cause legittime di prelazione. Quest'assunto affonda le sue radici nel principio della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c., a tenore del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i beni, presenti e futuri, del proprio patrimonio. La garanzia generale, che a norma dell'art. 2740 c.c. spetta al creditore anche sui beni futuri del debitore, opera, nei confronti del debitore stesso,

Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria, in Riv. Dir. Civ. 1987, I, pag. 431; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in Studi in onore di E. ALLORIO, vol. I, Milano, 1989, pagg. 181-196; D. MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, in Giur. it., 1986, IV, pag. 127 ss; E. FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in Riv. dir. proc., 1988, pagg. 909-920; L. LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, ivi, 1989, IV, pag. 3; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, pag. 174.

²³ Si pensi al D.lgs 28/2010 che ha previsto l'introduzione della mediazione civile obbligatoria e al Decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, che invece ha introdotto in alcune materie l'obbligo di preventiva negoziazione assistita da avvocati.

²⁴ Non si dimentichino i vari ammonimenti ricevuti dalle autorità comunitarie sugli eccessivi tempi dei processi fallimentari.

da quando quei beni, sia pure consistenti in crediti addiverranno in sua disponibilità, ossia da quando essi saranno entrati a far parte del suo patrimonio²⁵.

Dal punto di vista processuale, tale principio si trova peraltro alla base delle esecuzioni forzate individuali in quanto, essendo il diritto processuale strumentale al diritto sostanziale, il singolo creditore dovrebbe poter conseguire in sede processuale *“tutto quello e proprio quello”* che avrebbe diritto di conseguire sulla base del proprio diritto di credito²⁶. Da questa prospettiva, le procedure concorsuali non sono altro che procedure liquidatorie collettive, che per il gran numero di creditori coinvolti, implicano una gestione pubblica dell'insolvenza (interesse pubblico della tutela del mercato, di natura sovra-elevata rispetto al diritto del singolo di tutela delle proprie ragioni creditorie).

In tal caso la funzione tempo, mal si concilia con l'esigenza sveltire la gestione dell'insolvenza, tanto più l'introduzione di un *“nuovo diritto”*, ovvero il principio del *“fresh restar”*, limita gli effetti dell'insolvenza in un arco temporale ben più limitato afferente alla sua gestione. L'evoluzione delle procedure concorsuali negli ultimi decenni ha, infatti, abbandonato l'originaria impostazione del fallimento quale marca negativa (temporalmente illimitata) per l'imprenditore, con la sempre maggiore offerta di strumenti volti a tutelare il *favor debitoris* e la *ripartenza imprenditoriale*.

Se l'impostazione tradizionale della legge fallimentare era, infatti, fondata sull'attività liquidatoria dei cespiti patrimoniali attivi dell'imprenditore la riforma fallimentare del 2006 ha, invece, voluto privilegiare ove possibile la conservazione dell'impresa, forgiando il principio di continuità aziendale, in un'ottica di salvaguardia dell'assetto economico ed occupazionale del Paese, impostazione già manifestatasi in precedenza con la legge sull'amministrazione straordinaria²⁷, che pare ora, invece, aver lasciato il passo al principio *“componiamo il componibile nel*

²⁵ Cass. Civ. sent. 1448 del 15.09.1970.

²⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli 1960, cfr. pag. 40.

²⁷ *“Legge Prodi”*, L. 3 aprile 1979, n. 95, successivamente modificata dal D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, cd. *“Legge Prodi bis”*.

minor tempo possibile" (da questo punto di vista si rimanda ai ridotti tempi previsti da legge per lo svolgimento della composizione negoziata della crisi)²⁸.

Le varie novelle susseguitesi sino all'approvazione del D.lgs 14/2019 (e da ultimo il D.L. 118/2021) sono state tutte improntate ad una generale privatizzazione e degiurisdizionalizzazione delle procedure concorsuali, le quali si sono tradotte in un graduale arretramento dell'intervento giurisdizionale del tribunale fallimentare e del Giudice delegato al fallimento, a favore di un potenziamento dapprima del ruolo del comitato dei creditori (prima praticamente ininfluente) e poi quello del curatore, poi secondo la novella del codice della crisi del Commissario giudiziario e dell'OCRI ed infine nell'ottica della composizione negoziata della crisi dell'esperto indipendente. In tutte queste procedure, il tribunale ha tuttavia continuato a svolgere una funzione per lo più certificativa degli accordi intervenuti, confermando o negando, mediante l'ampio uso del rito camerale, gli auspicati esiti compositivi o la rassegna dei creditori (o anche solo parte di essi) alla soddisfazione delle proprie ragioni creditorie.

Se le cause della svolta "privatistica" in materia concorsuale sono sì da individuarsi nel mutato contesto economico in cui le imprese italiane sono oggi chiamate ad operare rispetto al contesto in cui era nata la Legge Fallimentare: la globalizzazione, la concorrenza dei mercati esteri, la tecnologia nei processi produttivi, impongono una gestione della crisi, in grado di tutelare tutti i soggetti coinvolti, in modo da preservare risorse, onde evitare la liquidazione di imprese potenzialmente ancora riabilitabili²⁹, tuttavia precise scelte di politica legislativa hanno condotto a ritenere meno rilevante (quale bene giuridico) la repressione dell'insolvenza, in una dinamica in cui tra i primi insolventi vi è proprio lo Stato.

²⁸ I dati dell'osservatorio di Unioncamere sulla composizione negoziata dimostrano che il tempo trascorso tra la data di presentazione dell'istanza di composizione negoziata e la chiusura del procedimento è stato, in media, di circa 250 giorni, di 357 giorni per quelle chiuse con successo e di 227 giorni archiviate con esito sfavorevole. La fase giudiziale di un concordato preventivo concluso con successo dura invece in media circa 520 giorni.

²⁹ G. TARZIA, *La tutela dei creditori concorsuali dopo la riforma: ridotta o diversa?* in Fall. 2007, IV, cfr. pag. 369; M. FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in Fall., 2008, cfr. pag. 1098.

La descritta svolta privatistica della gestione dell'insolvenza ha finito dunque – a parere di chi scrive – nel bilanciamento dei diritti, a prediligere e quindi a ritenere preminente il *favor* per il debitore in crisi, a discapito del tradizionale dogma della «*sacrosanta soddisfazione dei creditori in uguale misura, e nella maggiore misura possibile*»³⁰.

D'altro canto, sino al 2005 la normativa fallimentare non conosceva il concetto di crisi, bensì solo quello dell'insolvenza, il D.L. 5/2006 ha infatti introdotto l'ammissibilità di accedere al concordato preventivo al debitore in stato di "crisi". Questo termine, in precedenza estraneo alla legge fallimentare, non risultava tuttavia inedito nel nostro ordinamento, tanto che già nel 1979 la legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria si riferiva, appunto, alle «grandi imprese in crisi» e il titolo IV del testo unico bancario del 1993 è rubricato «*Disciplina delle crisi*». L'avvenuta sostituzione, quale presupposto per l'accesso al concordato, dell'insolvenza con lo stato di crisi è infatti risultata quale svolta copernicana non certo esule di delicate implicazioni sistematiche.

Il primo dubbio sorto all'indomani della novella (e dunque anteriormente all'introduzione del secondo comma dell'art. 160 ad opera della L. n. 51/2006) atteneva proprio al rapporto tra i concetti di insolvenza e quello di crisi. Il concordato preventivo era, infatti, divenuto uno strumento destinato all'imprenditore in crisi, ma non ancora tecnicamente insolvente, con la conseguenza che, ove nel corso della procedura si fosse manifestata una situazione di vera e propria insolvenza, si sarebbe dovuto far luogo alla dichiarazione di fallimento³¹. Tuttavia, la prassi giudiziaria ha dimostrato come il ricorso delle procedure di concordato preventivo, in molti casi, sia divenuto strumento per procrastinare un fallimento inevitabile. Semplicemente, in virtù del già riformato art. 160 L.f. il concordato era infatti venuto a costituire un rimedio a disposizione

³⁰ M. FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, in *Fall.*, 2008, pag. 1099.

³¹ G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, cfr. pag. 952.

anche di quegli imprenditori che, pur già in crisi, si fossero attivati per prevenire l'insorgere di una situazione di vera e propria decozione non reversibile.

L'avvenuta espunzione dal testo dell'art. 160 L.f., come riformulato dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, applicabile "*ratione temporis*", dell'inciso, presente nel vigore del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che prevedeva la possibilità per l'imprenditore di proporre il concordato preventivo "*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*", ha determinato infine il superamento del principio di prevenzione che correlava le due procedure, posponendo la pronuncia di fallimento al previo esaurimento di eventuali (ed anche in alcuni casi dilatorie) soluzioni concordate o compositive della crisi dell'impresa, che hanno rimesso la gestione dell'insolvenza in un'area maggiormente affidata all'autonomia e disponibilità delle parti.

Non a caso è stato necessario da parte del Legislatore determinare il rapporto di pregiudizialità necessaria tra il concordato preventivo (e poi di tutti gli altri strumenti compositivi) e fallimento (ora liquidazione giudiziarie) che si è atteggiato sin dalle prime pronunce come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della pronuncia di concordato) e di assorbimento³²: esaurito lo spazio di manovra compositivo non resta la dichiarazione di insolvenza liquidatoria (nella speranza che sia rimasto qualcosa da liquidare).

La gestione della crisi e dell'insolvenza ha così comportato, nell'impostazione ante *Codice della crisi*, la difficile gestione del genere a specie (insolvenza e crisi)³³, per cui i Giudici (e i loro ausiliari) sono stati chiamati a valutare, di volta in volta, la validità e la bontà degli strumenti posti a tutelare, in alcuni casi, le utilità rimanenti o in altri la tutela del mercato e la repressione delle frodi³⁴. L'anticipazione della tutela alla gestione della crisi, mediante strumenti sia di natura giudiziale, sia di

³² Cass. Civ., Sez. Unite, sent. n. 1521 del 23 gennaio 2013.

³³ L. PANZANI, Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare, Milano 2005, cfr. pag. 7.

³⁴ Il Legislatore del Codice della crisi, del resto, proprio al fine di evitare problematiche di interpretazione, che avevano connotato il dibattito in seno al concordato preventivo, con l'art. 13 del D.lgs 14/2019 (Articolo riformato dall'art. 3 comma 2, D.Lgs. 26.10.2020, n. 147 con decorrenza dal 01.09.2021) ha specificatamente individuato due specifici indicatori della crisi: 1) gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario; 2) l'esistenza di significativi e reiterati ritardi nei pagamenti (ex art. 24 D.lgs 14/2019).

natura amministrativa, in ogni caso ha inciso proprio sul criterio temporale, introducendo un sindacato preventivo sulla valutazione della tensione finanziaria dell'impresa e il successivo prospettivo stato di incapacità di far fronte alle obbligazioni imprenditoriali, rilevando astrattamente proprio l'arco temporale di adempimento del debitore (ritardo nei pagamenti). Pari modo la possibilità di risanamento, almeno in via teorica, è strettamente collegata al fattore tempo, posto che la probabilità di una reversibilità dello stato di crisi, rappresenta il criterio per il quale privilegiare la continuità aziendale, rispetto alla liquidazione del patrimonio. Ciò che rileva, ai fini della presente riflessione, risulta proprio la scelta del grado e del livello di inserimento della tutela giurisdizionale, nell'offerta di tutela di un determinato bene giuridico, che sulla scorta dell'evoluzione tecnico-giuridica diviene sempre più modulabile, permettendo la creazione di preventivi spazi di manovra dell'autonomia del privato, successivi ambiti di tutela precontenziosa di natura amministrativa o para-contenziosa (pensiamo alle pre-descritte funzioni ordinarie del diritto civile) ed ultimi (e quanto mai inevitabili) strumenti di tutela giudiziaria contenziosa.

4. Conclusioni interlocutorie.

Sotto questo profilo, l'analisi dei procedimenti caratterizzati dalla camera di consiglio ex 737 c.p.c., anche in chiave di progressiva cameralizzazione del rito civile, permette di comprendere, almeno dal punto di vista storico e di tecnica del diritto, da dove questo rito fondi le proprie origini (dalla Volontaria giurisdizione), offrendo di scandire, nelle sue molteplici applicazioni, il confine della tutela giurisdizionale dei diritti, limite che determina la sottrazione di un determinato bene giuridico all'autonomia di autoregolamentazione del privato.

Se da un lato continua a sussistere il Monopolio dello Stato nella tutela giurisdizionale, in alcuni casi l'arretramento del vaglio del Giudice ha permesso la creazione di spazi di tutela affidati ad Enti aventi funzioni amministrative volti alla gestione di interessi ritenuti degni di tutela anticipata e pregiudiziale, il cui accordo

accede poi alla consacrazione, per il tramite del sigillo giurisdizionale, per il tramite del rito camerale.

La scelta di devolvere, quindi, specifici ambiti di tutela dei diritti alla giurisdizione, sia essa camerale, sia a cognizione piena, deve tuttavia riguardare il fatto (inteso come bene giuridico) e non la sola esigenza di celerità. Ciò determina che il rapporto tra il vaglio pregiudiziale e stragiudiziale, il sindacato camerale e quello ordinario, non potranno mai in ogni caso sovrapporsi, ma esclusivamente esaminare situazioni comuni da angoli prospettivi differenti, tanto per cui nei casi in cui l'accertamento camerale implichi giudizi complessi, occorrerà comunque sempre ammettere la possibilità di un ampliamento delle forme di cognizione, anche per il tramite del regime delle opposizioni.

Per il resto, nel momento in cui il Legislatore, sulla base di ponderate scelte legislative, determina l'introduzione del sindacato giurisdizionale, pur contemperando l'esigenza di celerità del rito, non può tralasciare o dimenticare che di giusto processo ne esiste e sussiste uno solo soltanto, caratterizzato dalla garanzia del contraddittorio, dal diritto alla difesa, con parità d'armi per ogni controinteressato, dalla terzietà del giudice e dalla trasparenza e certezza delle forme del giudicato.

Non rileva, infatti, la tipologia del procedimento entro il quale si manifesta l'offerta di garanzia giuridica, dovendo comunque sempre garantire il medesimo livello di tutela processuale in tutti i procedimenti giurisdizionali. Come conferma la Corte Costituzionale: «L'esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali si è infatti affermata indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione»³⁵.

Tale metodologia applicata, poi, con riferimento specifico alle procedure concorsuali, ha consentito di percepire, come l'esigenza ad una celere definizione della procedura fallimentare (ora liquidazione giudiziale) abbia portato il Legislatore ad applicare il rito camerale in vista del rito ordinario, dapprima sacrificando e comprimendo alcuni diritti processuali costituzionalmente garantiti

³⁵ Corte Cost. sent. n. 26 del 11 febbraio 1999.

e poi, a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale e delle seguenti riforme correttive, a prediligere soluzioni stragiudiziali di composizione della crisi d'impresa, ove nuovamente si è radicata l'annosa questione dei confini tra la tutela giurisdizionale e l'autonomia dei privati. L'inadeguatezza degli strumenti processuali a tutela del ceto creditorio, ampiamente deducibile dalla "irragionevole" durata del processo fallimentare, ha infatti condotto verso una "privatizzazione" degli strumenti concorsuali, ove il ceto creditorio aderisce sempre con maggiore propensione a svantaggiose soluzioni concordatarie pur di ottenere una minima soddisfazione del proprio diritto di credito, al fine di non vedersi intrappolato in estenuanti procedure giurisdizionali.

D'altro canto, i tentativi di degiurisdizionalizzazione della Volontaria giurisdizione, di cui probabilmente ancora assisteremo in future proposte di legge, permettono di tenere a mente che la tutela giuridica non passa per il solo tramite della tutela giurisdizionale, ma è tale solo or quando è effettiva, indipendentemente dagli strumenti con i quali si realizza.

La presente proposta metodologica, di affiancare l'analisi di due settori in gran parte devoluti al rito camerale (Volontaria giurisdizione e procedure concorsuali), permette -a parere di chi scrive- di parametrare le esigenze di celerità ai diritti di volta in volta trattati ed incisi, ovvero il principio del bilanciamento in concreto, che costantemente rimanda ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, quali strumenti per l'attuazione di una Costituzione pluralista, ove ciascun diritto non è mai affermato in termini assoluti, ma rappresenta un filo di un tessuto complesso, ove diritti, interessi e beni giuridici differenti declinano il sommo bene, ovvero la tutela integrale della persona umana. Come afferma la Corte costituzionale in una nota sentenza del 2013: *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuarne uno di essi, che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sent. 264 del 2012). Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni*

*giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (...)*³⁶.

dirittifondamentali.it

³⁶ Corte Cost. sent. 85 del 9 aprile 2013.