



Consiglio Nazionale del Notariato
Ufficio Studi

Quesito n. 178-2020/A

SVIZZERA - PROTEZIONE DEI MAGGIORI D'ETÀ - mandato precauzionale

Si chiede se, ai fini della vendita di un immobile sito in Italia, la proprietaria del bene, una cittadina italo-svizzera, possa ritenersi validamente rappresentata dalla persona a cui la stessa – ora incapace – abbia a suo tempo conferito un «mandato precauzionale» ai sensi del diritto svizzero.

Il mandato precauzionale integra gli strumenti predisposti dal diritto svizzero per assicurare la protezione dei maggiorenni che, per via di una limitazione delle proprie facoltà personali, non siano in grado di provvedere da soli ai propri interessi.

Si tratta di uno strumento *negoziale* di protezione degli adulti. In sostanza, il mandante, quando ancora sia capace, può investire il mandatario della cura della sua persona e della amministrazione dei suoi affari per il caso in cui gli sia impossibile determinarsi in modo autonomo. Nella misura in cui garantisce una protezione adeguata, il mandato rende superflua l'instaurazione di un regime legale di protezione a favore dell'interessato e l'adozione di misure implicanti una limitazione della capacità di agire dello stesso. Di fatto, quando la persona da proteggere abbia organizzato la propria protezione tramite un mandato, si fa luogo alla designazione giudiziale di una persona incaricata di assistere e/o rappresentare l'interessato in ordine ad uno o più atti solo se le disposizioni del mandato si rivelino insufficienti oppure siano, o divengano, inattuabili.

Ai sensi dell'art. 360, comma 1, del codice civile svizzero, il mandato precauzionale è l'atto con cui «[c]hi ha l'esercizio dei diritti civili può incaricare una persona fisica o giuridica di provvedere alla cura della propria persona o dei propri interessi patrimoniali o di rappresentarlo nelle relazioni giuridiche, nel caso in cui divenga incapace di discernimento», cioè versi in una situazione di incapacità naturale. L'art. 360, comma 2, chiarisce che spetta al mandante definire «i compiti attribuiti al mandatario», ferma la possibilità di «impartire istruzioni sull'adempimento degli

stessi». Il mandatario può inoltre, in forza dell'art. 360, comma 3, «prendere disposizioni alternative per il caso in cui il mandatario non sia idoneo a svolgere il compito, non accetti il mandato o lo disdica».

Secondo l'art. 361, comma 1, il mandato precauzionale «è costituito per atto olografo o per atto pubblico». Nel primo caso, si legge all'art. 361, comma 2, il mandato dev'essere «redatto, datato e firmato a mano dal mandante». Se richiesto, il competente ufficio dello stato civile, ai sensi dell'art. 361, comma 3, «iscrive nella banca dati centrale la costituzione del mandato e il luogo in cui lo stesso è depositato».

L'art. 362, comma 1, del codice civile svizzero consente al mandante di «revocare il mandato precauzionale in ogni tempo rispettando una delle forme prescritte per la sua costituzione». Produce lo stesso effetto, ai sensi dell'art. 363, comma 2, la distruzione del documento. Ove il mandante ponga in essere un nuovo mandato, questo «sostituisce il precedente, anche senza revoca espressa, eccetto che se ne riveli un indubbio complemento»: così l'art. 362, comma 3.

Per produrre i suoi effetti, il mandato dev'essere convalidato dalla competente autorità di protezione degli adulti, un ufficio giudiziario costituito ai sensi dell'art. 440 del codice civile svizzero. Deve altresì essere accettato dalla persona designata come mandatario.

Specificamente, per quanto riguarda la convalida, l'art. 363, comma 1, dispone che l'autorità di protezione, «[q]uando apprende che una persona è divenuta incapace di discernimento e ignora se sussiste un mandato precauzionale ... si informa presso l'ufficio dello stato civile». Ove un mandato sussista, l'autorità di protezione, come stabilito all'art. 363, comma 2, verifica se il mandato «è stato validamente costituito», se risultano riunite le «condizioni per l'efficacia» dello stesso (in particolare, se il mandante si trovi durevolmente nella condizione di incapacità naturale che funge da presupposto dell'incarico), e se «il mandatario è idoneo ai suoi compiti». Valuta altresì se le previsioni del mandato siano sufficienti a proteggere gli interessi del mandante o se si rendano necessarie «ulteriori misure di protezione degli adulti».

Se il mandatario accetta il mandato, l'autorità di protezione, a norma dell'art. 363, comma 3, attira l'attenzione del mandatario stesso sugli «obblighi derivanti dalle disposizioni del Codice delle obbligazioni sul mandato» e gli rimette «un documento che attesta i poteri conferitigli».

L'art. 364 permette al mandatario di rivolgersi all'autorità di protezione affinché interpreti il mandato ed eventualmente lo completi «per quanto concerne punti secondari».

Gli effetti del mandato sono descritti all'art. 365 del codice civile svizzero. In base al comma 1, il mandatario «rappresenta il mandante nei limiti del mandato conferitogli e adempie i suoi compiti con diligenza e conformemente alle disposizioni del Codice delle obbligazioni sul mandato».

L'art. 365, comma 2, dispone che «[s]e devono essere compiuti atti o negozi non contemplati dal mandato o se in un determinato affare gli interessi del mandatario sono in collisione con quelli del mandante, il mandatario ne informa senza indugio l'autorità di protezione degli adulti». In caso di conflitto di interessi, precisa l'art. 365, comma 3, «i poteri del mandatario decadono per legge».

Il mandatario può, ai sensi dell'art. 367, «disdire il mandato precauzionale in ogni tempo mediante comunicazione scritta all'autorità di protezione degli adulti e preavviso di due mesi». Detto preavviso non è richiesto ove ricorrano «motivi gravi».

L'autorità di protezione vigila sulla attuazione del mandato nei termini stabiliti all'art. 368 del codice. L'art. 368, comma 1, dispone che «[s]e gli interessi del mandante sono esposti a pericolo o non sono più salvaguardati, l'autorità di protezione degli adulti prende le misure necessarie, d'ufficio o su domanda di una persona vicina al mandante». Il comma 2 della medesima disposizione chiarisce che l'autorità «può in particolare impartire istruzioni al mandatario, obbligarlo a compilare un inventario, a presentare periodicamente i conti e a fare rapporto oppure può privarlo in tutto o in parte dei poteri».

Il mandato «si estingue per legge», in forza dell'art. 369, comma 1, «[s]e il mandante recupera la capacità di discernimento». Peraltro, ai sensi del comma 2, ove l'estinzione del mandato esponga a pericolo gli interessi del mandante, «il mandatario continua a svolgere i compiti assegnatigli fino a quando il mandante può salvaguardare da sé i propri interessi». L'art. 369, comma 3, prevede in ogni caso che il mandante «permane obbligato dagli atti e negozi che il mandatario compie prima di apprendere l'estinzione del mandato».

La fattispecie descritta nel quesito presenta, all'evidenza, degli elementi di estraneità rispetto all'Italia. Essa chiama in gioco, a questo titolo, le norme di diritto internazionale privato.

Per verificare la sussistenza e l'adeguatezza di poteri rappresentativi conferiti in forza di un atto come quello tratteggiato poco sopra, occorre innanzitutto volgere lo sguardo alla fonte dei poteri in discorso. Occorre cioè determinare se si faccia questione di poteri che derivano da un atto negoziale, sia pure integrato per la produzione dei suoi effetti dall'intervento di un giudice, o piuttosto di poteri conferiti in forza di una decisione giudiziaria.

Nella prima ipotesi, bisogna stabilire quale sia, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la legge regolatrice della fattispecie. In altre parole, bisogna servirsi delle norme preposte alla soluzione dei conflitti di leggi e rispondere sulla base della legge da esse richiamata alle diverse questioni che possono interessare il caso: i poteri invocati dal mandatario sono stati validamente conferiti? qual è la portata di tali poteri? quali sono i presupposti e le modalità del loro esercizio? etc.

Nella seconda ipotesi – ove cioè si ritenga che i poteri in discussione trovino

piuttosto la loro fonte nella decisione di un giudice (guidata dalla volontà dell'interessato, ma pur sempre sufficiente da sola a determinare l'insorgere dei poteri stessi) – occorre servirsi delle norme che disciplinano l'efficacia delle decisioni straniere e accertare in base ad esse se la decisione in questione sia idonea, o meno, a produrre effetti in Italia.

La situazione oggetto del quesito sembra inquadarsi nel primo degli scenari descritti. Il mandato precauzionale è trattato dal diritto svizzero come l'espressione della volontà del mandante. Spetta a quest'ultimo delineare i poteri del mandatario, stabilendo, se crede, le direttive che ne devono guidare l'operato. L'autorità di protezione interviene nella costituzione del rapporto solo per convalidare le disposizioni del mandante. La funzione demandata riveste, in questo senso, i caratteri di una omologazione. In sostanza l'autorità deve sincerarsi che, nella specie, ricorrano le condizioni perché le determinazioni del mandante possano trovare attuazione, senza che il mandante risulti esposto a pericolo. L'autorità di protezione, detto in altri termini, non determina la fisionomia della protezione, ma piuttosto si assicura della adeguatezza e della attuabilità della protezione delineata dall'interessato.

Un'indicazione significativa circa i limiti che incontra l'azione dell'autorità di protezione si rinviene nell'art. 364 del codice civile svizzero. Come si è visto, questo permette all'autorità di intervenire, in particolare, per colmare le eventuali lacune del mandato, ma solo «per quanto concerne punti secondari». Un'integrazione che intervenisse su aspetti centrali del mandato investirebbe l'autorità di una funzione propriamente decisoria che appare dunque estranea allo strumento in parola.

Chiarito che la risposta al quesito dipende dalla legge regolatrice della fattispecie, va rilevato che non esiste nel sistema italiano di diritto internazionale privato una norma di conflitto specifica sugli strumenti di protezione negoziali dei maggiorenni, come appunto il mandato precauzionale svizzero, il *lasting power of attorney* inglese, la *Vorsorgevollmacht* tedesco o il *mandat de protection future* francese.

Stando all'opinione che appare preferibile, la legge applicabile a questo genere di negozi va tratta dall'art. 43 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, relativo alla protezione dei maggiori d'età (FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 187).

Varie ragioni portano a escludere, in effetti, che la disciplina di conflitto dei negozi testé evocati possa essere ricavata da altre norme di conflitto, segnatamente quelle relative ai contratti e quelle riguardanti la rappresentanza volontaria.

Quanto ai contratti, va ricordato che il regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 (Roma I) esclude espressamente dal proprio campo di applicazione la rappresentanza, né del resto si occupa – salvo eccezioni qui non pertinenti – di «questioni di stato e di capacità delle persone fisiche» (una espressione generalmente intesa nel diritto internazionale dell'Unione come riferibile, fra le altre cose, alla protezione degli adulti).

L'impiego dell'art. 60 della legge n. 218/1995, relativo alla rappresentanza, presenterebbe un duplice inconveniente. Da un lato, non terrebbe nel debito conto la circostanza che la designazione di un fiduciario in vista di una perdita di autonomia non si esaurisce nel conferimento di poteri rappresentativi, ma comporta altresì degli obblighi. Dall'altro, e soprattutto, ignorerebbe un tratto essenziale degli atti di cui si discute, cioè la loro esplicita funzione protettiva dell'autore. La speciale funzione a cui sono preordinati questi negozi giustifica il permanere dei poteri conferiti al mandatario malgrado l'incapacità (naturale) del mandante, e spiega l'attribuzione al giudice di particolari compiti di controllo circa l'attuazione delle disposizioni del mandante, ed eventualmente di integrazione delle stesse. Previsioni, queste, estranee al regime ordinario della procura.

Tornando all'art. 43 della legge n. 218/1995, questo stabilisce, nella parte che interessa in questa sede, che «[i] presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, nonché i rapporti fra l'incapace e chi ne ha la cura, sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace». La disposizione, là dove parla di «incapace», deve intendersi riferita, più in generale, alla persona della cui protezione si tratta, a prescindere dal fatto che la protezione assicurata comporti, o meno, una limitazione della capacità d'agire (il mandato precauzionale previsto dal diritto svizzero, anche a seguito di convalidato, non è come tale causa di incapacità).

Nel caso oggetto del quesito, la persona interessata possiede la cittadinanza italiana come quella svizzera. Viene dunque in rilievo, accanto all'art. 43, l'art. 19, comma 2, della legge n. 218/1995. Quest'ultima disposizione prevede che, quando è richiamata la legge nazionale di una persona, e questa ha più di una cittadinanza, «si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto»; in deroga a tale previsione, tuttavia, «[s]e tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale».

In definitiva, la sussistenza di poteri rappresentativi idonei alla stipula del contratto a cui si riferisce il quesito va accertata, in Italia, secondo la legge italiana.

Senonché, il diritto italiano non contempla la possibilità di una protezione negoziale delle persone di maggiore età. È vero che anche l'ordinamento italiano dà rilievo alle indicazioni eventualmente date dall'interessato «in previsione della propria eventuale futura incapacità», segnatamente ai fini della scelta dell'amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 408 cod. civ. La valorizzazione dell'autonomia non giunge però fino al punto di rendere superflua l'intervento del giudice, né relega l'intervento di quest'ultimo a una semplice convalida delle determinazioni dell'interessato.

Ciò basta ad escludere che, nelle circostanze indicate nel quesito, un mandato come quello in esame possa assolvere in Italia, ove la protezione sia soggetta alla legge italiana, la funzione protettiva che gli è propria.

Esso pertanto non costituisce, per l'ordinamento italiano, un atto idoneo a conferire alla persona ivi designata il potere di rappresentare l'autore.

Finché la proprietaria sia incapace di provvedere da sola ai propri interessi, la sola

persona legittimata ad assisterla o a rappresentarla ai fini dell'atto in questione sarà, nelle circostanze oggetto del quesito: *a*) la persona che il giudice svizzero, ad integrazione del mandato, potrebbe ipoteticamente nominare a questo effetto (se del caso, secondo le norme del codice civile svizzero in tema di «curatela»), sempre che il provvedimento istitutivo del regime di protezione e quello di nomina del rappresentante producano effetto in Italia ai sensi degli articoli 64 ss. della legge n. 218/1995; oppure *b*) la persona che il giudice italiano, in quanto munito di giurisdizione, potrebbe investire dell'ufficio di tutore o amministratore di sostegno della proprietaria dell'immobile.

Il fatto che i mandati come quelli in discussione assicurino alla persona interessata una protezione di tipo negoziale, omologata dall'autorità giudiziaria ma non decisa da questa, esclude in partenza – come detto – la rilevanza delle norme concernenti l'efficacia in Italia delle decisioni e degli atti stranieri. La fattispecie esaminata in questa sede differisce, già per tale ragione, da quelle oggetto di precedenti risposte dell'Ufficio Studi a quesiti in tema di protezione degli adulti (BOGGIALI – RUOTOLO, Risposta a Quesito n. 91-2014/A. *Belgio – volontaria giurisdizione: nomina di amministratore provvisorio*, in CNN Notizie del 5 agosto 2014; BOGGIALI – RUOTOLO, Risposta a Quesito n. 15-2015/A. *Germania – volontaria giurisdizione: adulto sottoposto ad assistenza onoraria*, in CNN Notizie del 16 novembre 2015).

Incidentalmente, le conclusioni raggiunte poco sopra circa gli effetti in Italia del mandato precauzionale oggetto del quesito sarebbero diverse se l'Italia fosse parte della Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti (che è in vigore, invece, per la Svizzera ed altri dodici Stati).

Nel caso qui esaminato verrebbe in rilievo, innanzitutto, l'art. 15 della Convenzione. Questo dispone, al par. 1, che l'esistenza e la portata dei poteri di rappresentanza conferiti da un adulto affinché siano esercitati nell'ipotesi in cui egli non sia in grado di curare i propri interessi, sono rette dalla legge dello Stato in cui l'adulto risiede abitualmente alla data dell'atto con cui i poteri stessi sono stati conferiti. La norma fa salva la possibilità che l'atto venga sottoposto dall'interessato (se del caso con l'accordo della persona designata, ove sia parte dell'atto), alla legge di uno degli Stati indicati a questo scopo al par. 2: uno Stato di cui l'interessato abbia la cittadinanza; uno Stato di precedente residenza abituale dell'interessato; uno Stato in cui si trovino beni dell'adulto, per quanto attiene a detti beni.

Di fatto, in un caso come quello oggetto del presente studio, il notaio italiano dovrebbe semplicemente: *a*) sincerarsi che la legge applicabile al mandato sia, in forza dell'art. 15, della Convenzione, la legge svizzera (ad esempio, perché risulta che la mandante risiedeva abitualmente in Svizzera all'epoca del conferimento, o perché il mandato include una *optio legis* in favore del diritto svizzero); *b*) verificare che le condizioni poste dal diritto svizzero per l'efficacia del mandato sono riunite nella fattispecie, e accertare che i poteri conferiti al mandatario siano adeguati

all'atto che il mandatario intende stipulare in rappresentanza del mandante: una verifica, questa, che richiederebbe appena la consultazione dell'apposito certificato, formato ai sensi dell'art. 38 della Convenzione, che il mandatario potrebbe a questo fine procurarsi in Svizzera e produrre negli altri Stati contraenti (oltretutto senza bisogno di legalizzazione o di *apostille*).

Resta il fatto che la Convenzione, che pure l'Italia ha firmato, non è in vigore per l'Italia. Malgrado la presentazione, anni fa, di un disegno di legge di iniziativa governativa che prefigurava la ratifica della Convenzione (XVII legislatura, C.2797), non si ha notizia, allo stato, di iniziative rivolte a questo fine.

Pietro Franzina e Daniela Boggiali

23 dicembre 2020