

Commissione per il notariato

Direttiva 11 agosto 2016 relativa agli art. 38, 43, 67 LN: costituzione di un mandato precauzionale, forma dell'atto, lingua dell'atto, insinuazione all'Archivio notarile

Il mandato precauzionale è previsto dagli art. 360-369 CC. La normativa è stata introdotta dalla LF del 19 dicembre 2008 (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione) ed è in vigore dal 1° gennaio 2013 (RU 2011 725, FF 2006 6391).

Riguardo alla costituzione del mandato precauzionale, l'art. 361 cpv. 1 CC prevede che avvenga per atto olografo o per atto pubblico. Mentre il cpv. 2 di detto articolo statuisce che "*Dall'inizio alla fine il mandato olografo è redatto, datato e firmato a mano dal mandante*" la legge è del tutto silente riguardo alle modalità d'allestimento per atto pubblico.

Visto il silenzio del legislatore federale, si pone innanzitutto la questione a sapere se deve trovare applicazione l'art. 55 cpv. 1 Tit. fin. CC, secondo cui sono i Cantoni a stabilire per il loro territorio le norme relative alla celebrazione degli atti pubblici (in tal caso il mandato precauzionale dovrà venire allestito davanti a un notaio rispettando le esigenze poste dal diritto cantonale) oppure la forma autentica "federale" (così FAVRE, *Nouveau droit de la protection de l'adulte, Le mandat pour cause d'inaptitude*, ZBGR 94/2013, pag. 156) degli art. 499 segg. CC. Secondo la dottrina largamente maggioritaria ciò avverrà davanti a un notaio, rispettando le esigenze poste dal diritto cantonale e senza la partecipazione di due testimoni, contrariamente a quanto statuito dal diritto federale per il testamento pubblico [cfr. BRÜCKNER, *Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz*, BN 2011, pag. 47; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Berna 2010, n. 2.14; ESRKomm/Langenegger, 2015, n. 2 ad art. 361; HOTZ, *RMA 2011*, pag. 108. Contrario: WOLF, ZBGR 91/2010, pag. 93 segg. Wolf, trattandosi della validità dell'atto pubblico e visto il silenzio del legislatore, ritiene che per la forma debba trovare applicazione la normativa prevista dagli art. 499 segg. CC, perlomeno fintanto che la questione non sia stata decisa dalla giurisprudenza (WOLF/EGGEL, *Zum Beurkundungsverfahren beim Vorsorgeauftrag – aus der Sicht der Urkundsperson*, in *Jusletter* 6.12.2010, n 9 segg.)].

Ritenuto che il mandato precauzionale dovrà rispettare le esigenze poste dal diritto cantonale agli atti pubblici si pone in seguito la questione a sapere se esso possa, o debba, essere allestito in Ticino nella forma del pubblico istromento secondo l'art. 38 LN oppure nella forma del brevetto secondo l'art. 67 LN. Infatti, giusta l'art. 19 cpv. 1 LAC, "Gli istrumenti, i brevetti e gli inventari notarili sono atti pubblici."

La tematica è stata oggetto di poco dibattito in dottrina a livello svizzero. Si ritiene opportuno riportare testualmente alcune riflessioni particolarmente significative, tutte a favore della forma del brevetto.

MOOSER, in *not@lex* 3/14, pag. 113, n. 71:

"Lorsque le mandat est établi en la forme authentique, le notaire instrumentant doit remettre au mandant l'acte instrumenté. Celui-ci est un *acte en brevet* (que l'on oppose à l'acte en minute, conservé par le notaire et dont celui-ci établit des expéditions), qui est remis dans sa foirme originale au mandant. Il appartient à ce dernier d'en assurer la conservation à moins que le Canton ait prévu un lieu où les mandats doivent officiellement être conservés (cpr art. 504)."

MOOSER, *La responsabilité du notaire en relation avec le nouveau droit de la protection de l'adulte*, in ZBGR 94/2013, pag. 172:

"On relèvera notamment ce qui suit:

1° La loi ne dit pas quelle est la forme que doit prendre le mandat pour cause d'inaptitude (minute ou brevet) et n'a pas prévu de dépôt officiel du document⁸². On peut imaginer deux configurations⁸³. Dans un sens, le régime pourrait être comparable à celui des testaments publics (art. 504 CC): le notaire doit en assurer la garde et ne peut délivrer que des expéditions en copies⁸⁴. Dans un autre sens, l'acte doit être délivré en brevet (le notaire ne gardant que une copie conforme). Cette formule me semble avoir la préférence: il appartient en effet au mandant d'assurer la conservation de l'acte⁸⁵ et de prendre les mesures à cet effet⁸⁶, par exemple le confiant au mandataire⁸⁷. Par ailleurs, le notaire est renseigné de l'existence du décès (par les publications officielles et les avis émanant du registre central des testaments), alors qu'il ne peut pas l'être en relation avec l'incapacité. Au même titre que pour les testaments, il doit également en détruire ou restituer l'original en cas de révocation⁸⁸."

MOOSER, op. cit., pag. 172, n. 83:

"L'établissement d'une minute, indestructible et que le notaire doit absolument conserver, n'entre à mon sens pas en considération, dans la mesure où le mandant devrait pouvoir en demander la retrait et la destruction, et où l'autorité de protection doit, dans le cadre de son examen (art. 363 CC), disposer de l'original, qu'elle conserve (cfr. sur ce point Nussberger, p. 1684)."

FAVRE, op. cit., pag. 157:

"Acte en minute ou acte en brevet? Je me réfère sur ce point à l'exposé de Michel Mooser (ZBGR 94/2013, pag. 172). La loi n'a en effet pas tranché cette question, et la doctrine ne fait que l'effleurer."

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, la Commissione per il notariato ritiene che:

– è ammessa ed è quindi valida la costituzione di un mandato precauzionale nella forma del brevetto notarile. Nel mandato precauzionale confezionato nella forma del brevetto può essere previsto il rilascio di copie conformi a terzi, in tal caso il notaio conserverà una copia conforme del brevetto nei suoi atti, per ogni eventuale futura necessità;

– è ammessa ed è quindi valida la costituzione di un mandato precauzionale nella forma del pubblico istromento (rogito). In questo caso:

dovranno essere rispettate tutte le formalità previste specificatamente per l'allestimento di un pubblico istromento, in particolare secondo l'art. 38 LN;

la revoca del mandato precauzionale, che secondo l'art. 362 cpv. 2 CC il mandante può fare "anche distruggendo il documento", potrà avvenire per analogia mediante distruzione, seguendo la procedura stabilita dall'art. 65 LN;

se dopo che il mandante fosse divenuto incapace di discernimento, non si dovesse più rinvenire la copia autentica a lui rilasciata dal notaio, il rilascio di ulteriori copie autentiche a terzi (ad esempio, alla competente Autorità di protezione degli adulti e/o al mandatario) da parte del notaio potrà avvenire, di regola, solo su ordine della Commissione per il notariato (art. 56 LN), a meno che nel pubblico istromento sia stato esplicitamente previsto il rilascio a terzi (per esempio su richiesta dell'Autorità di protezione degli adulti, del mandatario o di altri soggetti);

poiché l'atto con il quale viene conferito un mandato precauzionale è un atto tra vivi (cfr. per tutti: FAVRE, op. cit., pag.145-160; MOOSER, op. cit., pag. 161-180) la cui forma è retta dal diritto cantonale, per la lingua dell'atto trova applicazione l'art. 43 cpv. 1 LN. Se la parte non conosce in modo sufficiente la lingua italiana si dovrà procedere secondo l'art. 44 LN;

la copia autentica destinata all'Archivio notarile deve essere insinuata nella sua integralità, non trovano, infatti, applicazione le norme riguardanti il testamento pubblico o il deposito di testamento olografo.