



Attività negoziale e regime autorizzativo nella nuova volontaria giurisdizione



Giulia Donadio

SOMMARIO: **1.** L'autorizzazione al compimento degli atti di autonomia privata nel sistema del doppio binario. – **2.** La novità normativa nel quadro del diritto privato sostanziale: alcune questioni interpretative. – **2.1.** La competenza autorizzativa e il notaio *rogante*, tra responsabilità disciplinare e responsabilità professionale. – **2.2.** Gli atti oggetto di autorizzazione. Soggetti non dotati della piena capacità di agire e attività negoziale. – **2.3.** Atti di disposizione dei beni ereditari. In particolare, atti del chiamato e atti compiuti dall'erede beneficiato. – **2.4.** *Segue.* Atti del curatore dell'eredità giacente, atti del "primo istituito" ex art. 692 c.c. e atti compiuti dall'esecutore testamentario. *L'audizione* del legatario di specie. – **3.** Le colonne d'Ercole della competenza autorizzativa notarile.

1. L'autorizzazione al compimento degli atti di autonomia privata nel sistema del "doppio binario"

L'attribuzione al notaio di alcune funzioni in materia di volontaria giurisdizione si colloca nel solco degli "obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile" enucleati dall'art. 1 della L. 206/2021¹. Segnatamente, l'art. 1 comma 13 lettera b) della legge 206/2021 indica la necessità di "prevedere interventi volti a trasferire alle amministrazioni interessate, ai notai e ad altri professionisti dotati di specifiche competenze alcune delle funzioni amministrative, nella volontaria giurisdizione, attual-

¹ Legge 26 novembre 2021, n. 206, recante la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata (G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021).

mente assegnate al giudice civile e al giudice minorile, individuando altresì gli specifici ambiti e limiti di tale trasferimento di funzioni”.

Dalla citata legge delega ha avuto origine l'art. 21 del D.Lgs. 149/2022², norma cardine della nuova competenza notarile in materia di volontaria giurisdizione.

Un passo, in questa direzione, era stato già compiuto nella Relazione al Ministro della Giustizia elaborata a cura della “Commissione Luiso”³, ove è dato leggere che solo “ragioni di opportunità”⁴ hanno, fino a un dato momento, fatto sì che la giurisdizione volontaria, caratterizzata dall'assenza di qualsivoglia illecito, fosse affidata alla magistratura.

Dal testo della relazione traspare, peraltro, la necessità di un meccanismo di pesi e contrappesi che, da un lato, garantisca “piena tutela degli interessi”⁵ dei soggetti destinatari dei provvedimenti di volontaria giurisdizione e, dall'altro lato, non escluda in radice il vaglio giurisdizionale sulle loro vicende.

² Così dispone la nuova norma, rubricata “*Attribuzione ai notai della competenza in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione*”: “1. 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.

2. Il notaio può farsi assistere da consulenti, ed assumere informazioni, senza formalità, presso il coniuge, i parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo del minore o del soggetto sottoposto a misura di protezione, o nel caso di beni ereditari, presso gli altri chiamati e i creditori risultanti dall'inventario, se redatto. Nell'ipotesi di cui all'articolo 747, quarto comma, del codice di procedura civile deve essere sentito il legatario.

3. Ove per effetto della stipula dell'atto debba essere riscosso un corrispettivo nell'interesse del minore o di un soggetto sottoposto a misura di protezione, il notaio, nell'atto di autorizzazione, determina le cautele necessarie per il reimpiego del medesimo.

4. L'autorizzazione è comunicata, a cura del notaio, anche ai fini dell'assolvimento delle formalità pubblicitarie, alla cancelleria del tribunale che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale e al pubblico ministero presso il medesimo tribunale.

5. L'autorizzazione può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale.

6. Le autorizzazioni acquistano efficacia decorsi venti giorni dalle notificazioni e comunicazioni previste dai commi precedenti senza che sia stato proposto reclamo. Esse possono essere in ogni tempo modificate o revocate dal giudice tutelare, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca.

7. 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”.

³ Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, *Relazione finale, Proposte normative e note illustrative*, reperibile su https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

⁴ *Relazione finale*, cit., 1.

⁵ *Relazione finale*, cit., 99.

Se la tutela pare essere assicurata – nello spirito della relazione licenziata dalla Commissione Luiso – dalla circostanza che i notai “svolgerebbero funzioni di pubblici ufficiali, quali essi sono”⁶, il *caveat* che emerge dai lavori preparatori della riforma è quello della necessità di un sempre possibile, ancorché successivo ed eventuale, controllo del giudice sul provvedimento adottato.

Su queste basi, l’art. 21 del D.Lgs. 149/2022 rappresenta il punto di emersione della rimeditazione di una scelta, antica, di politica del diritto, in virtù della quale il legislatore aveva – fino a poco tempo fa – ritenuto che “il giudice, come *persona fisica*, data la sua *posizione istituzionale*, e le sue *cognizioni specifiche*” fosse “il soggetto più adatto a curare certi interessi, che *potrebbero essere benissimo attribuiti alla cura di altri soggetti*”⁷.

Ecco, quindi, che si delinea una sorta di fungibilità tra notaio/pubblico ufficiale e magistrato incaricato delle funzioni di volontaria giurisdizione, collocati sul medesimo piano in virtù di un cambiamento di prospettiva del legislatore, che allarga la platea delle figure di cui l’amministrazione della giustizia – in senso ampio intesa – può avvalersi, nel perseguimento dell’obiettivo, centrale, della semplificazione e dell’efficienza.

Da ciò deriva un “doppio binario”, che consente ai soggetti coinvolti di rivolgersi, per il rilascio delle autorizzazioni attinenti al compimento di alcuni atti, indifferentemente, al giudice o al notaio.

2. La novità normativa nel quadro del diritto privato sostanziale: alcune questioni interpretative

La rimeditazione dell’opzione di politica del diritto dà vita a una novità consistente, la cui effettiva portata è rimessa all’interpretazione che la norma di cui all’art. 21 del D.Lgs. 149/2022 è destinata a trovare nella prassi.

A fronte di una tale portata innovativa, sarebbe stato auspicabile un articolato normativo più lineare e tecnicamente preciso di quello risultante dal testo della disposizione

⁶ *Relazione finale*, cit., 99 s.

⁷ Così LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2022, 310 (corsivo aggiunto). Da tempo una rivalutazione del ruolo del notaio nella volontaria giurisdizione è stato oggetto di riflessione: in particolare, si veda ALPA, *Commissione di studio per l’elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 793 ss.; sullo stesso argomento, MASONI, *Brevi considerazioni sulle conclusioni della commissione Alpa in materia di volontaria giurisdizione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 1146 ss. In particolare, la Commissione Alpa aveva ipotizzato un meccanismo di silenzio-assenso del giudice sul ricorso promosso dal notaio nell’esercizio dello *ius postulandi* di cui all’art. 1 della legge notarile (l. 89/1913), come ricorda, recentemente, CHIANALE, *Controcanto alla volontaria giurisdizione affidata ai notai*, in *Riv. not.*, 2023, 1, 3 ss. Sul punto, anche TOMMASEO, *Presente e futuro della giurisdizione volontaria*, in *Fam. e dir.*, 2022, 745 ss. e LABRIOLA, *Per un nuovo ruolo del notaio nell’attività di volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2021, 369 ss. In argomento, prima dei tentativi di riforma, già PROTO PISANI, *Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 1 ss.

citata. Tuttavia, il compito dell'interprete è quello di tentare di superare le aporie e di adattare al sistema le nuove previsioni, affinché il nobile intento deflattivo della riforma non sia frustrato.

2.1. La competenza autorizzativa e il notaio rogante, tra responsabilità disciplinare e responsabilità professionale

Numerose sono le intersezioni tra diritto sostanziale e diritto processuale, tra ordinamento notarile e regole di responsabilità civile, che l'analisi della norma di cui all'art. 21 D.Lgs. 149/2022 consente di rilevare.

In primo luogo, la competenza notarile e, di conseguenza, la citata fungibilità con il magistrato con funzioni di volontaria giurisdizione sono circoscritte. Il notaio dotato della facoltà di autorizzare il compimento di taluni atti è il "notaio rogante", ossia il notaio incaricato della stipula dell'atto stesso.

Diverse strade sarebbero state percorribili a questo proposito: sarebbe stato possibile, per esempio, affidare il potere di emanare provvedimenti autorizzativi a un notaio territorialmente competente (perché avente sede in un distretto notarile sito nel distretto della Corte d'Appello o nella Regione, sul calco delle competenze in materia di ricevimento degli atti) per il luogo in cui sarebbe stato incardinato il giudice competente, se costui fosse stato adito (si pensi al luogo di domicilio dell'incapace o al luogo di apertura della successione, in relazione a due diverse fattispecie, su cui meglio *infra*).

La scelta è ricaduta, invece, sul collegamento funzionale con l'atto notarile, pubblico o avente forma di scrittura privata autenticata: questo è avvenuto, probabilmente, sulla base della riflessione secondo cui il notaio incaricato di prestare la sua attività sia bene in grado di valutare tutti gli interessi in gioco in una data operazione.

E se questo è senz'altro logico e rispondente all'idea di "prossimità" che il soggetto investito delle funzioni di volontaria giurisdizione deve esprimere rispetto alle vicende che giungono al suo esame⁸, non poche sono le perplessità emergenti dal collegamento funzionale tra notaio rogante e competenza autorizzativa.

Il prototipo normativo del notaio che emana il provvedimento è caratterizzato, giustamente, da un'ontologica imparzialità: gravissima sarebbe, perciò, una *mala gestio* delle nuove competenze, informata alla logica della "chiusura" di trattative che, in mancanza di autorizzazione, non potrebbero avere esito nella stipula dell'atto⁹. La funzione deterrente della responsabilità disciplinare del professionista-pubblico ufficiale dovrà, in questo senso, essere valorizzata e potenziata.

⁸ SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, Milano, 1985, 81, osserva che "il legislatore vuole che la giustizia sia amministrata dal giudice che, in relazione al luogo in cui svolge le sue funzioni, abbia migliori possibilità di eseguire un'adeguata valutazione dei fatti".

⁹ DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia"* (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1434.

Dal punto di vista, poi, della responsabilità professionale, il collegamento tra ricevimento dell'atto e autorizzazione espone il notaio stesso al rischio di un aggravio della sua posizione: se, infatti, rispetto al rilascio dell'autorizzazione deve essere invocato un parametro di diligenza calibrato sull'esercizio di funzioni giurisdizionali¹⁰, detta attività autorizzatoria, inevitabilmente, ha ricadute sul contenuto dell'atto e sul risultato atteso dalle parti, del quale il professionista è, sia pur entro certi limiti, nelle più recenti ricostruzioni giurisprudenziali, garante¹¹.

A fronte di ciò, la recisione del nesso tra il ricevimento dell'atto e il rilascio del provvedimento avrebbe garantito una maggiore evidenza dell'imparzialità del notaio, da un lato, ed un sollievo, dall'altro lato, rispetto ad eventuali pretese risarcitorie generalizzate, ossia non riferite precipuamente all'attività autorizzatoria ma, comunque, ascrivibili all'operazione economica, della quale l'atto rappresenta il suggello.

In concreto, la disciplina sulla competenza autorizzatoria avrebbe potuto radicarsi sul criterio territoriale, come già osservato, o, almeno, escludere il potere del notaio incaricato della stipula dell'atto, con una formula diametralmente opposta a quella adottata dal legislatore: si sarebbe potuto prevedere, allora, che qualsiasi notaio, purché diverso dal notaio rogante, avrebbe potuto rilasciare l'autorizzazione¹².

2.2. Gli atti oggetto di autorizzazione. Soggetti non dotati della piena capacità di agire e attività negoziale

Oggetto del provvedimento autorizzativo notarile, secondo l'art. 21 del D.Lgs. 149/2022, sono gli atti – sia in forma pubblica che autentica – “nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno”, nonché gli atti “aventi ad oggetto beni ereditari”.

¹⁰ In tal senso anche PEPE, *Novità in tema di competenza giurisdizionale notarile*, in *Riv. not.*, 2023, 3, 754, secondo il quale dovrebbe trovare applicazione la L. 117/1988, dovendo il comportamento notarile essere vagliato – ai fini di una sua eventuale responsabilità – secondo gli stessi canoni dell'“omologo” Giudice, concretizzandosi altrimenti una irragionevole e grave disparità di trattamento, in spregio dell'art. 3 Cost.”.

¹¹ Tra le pronunce più recenti, si vedano Cass., 1.06.2023 n. 15490, in CED Cassazione; Cass., 14.11.2022 n. 33439, in *Foro it. on line*, Cass., 18.10.2022 n. 30494, in *Foro it.*, 2023, I, c. 239, Cass., 5.7.2022 n. 21205, in *Foro it. on line*, Cass., 4.3.2022 n. 7185, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1688, Cass., 15.2.2022 n. 4911, in *Riv. not.*, 2022, 393. Scrive DI SAPIO, *L'art. 21 del d.lgs. 149/2022 e la responsabilità civile del notaio in relazione al rilascio dell'autorizzazione di volontaria giurisdizione*, in *Judicium*, 1, 2023, 27, che “se è indubbiamente vero che il notaio non è un *free rider*, è altrettanto vero che è semplicistico e comunque riduttivo pensare di chiudere ogni discorso sul fatto che le parti si aspettano una *peace of mind* dalla prestazione notarile, perché questo sarebbe uno sbrigativo stratagemma per profilare una sorta di responsabilità oggettiva del notaio per rischio professionale, che non riposa su alcun testo di legge e non discende affatto dalla circostanza che il notaio è un ‘pubblico ufficiale’, funzione invero svolta da buona parte degli attori in scena”.

¹² CHIANALE, *Controcanto*, cit., 6.

Quanto alla delimitazione della competenza autorizzativa notarile dal punto di vista dell'oggetto, dunque, è possibile individuare due macroaree: la prima è quella degli atti di cui sono parte soggetti non dotati della piena capacità di agire; la seconda è quella degli atti di disposizione – in senso lato – dei beni ereditari. Dette aree trovano un punto di intersezione là dove l'atto di disposizione del bene ereditario sia compiuto proprio dal soggetto incapace, che necessariamente accetta l'eredità con beneficio di inventario ed è, pertanto, esposto ai conseguenti aggravii autorizzativi nelle vicende dispositive successive.

La concretizzazione della nuova norma è basata sulla sua lettura sistematica: l'autorizzazione notarile sostituisce, nella prima macroarea, l'autorizzazione del giudice tutelare (si pensi alla vendita o all'acquisto di un bene dell'interdetto o del minore sottoposto a tutela, ante riforma soggette al *placet* del Tribunale¹³); nella seconda macroarea, il provvedimento del notaio è alternativo, invece, al provvedimento emanato dal Tribunale c.d. "delle successioni", di cui all'art. 747 c.p.c., al quale è affidato il vaglio dell'operazione (anche) rispetto alle esigenze di tutela dei creditori ereditari e dei legatari.

Nel primo ambito, il principio "faro" che deve orientare l'attività autorizzativa del pubblico ufficiale è la valutazione della necessità e dell'utilità evidente dell'atto rispetto al soggetto non dotato della piena capacità di agire.

L'autorizzazione è posta, infatti, a presidio dell'effettività della misura di protezione, la quale sarebbe svuotata nei suoi caratteri essenziali se l'operato del rappresentante legale (o dell'incapace e del suo assistente, nei casi di "complessità ineguale"¹⁴ dell'atto) fosse svincolato da ogni controllo.

In questo contesto, la posizione del notaio, come quella del giudice tutelare, è delicatissima: la valutazione circa la necessità/utilità evidente dell'atto richiede un'attenta analisi delle implicazioni che esso ha, non solo rispetto al patrimonio, ma anche con riferimento alla persona del soggetto non pienamente capace. L'impronta personalistica e non meramente patrimonialistica delle misure di protezione informa, infatti, il sistema attuale: basti pensare alla cura della persona¹⁵ del beneficiario di amministrazione di sostegno, vessillo dell'istituto sartoriale più recente dell'impianto normativo e, ormai, più diffuso nella prassi.

Proprio affinché sia garantito un adeguato apparato informativo alla base della decisione, al notaio è consentito, dallo stesso art. 21, di "farsi assistere da consulenti, ed

¹³ La riforma abroga, infatti, l'art. 375 c.c., affidando al giudice tutelare tutte le autorizzazioni in materia e così ampliando notevolmente il contenuto testuale dell'art. 374 c.c.

¹⁴ È evocata la celebre espressione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. 2012, Napoli, 211. La "complessità ineguale" dell'atto potrebbe riguardare, per esempio, l'ipotesi dell'inabilitato e l'ipotesi del beneficiario di amministratore di sostegno in cui l'amministratore svolga funzioni di assistenza.

¹⁵ Sul tratto della *cura personae* nell'impianto normativo si vedano DELLE MONACHE, *Comm. Gabrielli*, 182 ss.; BONILINI, in BONILINI, TOMMASEO, 343 ss. e, naturalmente, CENDON, *Un altro diritto per i soggetti: l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, 21 ss.

assumere informazioni, senza formalità, presso il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo del minore o del soggetto sottoposto a misura di protezione”. Tra i poteri “istruttori” del notaio vi è, per esempio, quello di richiedere una perizia estimativa del bene oggetto di alienazione o di divisione, ma anche quello di interpellare esperti in grado di fornire pareri sull’opportunità, in termini di equilibrio psicologico e affettivo, per il soggetto incapace o solo parzialmente capace, di abbandonare una dimora consueta.

La facoltà del notaio di esperire l’istruttoria deformalizzata prevista dalla legge sembra innalzarsi a vero e proprio onere del professionista-pubblico ufficiale, conformando la diligenza che a costui è richiesta nell’esecuzione dell’incarico. Se, infatti, detti strumenti sono messi a disposizione dall’ordinamento, una decisione non corroborata da un’indagine adeguata potrebbe non reggere alla prova di resistenza costituita dal reclamo¹⁶.

Ci si può ora soffermare su talune ipotesi peculiari, rispetto alle quali la novella legislativa non offre indicazioni chiare e che possono dar luogo a notevoli problematiche interpretative.

L’ampiezza della competenza autorizzativa notarile sembra arrestarsi, infatti, secondo la lettera della norma, non solo là dove manchi il collegamento con un atto negoziale affidato al notaio, ma anche ove questo collegamento, pur presente in astratto, imponga l’osservanza di un procedimento complesso.

Il riferimento è all’ipotesi – assai frequente, peraltro, nella prassi – del conflitto di interessi tra il figlio minore e l’unico genitore o i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, conflitto che può sorgere proprio rispetto a categorie di atti che sono tipici

¹⁶ Il compimento di un’effettiva istruttoria rafforza notevolmente il provvedimento notarile, inserendo lo stesso nel più ampio contesto dei meccanismi di protezione del soggetto debole. Proprio la mera facoltà – e non l’obbligo – di compiere attività istruttoria aveva allarmato il Consiglio Superiore della Magistratura sul tema dell’attribuzione al notariato di alcune competenze in materia di volontaria giurisdizione. Si veda, per esempio, il parere sullo schema di decreto legislativo in attuazione della legge delega 206/2021, di cui alla delibera del CSM del 21 settembre 2022, disponibile su <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+decreto+legislativo+processo+civile+21+settembre+2022/6b06482b-26c7-7204-aec8-343813205244>, ove si legge che “se è vero che la competenza del notaio è alternativa a quella dell’Autorità Giudiziaria, è altrettanto vero che il minore, l’interdetto, l’inabilitato o il soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, subirà la decisione dell’esercente la potestà genitoriale o del tutore nella scelta di rivolgersi al notaio per il compimento dell’atto anziché al giudice, con la conseguenza che è possibile che nessuna attività di vigilanza venga esercitata atteso che il notaio non vi è tenuto, avendo il legislatore previsto solo come eventualità che egli possa richiedere informazioni al fine di avere a disposizione un quadro più chiaro circa la convenienza dell’atto per il minore, l’interdetto o l’inabilitato e che possa farsi assistere da consulenti.

^{Al contrario, il giudice tutelare esercita istituzionalmente un’attività di vigilanza nei confronti della categoria di soggetti contemplati dalla norma ed è quindi sempre tenuto ad una puntuale ed approfondita verifica della natura dell’atto e della reale necessità di esso alla cura degli interessi del soggetto fragile”.}

delle sistemazioni patrimoniali familiari. Si pensi, per esempio, alla donazione da parte di entrambi i genitori a un figlio minore d'età, nonché alla donazione compiuta da uno solo dei genitori in favore del figlio. In queste situazioni, tradizionalmente¹⁷, è ravvisato un conflitto d'interessi: nel primo caso, i genitori non possono rivestire la doppia veste di donanti e di legali rappresentanti del donatario; nel secondo caso, non appare praticabile la soluzione secondo cui per il compimento dell'atto la rappresentanza legale del minore si concentra in capo all'altro genitore non donante, che accetta la donazione in nome e per conto del figlio. Detta prospettazione, infatti, collide con il conflitto di interessi tra i genitori stessi, ove essi siano tra loro coniugati, conflitto la cui rilevanza patrimoniale sta nell'alterazione dell'ordine degli obbligati agli alimenti (al cui vertice è posto, successivamente alla donazione, il donatario stesso)¹⁸.

In tutte queste situazioni, la valutazione circa l'opportunità del compimento dell'atto e l'eventuale richiesta di autorizzazione spetta al curatore speciale, nominato ex art. 320 c. 6 c.c. Secondo la scansione procedimentale più limpida, cioè, soltanto dal curatore speciale, una volta nominato, può essere richiesta l'autorizzazione al compimento dell'atto, rilasciata con un provvedimento ulteriore e successivo rispetto a quello di nomina del curatore¹⁹.

Ci si domanda, pertanto, se la competenza notarile, radicata sul compimento dell'atto, possa spingersi, in un certo senso, all'indietro, fino alla fase logica precedente consistente proprio nella nomina del curatore speciale. Sul punto, nel silenzio della novella, si prospettano due strade: la prima, più ardita ma senz'altro fondata sull'interpretazione teleologica di una norma semplificatrice e orientata alla degiurisdizionalizzazione, ammette la nomina del curatore speciale da parte del notaio rogante; la seconda, più fedele alla struttura del procedimento, nega simile estensione della competenza notarile, imponendo la nomina giudiziale del curatore, il quale, in un momento successivo, potrà rivolgersi alternativamente al giudice tutelare o al notaio per l'autorizzazione al compimento dell'atto. Proprio questa seconda opzione sembra affermarsi nella prima prassi applica-

¹⁷ L'orientamento è sancito fin dalla nota Cass., 19.1.1981 n. 439, in *Riv. not.*, 1981, che ha segnalato la rilevanza di un conflitto di interessi patrimoniale "in tema di donazione in favore di minore, per la cui accettazione è richiesta in ogni caso l'autorizzazione del giudice tutelare, a norma dell'art. 320, 3° comma (nuovo testo), c.c., qualora la qualità di donante venga assunta da entrambi, o anche da uno solo dei genitori investiti della legale rappresentanza del minore stesso, si verifica un'ipotesi di conflitto di interessi patrimoniali, che rientra nell'ambito della previsione dell'ultimo comma del citato art. 320 c.c., con il conseguente potere-dovere del giudice tutelare di nominare un terzo curatore speciale, e non della previsione del successivo art. 321, il quale con l'intervento del tribunale, regola il diverso caso dell'impedimento o della voluta omissione dei genitori medesimi rispetto all'attività necessaria per la tutela del figlio minore".

¹⁸ Sulla mancanza del requisito di attualità di un conflitto così delineato, peraltro soltanto ipotetico, si veda, recentemente, IACCARINO, *Donazione da genitore a figlio dopo la riforma in materia di volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2023, 2, 145.

¹⁹ DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, I, *Patria potestà*, Milano, 1962, 236; MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1999, 26.

tiva del doppio binario: il binario giudiziale, cioè, resta privilegiato in alcune circostanze, quali quella della nomina del curatore speciale²⁰.

Altra questione problematica si ravvisa nella determinazione dello spazio ancora riservato al giudice tutelare ove a costui sia richiesto soltanto un parere, preventivo rispetto all'eventuale autorizzazione del Tribunale, nella materia degli atti di disposizione di beni ereditari appartenenti ad incapaci. Sul punto appare opportuno un rinvio²¹, dal momento che la seconda macroarea di delimitazione oggettiva della competenza notarile sarà esaminata nel prosieguo.

2.3. Atti di disposizione dei beni ereditari. In particolare, atti del chiamato e atti compiuti dall'erede beneficiato

L'art. 21 del D.Lgs. 149/2022 delinea una competenza del notaio, concorrente rispetto a quella del Tribunale, nella materia degli "atti aventi ad oggetto beni ereditari". La formulazione – poco tecnica, invero – è intesa nel senso che il notaio può, ove richiesto, autorizzare il compimento di atti di disposizione di beni ereditari, là dove un provvedimento in tal senso sia previsto dalla legge.

Ampio è il ventaglio di ipotesi collocate in quest'area, a loro volta classificabili in due categorie: nella prima categoria rientrano quegli atti aventi ad oggetto beni ereditari di per sé considerati, ossia beni pervenuti per successione a titolo di eredità; della seconda categoria fanno parte, invece, quegli atti di disposizione di beni ereditari appartenenti a incapaci, tradizionalmente autorizzati a seguito di un dialogo ideale tra il Tribunale del luogo di apertura della successione e il giudice tutelare del luogo di domicilio dell'incapace.

Rispetto a entrambi i settori, è opportuno soffermarsi sui presupposti sostanziali delle singole fattispecie e sulla loro rilevanza ai fini del rilascio o del diniego dell'autorizzazione.

In una lettura che segue la sistematica del codice civile, un'applicazione della nuova competenza autorizzativa è ammissibile, in primo luogo, là dove occorra valutare l'opportunità di un atto di disposizione compiuto dal chiamato, *ex art. 460 c.c.* Detta norma – per alcuni espressione di un vero e proprio dovere di amministrazione di un soggetto che è, rispetto all'erede, formalmente terzo²² – consente al chiamato all'eredità di alienare, debitamente autorizzato, "i beni che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio". Nell'attività di rilascio dell'autorizzazione occorre, perciò, va-

²⁰ Mostra, invece, un'apertura rispetto alla nomina del curatore speciale da parte del notaio rogante l'analisi di FABIANI e PICCOLO, *L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, 2023, 22. In senso difforme da quanto proposto nel citato studio pare orientarsi la prassi più recente (cfr. Decr. G.T. Roma, 18 aprile 2023).

²¹ *Infra*, par. 2.3, ultima parte.

²² NATOLI, voce *Chiamato alla successione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 921.

lutare se sia intenzione del richiedente porre in essere un atto di vendita e se sussista il presupposto dell'impossibile/difficile conservazione.

Discussa è, invece, la possibilità di autorizzare atti diversi dalla vendita (si pensi al classico caso del mutuo ipotecario garantito dal bene ereditario e finalizzato alla manutenzione o riparazione del medesimo)²³. Quanto alle conseguenze della vendita – se la *ratio* della norma è quella di sostituire con un diverso bene ciò che non può essere conservato – a integrare il precetto sostanziale soccorre il disposto dell'art. 748 c.p.c., ai sensi del quale il provvedimento autorizzativo deve dare indicazioni sulla conservazione o il reimpiego del prezzo ricavato dall'alienazione.

Di indubbia rilevanza pratica è, poi, la materia degli atti compiuti dall'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario. La norma di riferimento è, qui, l'art. 493 c.c., secondo cui è onere dell'erede beneficiario, affinché permanga la limitazione di responsabilità stabilita in suo favore, ottenere dall'autorità competente l'autorizzazione ad alienare i beni ereditari. In questa ipotesi, a differenza che nella precedente, la formulazione testuale è ampia: nella rubrica vi è, infatti, un generico riferimento all'alienazione, accompagnato, nella disposizione, dall'indicazione esemplificativa della vendita, della costituzione di pegno e della concessione di ipoteca. Detti atti possono essere autorizzati non già quando essi si basino su una necessità/utilità evidente del disponente, bensì soltanto là dove sia rispettata la finalità conservativo-liquidativa della massa che, alla luce del beneficio, è separata dal patrimonio dell'erede e la cui sussistenza è funzionale al soddisfacimento delle ragioni dei creditori ereditari e dei legatari²⁴.

A costoro spetta un diritto di preferenza sul patrimonio ereditario di fronte ai creditori dell'erede (art. 490 c. 2 n. 3 c.c.), ossia un diritto di soddisfarsi con precedenza, in costanza di beneficio, sui beni ereditari rispetto ai creditori personali dell'erede. Si tratta, a ben vedere, di una prelazione *sui generis*²⁵, non caratterizzata da *ius sequelae*: una volta uscito il cespite, a mezzo dell'atto di alienazione autorizzato, dalla massa amministrata dall'erede beneficiario, tale diritto di preferenza sul medesimo viene meno. Pare, invece, che il ricavato dell'alienazione sostituisca – con un'ipotesi di surrogazione reale eccezionale nell'ordinamento – il bene preesistente, assumendo natura ereditaria (un indice normativo in tal senso si desume dall'art. 492 ultima parte c.c., secondo il quale i creditori possono ottenere idonea garanzia per il prezzo dei beni ereditari ceduti). Del resto, la finalità conservativo-liquidativa dell'amministrazione verrebbe meno ove non si

²³ Il dibattito dottrinale sul tema è, ormai, risalente. Aperti a una lettura estensiva della norma sono NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968, 210; FERRI, *Successioni in generale*, Bologna, 1972, Artt. 465-511, 132. Contra, GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte Generale*, Torino, 1977, 155.

²⁴ NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, cit., 164.

²⁵ Così già PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, Roma, 1973, 297, che nega la sussistenza di un vincolo di natura reale sui beni. Contra, si veda l'autorevole opinione di CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XLII, Milano, 1961.

ammettesse che il ricavato dell'alienazione, di fatto, tiene luogo del bene ereditario²⁶, con conseguente traslazione sul medesimo della prelazione citata.

Da questa ricostruzione può essere tratto un importante indice interpretativo della novella, che nulla prevede a proposito del reimpiego in materia di atti di disposizione dei beni ereditari (art. 21 comma 3): sembrerebbe, infatti, che alla luce dei principi generali, una disposizione circa il reimpiego sia assai opportuna, sia nel contesto dell'autorizzazione di un atto del chiamato (arg. ex art. 748 c.p.c.) sia nel contesto dell'autorizzazione di un atto di alienazione dell'erede beneficiato.

Si è già osservato che la materia degli atti aventi ad oggetto beni ereditari compiuti dall'erede beneficiato si interseca con il tema degli atti compiuti dagli incapaci, ai quali sono precluse forme di accettazione di eredità diverse dall'accettazione beneficiata. In questa circostanza, il binario giurisdizionale prevede che l'autorizzazione al compimento dell'atto di disposizione sia emanata dal Tribunale del luogo di apertura della successione, ex art. 747 c.p.c., su parere del giudice tutelare del luogo di domicilio dell'incapace.

Al primo spetta, infatti, di valutare la sussistenza delle finalità conservative e liquidative cui si è già fatto cenno, nell'ottica della tutela degli interessi dei creditori ereditari e dei legatari; al secondo, invece, è demandato il compito di vagliare l'interesse dell'incapace-disponente rispetto al compimento dell'atto.

Il testo dell'art. 21 D.Lgs. 149/2022 non richiama tale ideale dialogo, affidando al solo notaio la valutazione degli interessi in gioco nell'emanazione del provvedimento: se questo appare in linea con la finalità deflattiva della riforma, la prassi appare ancora assai cauta in questo contesto, dal momento che sono stati osservati casi di reclamo, da parte del P.M., del provvedimento autorizzativo notarile non preceduto dal parere del giudice tutelare²⁷.

2.4. Segue. Atti del curatore dell'eredità giacente, atti del “primo istituito” ex art. 692 c.c. e atti compiuti dall'esecutore testamentario. L'audizione del legatario di specie

Il ventaglio di situazioni in cui l'autorizzazione notarile può venire in rilievo rispetto ai beni ereditari è ancora ampio: si pensi agli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente, agli atti compiuti dal primo istituito nel fedecommesso assistenziale, nonché agli atti compiuti dall'esecutore testamentario.

La natura di ciascun istituto deve, in dette ipotesi, orientare l'indagine circa l'opportunità del rilascio dell'autorizzazione: l'amministrazione del curatore ex art. 528 c.c.

²⁶ Scrive CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 295, che “il corrispettivo dei beni alienati deve essere conservato per la liquidazione e non potrà essere liberamente utilizzato per le esigenze personali dell'erede”.

²⁷ Tra i primi casi di reclamo osservati, si segnala il reclamo del PM presso il Tribunale di Milano avverso un provvedimento notarile emanato in assenza del parere del giudice tutelare, depositato in data 7 aprile 2023. Contra, FABIANI e PICCOLO, cit., 71.

è, per esempio, un'amministrazione controllata, in cui la vendita dei beni mobili costituisce l'ipotesi fisiologica mentre la vendita degli immobili dipende da ragioni di necessità o utilità evidente²⁸; alle ragioni conservative deve ispirarsi anche la valutazione circa gli atti di disposizione del primo istituito *ex art. 692 c.c.*, dal momento che un'opzione interpretativa diversa frustrerebbe l'*ordo successivus* eccezionalmente ammesso dalla legge in questa fattispecie²⁹.

Quanto agli atti compiuti dall'esecutore, mandatario *post mortem* del *de cuius* e titolare di un ufficio di diritto privato³⁰, la scelta circa l'autorizzazione deve essere ispirata alla valutazione di idoneità dell'atto rispetto alla realizzazione della *voluntas spectanda defuncti*: quest'ultima, invero, potrebbe essere così dettagliata da non lasciar margine di scelta all'esecutore che, in detta circostanza, potrebbe agire addirittura senza autorizzazione, quale *longa manus* del testatore³¹.

Le variegate fattispecie in cui può essere richiesto un intervento autorizzativo nell'ambito degli atti di disposizione dei beni ereditari sono accomunate, *ex art. 21 comma 2 D.Lgs. 149/2022*, da alcune indicazioni procedurali: si tratta, in particolare, dell'onere di sentire gli altri chiamati e i creditori ereditari risultanti dall'inventario, se (già) redatto, nonché il legatario nel caso di alienazione del bene costituente oggetto di un legato di specie (*ex art. 747 c. 4 c.p.c.*). Se l'audizione della prima categoria di soggetti sembra semplicemente ampliare il novero di elementi sui quali deve basarsi l'apparato informativo preliminare rispetto al provvedimento, la formulazione della norma appare debole

²⁸ Il curatore è, infatti, titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo, il cui ruolo è scolpito, nella letteratura giuridica, dalle parole di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1962, 321, secondo cui egli è "un soggetto che, nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere ed in forza di un diritto proprio, commisurato al dovere medesimo, esplica in proprio nome una data attività".

²⁹ AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, 338. Sull'ordine successivo, in giurisprudenza, si veda la limpida ricostruzione, pur non recentissima, di Cass., 6.6.2007 n. 13250, in *Giur. it.*, 2008, 1, 50, secondo cui "l'attribuzione per testamento di un bene prima ad un soggetto e quindi ad altro soggetto, per il caso e a partire dal momento in cui il primo venga meno, integra la sostituzione fedecommissaria qualora dal testamento risulti la volontà del testatore di operare *due delazioni in ordine successivo*" (corsivo aggiunto).

³⁰ MESSINEO, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria. Critica delle teorie, elementi costitutivi e indole dell'esecuzione*, rist., Padova, 1931, *passim*; CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, *passim*; Id., voce *Esecutore testamentario*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1997, *passim* e Id., *L'esecutore testamentario visto quale affidatario fiduciario*, in *Fondazione Italiana del Notariato, Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione*, 2, 2019, disponibile online all'indirizzo <https://biblioteca.fondazione-notariato.it/art/esecutore-testamentario-qual-e-affidatario-fiduciario.html>, il quale osserva la duttilità della figura dell'esecutore testamentario in funzione della sistemazione di interessi di varia natura del testatore.

³¹ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, 1081, che ravvisa negli "atti di straordinaria amministrazione espressamente previsti dal testatore" degli "atti di esecuzione della volontà del *de cuius* e non di autonoma determinazione dell'esecutore", i quali, pertanto, non devono essere autorizzati.

con riferimento all'audizione del legatario di specie. A costui, in effetti, ai sensi dell'art. 747 c. 4 c.p.c. deve essere notificato il ricorso, dal momento che l'atto di disposizione da parte dell'erede del bene che tecnicamente è stato acquistato in automatico dal legatario al momento di apertura della successione (*ex art. 649 c.c.*) integra un'eccezionale ipotesi di rappresentanza *ex lege*. Può essere sostenuto, pertanto, che in mancanza di notifica del ricorso al legatario di specie, l'erede beneficiario operi quale *falsus procurator*, giacché egli non si preoccupa della dovuta integrazione del contraddittorio verso il titolare sostanziale del diritto³². Alla luce di ciò, ben più di un mero dovere di sentire il legatario avrebbe dovuto prescrivere l'art. 21, mostrando così una maggiore fedeltà all'interazione tra procedimento e diritto sostanziale che anima la volontaria giurisdizione.

3. Le colonne d'Ercole della competenza autorizzativa notarile

L'art. 21 comma 7 del D.Lgs. 149/2022 indica una serie di ipotesi espressamente escluse dalla competenza autorizzativa notarile: infatti, “restano in ogni caso 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”.

Si è di fronte, in sostanza, a una norma di chiusura, che rappresenta le colonne d'Ercole della competenza concorrente. Occorre, pertanto, indagare circa la portata effettiva delle esclusioni e il grado reale di estensione della riserva giurisdizionale.

Il notaio, *in primis*, non può rilasciare autorizzazioni “per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi”. La formulazione non è tecnicamente e formalmente cristallina: basti osservare, per esempio, l'espressione “compromettere in arbitri giudizi”, quasi ossimorica, visto che si compromette la lite e non il giudizio, il quale manca, in senso puro, ove vi sia un arbitrato. In ogni caso, la cifra costante del lessico usato dal legislatore richiama il concetto di giudizio, quasi a indicare che la competenza notarile deve arrestarsi ove la lite esista e sia, già, *sub iudice*³³: in questi casi, il binario notarile non può essere più scelto, poiché solo al giudice può spettare la valutazione degli interessi sostanziali rilevanti.

A ben vedere, le ipotesi in cui una vera riserva giurisdizionale opera sono limitate: rispetto alla promozione di giudizi manca, infatti, il necessario collegamento con un

³² VALENZA, *Gli amari frutti del beneficio di inventario*, in *Casi e quesiti di diritto ereditario*, a cura di BONILINI, Padova, 2003, 43, nota 18, il quale osserva che la mancata notifica del ricorso al legatario “rappresentato” potrebbe viziare il procedimento al punto di condurre quest'ultimo all'emanazione di un provvedimento dotato di vizio suo proprio e, come tale, impugnabile. In questo senso MAZZACANE, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, Roma, 1986, 82.

³³ Così anche CHIANALE, *Controcanto*, cit., 7. *Contra*, SANTARCANGELO, *L'autorizzazione notarile nella nuova normativa della volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2022, 593, e FABIANI e PICCOLO, cit., 14 s., per i quali per ogni atto di transazione non sussiste la competenza autorizzativa notarile.

atto notarile (se non nella assai residuale ipotesi della procura alle liti conferita per atto notarile); detto collegamento sussiste, invece, rispetto alla rinuncia alla lite, così come rispetto alla transazione. Su questo punto, peraltro, ci si può domandare se sia vietata un'autorizzazione notarile anche per la transazione che non verte su un giudizio in corso ma che occorre a prevenire una lite futura. L'assenza di una lite attuale potrebbe far tendere verso una tesi possibilista, sebbene la prima strada rappresenti ancora l'opzione più cauta. Dall'insussistenza di una lite attuale al momento della stipula, poi, potrebbe derivare anche l'ammissibilità dell'autorizzazione rispetto ad un contratto contenente una clausola compromissoria, ben diversa dal (vietato) compromesso che devolve ad arbitri una lite in corso.

Altro settore in cui si arresta la competenza notarile è quello della continuazione dell'impresa commerciale: qui la norma ribadisce una competenza esclusiva giudiziale ma detta una precisazione, a ben vedere, non necessaria. Questa autorizzazione, infatti, non ha ad oggetto l'atto in sé ed è quindi esclusa già ai sensi del primo comma dell'art. 21, che impone un collegamento funzionale tra competenza autorizzativa e atto notarile successivo.

Là dove, infatti, il soggetto incapace intenda continuare un'attività di impresa commerciale, per esempio in ragione dell'acquisto di un'azienda o di una quota di società di persone, due sono le autorizzazioni necessarie: l'una riguarda il compimento dell'atto di acquisto e l'altra ha ad oggetto la valutazione di congruità circa il proseguimento dell'attività di impresa da parte dell'incapace. In questa situazione, perciò, il binario autorizzativo resta unico – ossia giurisdizionale – per quanto riguarda l'attività, mentre consente l'alternativa giudice/notaio per quel che concerne il negozio di acquisto. La suddivisione della fattispecie sostanziale indirizza in maniera logica l'operatività delle regole sull'autorizzazione, nella sua essenza di elemento integrativo della validità di un atto – o, in taluni casi, della legittimità di un'attività – rilevante sul piano del diritto sostanziale.

ABSTRACT

La riforma della volontaria giurisdizione attribuisce ai notai la competenza, concorrente con quella del giudice, di autorizzare gli atti compiuti da soggetti deboli e gli atti di disposizione dei beni ereditari.

The recent Reform of the Italian Civil Procedure impacts on substantial Private Law by developing a new set of rules for the proceedings concerning weak persons and inheritances. In this area, indeed, a new player – the Civil Law Notary – is entitled to evaluate the relevant interests and to issue the necessary authorisations for the conclusion of contracts.