

UNA BUSSOLA PER LA VOLONTARIA GIURISDIZIONE

Uno strano pot-pourri, la materia nota come volontaria giurisdizione. Si comincia con lo studio del procedimento camerale: competenza, ricorso, jus postulandi, provvedimento, reclamo e quant'altro. Tali argomenti, che sono poi gli unici ad essere inequivocabilmente riconducibili all'etichetta "volontaria giurisdizione", occupano a ben vedere una porzione minoritaria delle trattazioni. Seguono appropriati frammenti di diritto familiare, commerciale, successorio, internazionale privato, ma a fare la parte del leone è quello che potremmo definire "diritto patrimoniale degli incapaci": sono qui numerosissime, naturalmente, le ipotesi di intervento dell'Autorità Giudiziaria, ma non mancano le norme di carattere sostanziale che tecnicamente nulla hanno a che vedere con la giurisdizione volontaria, e che pure vengono abitualmente studiate in questo contesto. Un esempio per tutti: l'articolo 323 cc (acquisto da parte dei genitori di beni del minore). Si tratta di un normalissimo divieto sanzionato con l'annullabilità di diritto comune; nessun provvedimento è previsto od ipotizzabile; l'unico impalpabile trait d'union con la volontaria giurisdizione è una generica parentela con le fattispecie (lecite) d'acquisto che abbisognano d'autorizzazione.

Casi limite a parte, quel che importa è che la disciplina sostanziale viene presentata, affrontata e (soprattutto) sistematizzata in funzione dei provvedimenti camerali previsti in materia. Una scelta certamente razionale sul piano pratico e didattico; sul piano teorico, un'anomalia che potrebbe essere considerata nulla più di una curiosità di nessun conto, se non fosse che le scelte di topografia espositiva di rado sono totalmente neutrali. Il nostro caso non fa eccezione.

Prendiamo uno di quei classici tormentoni che da sempre inquietano il sonno dei candidati al concorso notarile: la continuazione dell'impresa commerciale da parte dell'incapace. Nulla quaestio laddove l'azienda sia pervenuta mortis causa od a titolo gratuito; è però ammissibile che l'incapace acquisti a titolo oneroso l'azienda? La risposta dei guru della volontaria giurisdizione (Angelo Jannuzzi 1, Francesco Mazzacane 2, Giovanni Santarcangelo 3) è compatta in senso affermativo. Una rapida scorsa ad un'opera di comune consultazione come il Codice Civile commentato a cura di Cian e Trabucchi dà un risultato sorprendente: l'opinione opposta è riportata come praticamente pacifica. E non si tratta di una svista.

Angelo Jannuzzi 4 così motiva la sua posizione: *"Quando un'impresa è stata già esercitata, si può valutare la convenienza e l'utilità della prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte dell'incapace con un calcolo più attendibile dei costi di produzione e dell'entità delle vendite, e quindi dei guadagni, in base all'esperienza acquisita dal pregresso esercizio dell'impresa; ciò che non è possibile, invece, riguardo ad un'azienda costituita ex novo. Se tale è la ratio della disposizione limitativa, non vi dovrebbe essere ragione di escludere la possibilità di esercizio di un'azienda che sia acquistata a titolo oneroso dall'incapace, purché si tratti di un'azienda già funzionante in mano del precedente titolare"*. Gli altri autori che seguono la sua opinione 5 sono pressappoco sulla medesima linea 6. Si tratta del coerente esito di un approccio al cui centro sta il momento giurisdizionale: se il Giudice dispone di elementi sufficienti, se è in grado di svolgere correttamente la sua funzione, la valutazione sull'ammissibilità della figura non può che essere positiva.

E' soddisfacente questa soluzione? A mio avviso no. E la ragione non è occasionale o contingente, ma corrisponde ad una scelta di fondo: porre al centro della disciplina non il provvedimento, ma l'incapace; considerare il provvedimento come lo strumento (uno degli strumenti), e la protezione dell'incapace come l'obiettivo, non viceversa.

Così mutata la prospettiva (e cioè, per dirla tutta: cessando di ragionare in termini di volontaria giurisdizione) il panorama cambia sensibilmente. Il codice dà in più di un'occasione prova di voler

imporre la massima prudenza nella gestione del patrimonio dell'incapace, spingendosi sino a prescrivere (372 cc), salvo casi eccezionali, il deposito presso Casse di risparmio e non presso Banche ordinarie. Disposizione certo da non prendersi alla lettera oggi, visto che le Casse di risparmio di fatto non esistono più, e che forse non andava presa alla lettera già da decenni, in ragione della sua evidente tara storica: negli anni Trenta, quando la norma veniva redatta 7, i dissesti delle cosiddette banche miste, originati dalla crisi del 1929, erano materia di viva cronaca, ed hanno di certo influenzato pesantemente il legislatore. Paranoie a parte, il messaggio è chiaro. Forzare un dettato a dir poco incerto sul piano letterale (*"l'esercizio di un'impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione..."*) sino a ricomprendervi una fattispecie ad altissimo rischio come l'investimento del denaro proprio del minore in un'azienda, è quindi operazione arbitraria, in poco giustificabile controtendenza rispetto ai principi che informano l'amministrazione dei beni degli incapaci. Non a caso, gli studiosi che hanno affrontato la questione nell'ambito di lavori di diritto familiare o commerciale, propendono in grande maggioranza per la negativa. Sono loro, anche perché in linea di massima più prestigiosi fuori dal mondo notarile, ad essere citati nelle opere di consultazione ed a fare opinione.

Ho già espresso la mia personale preferenza: in termini generali, ritengo poco convincente (se non, ovviamente, per lo studio degli aspetti procedurali) considerare la volontaria giurisdizione come una disciplina giuridica autonoma, ossia come un sistema connotato da suoi propri principi sostanziali, capaci di comporre un quadro ermeneutico di riferimento. Ma non è tutto. Sostituendo all'orizzonte culturale della volontaria giurisdizione quello della protezione degli incapaci, si consegue un importante obiettivo: collegare più strettamente la disciplina degli aspetti patrimoniali alla protezione sul piano personale, sottordinando, direi anzi, la prima alla seconda. E' del tutto evidente come quest'ultimo approccio sia di gran lunga più vicino alla moderna sensibilità, e non mancano in tal senso i riscontri: se il Codice del 1942, trattando dei minori in potestate, dedica prevalente spazio ai rapporti patrimoniali 8, le più recenti fonti internazionali (da ultimo la Convenzione dell'Aja del 1996, ancora non ratificata dall'Italia 9) si muovono in una logica diversa: *"la protezione del minore e dei suoi beni"* è il refrain della Convenzione. In assenza di una visione unitaria di aspetti (innanzitutto) personali e (poi) patrimoniali, che assicuri il radicamento del discorso giuridico in valori ampiamente avvertiti e condivisi, la cosiddetta volontaria giurisdizione si condanna a recitare la parte del relitto storico, estraneo all'evoluzione del diritto vivente.

Un banale esempio per scendere nel concreto. A quanto mi consta, è rarissimo che prima di adottare un provvedimento patrimoniale che riguarda un minore, si ascolti il minore medesimo per verificare se quanto si sta per fare corrisponde ai suoi desideri ed alle sue aspirazioni. Tale audizione non solo è prevista dalla legislazione italiana da quasi un decennio 10, ma senza forzatura alcuna può reputarsi addirittura obbligatoria, sempreché il minore abbia un sufficiente grado di maturità 11. Come si vede, non si può invocare neppure l'abituale, confortevole alibi di una normativa antiquata ed inadeguata.

La ricerca di contenuti giuridici provvisti, per un verso o per l'altro, di un maggior peso specifico, mi pare infine rappresenti un efficace antidoto ad un fenomeno che sembra ormai dilagante, e cioè la crescente detecnizzazione dell'attività camerale nel suo complesso, agevolata dal limitato ruolo nomofilattico che la Cassazione è qui chiamata a svolgere ed anche, forse, da un malcelato fastidio verso l'espletamento di una funzione minore. Trovo emblematico il provvedimento del Tribunale di Milano pubblicato su *Federnotizie* di marzo 1998, pagina 100 12. Si ragiona su quale sia il Giudice competente alla nomina del perito per la stima di un conferimento in natura da eseguirsi in spa già esistente. Non colpisce tanto la soluzione adottata, che denota anzi un apprezzabilissimo e

rassicurante senso pratico da parte del Giudice, quanto il tono *casual* delle argomentazioni, dominate da considerazioni logistiche sulla facilità degli accessi e la comodità delle trasferte del perito. Di nozioni giuridiche (quelle da tema di concorso, per intenderci), nemmeno l'ombra; eppure le questioni di competenza territoriale sono tra le più eleganti che questo ramo del diritto abbia da offrire. Nel caso di specie, l'esito è stato indubbiamente molto funzionale dal punto di vista delle parti private 13, ma mi tratterei egualmente dal cantar vittoria: se si abbandona il fondamento teorico dell'operare 14, ogni esito diviene possibile; al principio di diritto, magari arcigno e foriero a volte di conseguenze poco pratiche, si sostituisce il puro e semplice arbitrio del Giudice chiamato di volta in volta a decidere. Non mi pare un gran progresso.

Ugo Bechini, notaio in Lavagna

1) *Manuale della volontaria giurisdizione*, p. 443

2) *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, p. 172

3) *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, II, p. 262

4) *Ibidem*

5) Tra cui Pietro Micheli, *L'acquisto e l'esercizio dell'impresa da parte del minore*, in *Rivista del Notariato*, 1968, p. 338

6) Giovanni Santarcangelo, in verità, propone anche un'osservazione che, coerentemente sviluppata, mi pare conduca a soluzione opposta a quella da lui difesa: "*La natura essenzialmente aleatoria dell'attività commerciale, il pericolo di pregiudizio economico che da essa può derivare, soprattutto il rischio di fallimento hanno indotto il legislatore ad escludere che possa essere iniziata una nuova attività commerciale. Tuttavia, per motivi di opportunità, è stata consentita la continuazione di un'attività già avviata: nessuno inizierebbe attività commerciale sapendo che l'azienda dovrà essere liquidata o alienata se morirà lasciando figli minori*" (op.cit., II, p. 261). L'ultima proposizione suona un poco drammatica; comunque sia: se questa è la ragione, che c'entra l'acquisto a titolo oneroso?

7) L'articolo 372 vigente corrisponde all'articolo 370 del libro primo come separatamente promulgato sul finire del 1938; entrò in vigore il primo gennaio 1939.

8) Sono norme palesemente scritte per una sparuta minoranza di minori borghesi, e che rinviano (sul piano culturale, se non su quello normativo) alla disciplina di polizia per la protezione dei minori appartenenti ad altri strati sociali (o forse dovrebbe dirsi: per la protezione della società *nei confronti* dei minori di differente estrazione).

9) Su Internet alla pagina: <http://web.tiscalinet.it/conoge/sn171299.htm> con varia documentazione a corredo.

10) Legge 27 maggio 1991 numero 176 (Gazzetta Ufficiale 11 giugno 1991 numero 135): ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989; articolo 12 della Convenzione. Dato il contenuto della Convenzione, non può neppure ipotizzarsi che essa si applichi solo a fattispecie che presentino caratteri di internazionalità. La legge e la traduzione non ufficiale della Convenzione si trovano anche su Internet alla pagina: <http://web.tiscalinet.it/conoge/ny1989.htm> unitamente ai testi ufficiali francese, inglese e spagnolo. La Convenzione è stata ratificata da tutti i Paesi del mondo eccettuati la Somalia e gli Stati Uniti. Per il dibattito in corso in quest'ultimo Paese si veda, sul sito Internet dell'Unicef americana, la pagina <http://www.unicefusa.org/infoactiv/rights.html> (in lingua inglese). Come già nella nota vicenda

della mancata partecipazione USA al Tribunale Penale Internazionale, è ben percepibile l'atteggiamento sdegnoso della superpotenza dinanzi a strumenti che comportano limitazioni della propria sovranità, ma è pure molto interessante (e, per le superficiali notizie che ho del feroce mondo giudiziario statunitense, forse non ingiustificata!) la preoccupazione che il riconoscimento di veri e propri diritti in capo ai minori si traduca in una valanga di cause civili intentate dai figli contro i genitori. L'accusa di favorire il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza da parte delle minori, mossa alla Convenzione da alcuni ambienti antiabortisti USA, naufraga nel ridicolo solo che si osservi che tra le prime ratifiche vi fu quella della Santa Sede.

11) In tal senso la dottrina più moderna: Paolo Pasqualis, *Minori e incapaci nel nuovo diritto internazionale privato. Aspetti di interesse notarile*, in *Rivista del Notariato*, 1996, p. 157; Massimo Dogliotti ed Alberto Figone, *Il procedimento di volontaria giurisdizione*, in *Manuale di volontaria giurisdizione* a cura di Vincenzo Salafia, IPSOA, Milano 1999, p. 755. Da parte sua Angelo Jannuzzi, neppure nell'edizione 1995 del suo *Manuale* (*op. cit.*, p. 755) include la nostra ipotesi nel novero delle audizioni obbligatorie. Non mi riesce di decifrare le possibili ragioni del silenzio serbato dall'illustre Autore. E' ben vero che ai sensi della Convenzione l'audizione del minore deve avvenire "in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale", ma mi par chiaro che tale previsione attiene al *quomodo*, non all'*an*. A tutto voler concedere resta poi il fatto che tale atto istruttorio non ripugna al sistema italiano: non solo il codice conosce ipotesi del tutto analoghe (articolo 371, comma 1 punto 1), ma è anche pacifico che il Giudice può procedere a qualsivoglia interrogatorio egli ritenga del caso (Angelo Jannuzzi, *op. cit.*, p. 751). Da ultimo: se mai fosse stato possibile, in passato, ricavare dal complesso della disciplina un'indicazione nel senso di un'assoluta eccezionalità delle ipotesi di audizione del minore, di certo tale principio sarebbe stato mandato in frantumi dalla Convenzione di New York, che esplicitamente fissa la regola opposta.

12) Su Internet alla pagina: <http://www.federnotizie.org/1998/marzo/esperien.htm>

13) Non si può dire altrettanto di GT Genova 15 dicembre 1994, in *Rivista del Notariato*, 1995, p. 643 (con nota redazionale contraria), che non solo fa scempio delle più consolidate acquisizioni della cultura civilistica in materia di donazione indiretta, senza peraltro darsi pena di informare delle ragioni del gesto, ma perviene anche al rigetto del ricorso presentato.

14) Prontamente recuperato, in relazione alla questione accennata, da un pregevole parere di Antonio Ruotolo (*CNN Notizie*, 12 marzo 1999) che risolve il problema in splendida ortodossia: la stima è prevista a tutela dell'integrità del capitale sociale della società conferitaria, e dunque la sede di quest'ultima (soggetto nel cui interesse viene adottato il provvedimento) decide la competenza territoriale.