

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAMI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1955-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Novembre-Dicembre
2019

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

MATILDE GIROLAMI
Prof. ord. dell'Università di Padova

LA PROCURA DEGLI INCAPACI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Procura e sopravvenuta incapacità naturale del *dominus*: profili generali. – 3. La scelta di nominare un rappresentante legale. – 4. La gestione del patrimonio dell'incapace per il tramite di rappresentanti negoziali: la rilevanza della posizione del terzo. – 5. Il permanere dell'efficacia della procura a fronte della sopravvenuta incapacità naturale del *dominus* come unica soluzione compatibile con la prospettiva del codice. – 6. La protezione del *dominus* incapace di intendere o di volere: soluzioni *de iure condito*. – 7. Riflessioni conclusive.

1. – L'incapacità è divenuta nell'ultimo periodo un fenomeno piuttosto diffuso in ragione del protrarsi della vita oltre la soglia della perdita della lucidità mentale, in connessione con l'età o con il decorso di malattie degenerative⁽¹⁾.

Tra le fattispecie che suscitano i maggiori dubbi, di questi tempi, si segnala senz'altro l'utilizzo di procure rilasciate in precedenza dal soggetto che ha poi perduto la capacità di intendere o di volere. La prassi si muove con una certa leggerezza permettendo al rappresentante negoziale di agire indisturbato al di fuori di ogni possibile controllo del *dominus* ed è rimessa alla mera scrupolosità del professionista preposto all'atto l'iniziativa di verificare l'attitudine a comprendere del rappresentato.

I terzi, tuttavia, sembrano non gradire tanta disinvoltura e, in simili situazioni, chiedono spesso di interloquire comunque con un rappresentante legale, temendo l'instabilità degli acquisti compiuti tramite procuratore.

È questa la ragione del fiorire abnorme di richieste di nomina di amministratori di sostegno a cui si accompagna la fisiologica impossibilità

⁽¹⁾ Sul problema della definizione di persona vulnerabile e delle conseguenze che questo stato genera sugli atti negoziali si segnala lo studio di AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli 2019.

per i giudici tutelari, anche i più zelanti, di sovrintendere fattivamente alle sorti dei patrimoni dei beneficiari.

Si può dire che, nonostante le grandi aspettative suscitate nel momento della sua entrata in vigore, l'istituto dell'amministrazione di sostegno sembri aver fallito l'obiettivo, visto che a quindici anni di distanza si continua ad optare in molti casi per la gestione "domestica" dei beni dei soggetti non più *compos sui*. E se una ragione di questa scelta va cercata nella volontà di tenere riservata una situazione penosa e privatissima, un'altra ragione risiede, senza dubbio, nella maggiore praticità che i mezzi dell'autonomia negoziale consentono rispetto ad ogni procedimento giudiziale, anche il più semplificato.

Nell'attesa che vengano forniti dal legislatore nuovi strumenti specifici adatti a simili situazioni, si chiede intanto all'interprete di definire la sorte delle procure dei soggetti divenuti incapaci e degli atti che i rappresentanti abbiano comunque posto in essere per il tramite di esse.

Le alternative che si profilano al riguardo si possono riassumere nel quesito se si debba assimilare l'incapacità naturale sopravvenuta ad una causa di estinzione della procura, con conseguente caducazione dell'atto compiuto dal rappresentante per il *dominus* non più in grado di intendere o di volere, oppure se si possa salvare quest'atto in nome della fiducia in precedenza riposta dal medesimo *dominus* su quel procuratore. Il tutto nell'ottica di salvaguardare, oltre alla posizione del soggetto fragile, la dinamica stessa del mercato che richiede *in primis* affidabilità e correttezza nei suoi attori.

2. – Conviene dedicare in *incipit* qualche parola alla funzione che la procura dovrebbe assolvere nell'intenzione del legislatore poiché questo aiuta ad identificare con maggiore immediatezza eventuali deviazioni nel suo utilizzo.

Della procura va sottolineato anzitutto il fatto che non si tratta di uno strumento di abdicazione della sfera negoziale del *dominus*, ma di un mezzo con il quale questi decide di affiancare a sé un altro soggetto a cui vengono dati la facoltà e il potere di agire in sua rappresentanza. Il *dominus* conserva cioè intatte le proprie prerogative decisionali e resta in grado di agire in prima persona nel pieno e diretto possesso dei propri diritti.

Questo rimane vero anche se la procura non sia limitata ad un singolo affare, ma contempli un più ampio spettro di negozi. Certamente però, per le formule usate, spesso il conferimento di una procura generale equivale alla creazione di un *alter ego* del *dominus* con potere di disporre davvero

dell'intero suo patrimonio ed è per questo che in passato questo tipo di atto ha suscitato più di un dubbio in punto di ammissibilità⁽²⁾.

Facile imbattersi nel testo delle procure in espressioni quali “il procuratore, ai fini del presente atto, è investito di ogni potere, *ut alter ego* del rappresentato, in modo che in nessun caso e per nessun negozio possa essere opposto difetto di poteri”. Il che suona senz'altro forte o quanto meno presuppone una fiducia cieca ed incondizionata nel designato.

La stessa sensazione si ha, d'altra parte, anche solo analizzando l'elencazione – mai tassativa, tra l'altro – degli atti che il rappresentato è abilitato a compiere in nome e per conto del *dominus*: ricorrono infatti locuzioni quali amministrare tutti i beni presenti e futuri; acquistare, vendere, permutare beni immobili, mobili, azioni o quote; o, ancora, contrarre mutui, assumere obbligazioni, acconsentire a iscrizioni ipotecarie, ma anche accettare, con o senza beneficio d'inventario, eredità e legati. Si tratta con evidenza di poteri molto estesi, idonei ad incidere in modo sensibile sulla consistenza del patrimonio di colui che li ha conferiti.

Le potenzialità della procura sembrano in effetti amplissime, se si guarda la prassi, ma nella normalità dei casi il rischio è precisamente calcolato da chi la conferisce.

L'ordinamento, come noto, predispone un sistema di regole che lasciano al *dominus* il totale controllo dell'operato del rappresentante. Se è vero che l'esercizio del potere rappresentativo entro i limiti della procura vincola *de plano* chi lo ha conferito, il quale sarà senz'altro tenuto a rispettare gli obblighi così assunti, è altrettanto vero che ove l'atto compiuto dal rappresentante ecceda i limiti della procura, viene data al *dominus* la scelta di invocarne l'inefficacia o di valutare, nell'opposta direzione, l'opportunità di una ratifica, secondo quanto discende dalle previsioni testuali degli artt. 1398 e 1399 c.c. Eventuali situazioni di conflitto di interessi, non esclusa la forma del contratto con se stesso, saranno poi

⁽²⁾ Non sorprende dunque il testo del nuovo art. 1155 del *Code civil* francese – così formulato a seguito dell'*ordonnance* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016 e della *loi* n° 2018-287 del 20 aprile 2018 – stabilisca ora che: «(1) *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.* (2) *Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire* [(1) Quando il potere rappresentativo è formulato in termini generali, non copre che gli atti conservativi e di ordinaria amministrazione. (2) Quando il potere rappresentativo è specificamente determinato, il rappresentante non può compiere che gli atti per i quali è legittimato e quelli ad essi accessori]». Cfr. sul punto DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^a ed., Paris 2018, p. 280 s.

trattabili con gli artt. 1394 e 1395 c.c. Ferma rimanendo, comunque, la facoltà di revoca della procura stessa.

Innegabile che da un simile apparato normativo, esito peraltro di studi secolari, discenda l'affermazione del permanere della piena sovranità del rappresentato sulla propria sfera giuridica.

Il problema è che questo assunto trova piena conferma solo sul presupposto che il *dominus* abbia una effettiva idoneità al controllo, permanga cioè in uno stato di lucidità tale da permettergli di prendere decisioni consapevoli sulle sorti della fattispecie. È evidente che, per esercitare il controllo, il *dominus* debba essere *compos sui*. Ma si è detto che spesso accade, invece, che colui che ha rilasciato procura divenga successivamente incapace e che si profili comunque la necessità di utilizzare il potere rappresentativo.

In simili situazioni, trascorso un periodo di tempo sufficiente dal primo manifestarsi dei segni dell'incapacità naturale senza che vi siano segnali di ritorno al pieno dominio di sé, si offrono in pratica due vie di azione. La prima, quella più forte che sembra anche la soluzione ortodossa immaginata dal codice, conduce verso la nomina di un rappresentante legale dell'incapace che ne curi le sorti personali ed economiche; la seconda, che si diceva essere oggi molto diffusa per evitare i sentieri impervi del ricorso al giudice, ma forse anche come espressione di una scelta di riserbo, poggia invece essenzialmente sull'utilizzo di procure rilasciate in precedenza.

Va da sé che in quest'ultima ipotesi sia imprescindibile valutare se si conservi o no l'efficienza dell'atto di conferimento del potere rappresentativo, essendo il fulcro unico attorno al quale ruota la gestione del patrimonio del *dominus*. Un problema analogo, tuttavia, si presenta anche ove si scelga la via dell'attivazione di una misura di protezione legale, in quanto pure in questo caso sarà necessario definire la sorte di eventuali procure rilasciate in precedenza per evitare sovrapposizioni ed interferenze.

Si può cominciare con l'analizzare quest'ultima ipotesi, che appare forse concettualmente più semplice.

3. – La sorte delle procure pregresse, nel caso venga nominato successivamente per il *dominus* un rappresentante legale, si presenta meno problematica poiché esistono indici normativi specifici, sia nella disciplina della rappresentanza, sia nell'ambito del mandato, che indirizzano con sufficiente precisione verso un esito univoco.

Il riferimento è anzitutto al disposto dell'art. 1389 c.c. il quale richiede che il rappresentato sia legalmente capace affinché l'operato del rappresentante sia fatto salvo. Dunque, per la validità del contratto da quest'ultimo concluso è necessario che il *dominus* non abbia subito alcuna abla-

zione di capacità di fronte alla legge: non è possibile abilitare un altro a compiere atti che non si possano compiere validamente da soli⁽³⁾. Il che sembra possa equivalere indirettamente ad affermare che la procura, e quindi la rappresentanza negoziale, perdono forza nel momento in cui subentrino un rappresentante legale.

Nello stesso senso sembra orientare l'art. 1722 c.c. ove vengono enumerate testualmente tra le cause di estinzione del mandato l'interdizione e l'inabilitazione del mandante o del mandatario (n. 4).

Certo, l'art. 1722 è una norma permeata della natura contrattuale che caratterizza il mandato e pertanto non direttamente pensata per la procura, quale atto unilaterale. La *ratio* della previsione si coglie infatti bene se la si completa con il disposto dell'art. 1728 c.c., ove si chiarisce che «quando il mandato si estingue per morte o per incapacità sopravvenuta del mandante il mandatario che ha iniziato l'esecuzione deve continuarla, se vi è pericolo nel ritardo». È chiaro, allora, che qui la preoccupazione del legislatore è quella di definire le sorti delle obbligazioni contrattuali a seguito del venir meno della capacità più che quelle del potere rappresentativo, che può esserci o no. Sullo stesso piano si colloca anche l'art. 1729 ove è detto che «gli atti che il mandatario ha compiuti prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi eredi». Anche in questo caso è palese la volontà del codice di mettere un punto su eventuali pretese contrattuali.

Al di là comunque della specifica *ratio*, le norme appena citate sembrano suffragare nel complesso l'impressione che nel nostro sistema – ma non è così in altri Paesi vicini, quali ad esempio la Germania (v. § 672 BGB) – il subentrare di un rappresentante legale renda di fatto inutilizzabili le procure negoziali rilasciate dal *dominus* prima del sopravvenire della propria incapacità. Almeno sino a quando si discuta di interdizione e di inabilitazione.

Meno limpida è in effetti la situazione che si viene a creare ove si faccia ricorso all'amministrazione di sostegno, trattandosi di un istituto modulabile sul concreto grado di inettitudine del soggetto beneficiario a provvedere ai propri interessi e che vorrebbe limitare il più possibile il grado di ablazione della capacità di agire.

Non a caso è sorto al riguardo un dibattito nel contesto del quale (con una certa sovrapposizione tra procura e mandato) è stata prospettata la possibilità che si conservi l'efficacia della rappresentanza negoziale confe-

⁽³⁾ Cfr. VISINTINI, in GALGANO-VISINTINI, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1993, sub art. 1389, p. 232.

rita in precedenza dal soggetto divenuto poi beneficiario di amministrazione di sostegno⁽⁴⁾. E ciò proprio in relazione al fatto che il decreto di nomina potrebbe di fatto conservare in capo al medesimo beneficiario la legittimazione a compiere personalmente ancora numerose tipologie di atti.

Resta il fatto che, per quanto minimale, una certa riduzione della capacità di agire è da ritenersi sempre connessa all'esistenza di un amministratore di sostegno: tecnicamente è prospettabile la nomina di un a.d.s. in presenza anche di sole menomazioni fisiche del beneficiario, ma la cosa non convince in quanto in casi del genere sembra molto più semplice servirsi dei mezzi negoziali (procure o mandati) dato che il *dominus* è perfettamente *compos sui*, e dunque in grado di controllare l'operato del rappresentante molto meglio di quanto non potrebbe fare un giudice tutelare al quale siano assegnati centinaia di procedimenti di questo tipo⁽⁵⁾. Tra l'altro sembra illogico andare ad appesantire il sistema sotto il

⁽⁴⁾ In questa prospettiva, un primo orientamento ha sostenuto addirittura l'ultrattività del mandato (con rappresentanza) che escluderebbe la possibilità di far luogo alla nomina di un amministratore di sostegno, non potendo «il decreto giudiziale sovrapporsi ad una volontà liberamente e idoneamente già espressa, dalla rappresentata [nella specie una donna affetta da encefalopatia multilacunare, parkinsonismo e sindrome depressiva]»: così Trib. Modena 23 dicembre 2008, in *D. fam.*, 2009, 2, p. 699; nello stesso senso Trib. Bari, sez. Bitonto, 1 marzo 2005, in BACCARANI, *L'amministratore di sostegno*, Milano 2006, p. 117, ove si sottolinea in particolare il fatto che l'art. 1722 non contempla l'amministrazione di sostegno tra le cause estintive del mandato e si attribuisce tale scelta ad una precisa volontà del legislatore che vede nell'a.d.s. un istituto non di per sé ablativo della capacità di agire. Addirittura si trova poi una pronuncia in cui si afferma non essere invalida la procura generale conferita a terzi da soggetto già beneficiario di a.d.s., Trib. Napoli 14 maggio 2007, in *Corr. mer.*, 2007, p. 838.

Una seconda lettura ha ventilato, invece, la possibilità di un agire concorrente del mandatario con rappresentanza e dell'amministratore di sostegno: cfr. Trib. Trieste 22 aprile 2006, in *www.personaedanno.it*; Trib. Modena, decr., 22 luglio 2008, in *www.personaedanno.it* e in *D. fam.*, 2009, 1, p. 258.

Non mancano comunque le voci che hanno sostenuto da subito l'incompatibilità della nomina di un amministratore di sostegno con la sopravvivenza di procure negoziali rilasciate dal beneficiario in precedenza, precisando tuttavia che l'estinzione degli atti negoziali debba essere prevista espressamente dal giudice tutelare nel decreto di nomina del rappresentante ex art. 411, comma 4, c.c.: in questo senso, Trib. Milano 30 novembre 2006, in *www.personaedanno.it*; Trib. Modena 5 marzo 2008, in *www.giurisprudenzamodenese.it*; Trib. Genova 25 ottobre 2015, in *www.osservatoriofamiglia.it*, e in *www.agasge.it*.

Quest'ultima, sia pure con diverse sfumature, è la tesi sposata prevalentemente in dottrina: cfr. per tutti BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova 2004, p. 265.

⁽⁵⁾ In questo senso BONILINI, *L'anziano consapevole, e adeguatamente assistito, non abbisogna di amministratore di sostegno, in soccorso, può intervenire il mandato*, in *Fam. e d.*, 2016, 2, p. 177. In giurisprudenza Trib. Vercelli 16 ottobre 2015, in *Dejure*.

profilo pubblicistico quando gli strumenti dell'autonomia negoziale offrono soluzioni analogamente se non maggiormente efficaci.

La giurisprudenza sembra comunque avere di recente trovato l'occasione per chiarire, dall'un lato, che l'esistenza di una procura generale conferita dal *dominus* prima di divenire incapace non osta in alcun modo alla nomina di un amministratore di sostegno – nella persona del procuratore negoziale o diversa, a discrezione del giudice – e, dall'altro lato, che la formalizzazione dell'istituto di protezione è incompatibile con il proseguire dell'operato di un eventuale rappresentante negoziale⁽⁶⁾. Queste conclusioni persuadono.

Anche infatti volendo ragionare della compatibilità teorica dell'incarico giudiziale con quello negoziale, sarebbero comunque residuali i poteri che rimarrebbero in capo al *procurator* e una duplicazione della legittimazione ad agire in nome e per conto del *dominus* incapace avrebbe in realtà come unico risultato quello di generare incertezza. Senza considerare che per definizione il rappresentante legale può prendersi cura dell'incapace per tutto quanto serve e dunque appare logico ritenere che ciò che non possa fare il soggetto in prima persona possa, e anzi debba, essere fatto dal suo rappresentante legale sotto il controllo del giudice.

La stessa pronuncia si sofferma non a caso anche sul mancato richiamo nell'art. 1722 n. 4 c.c. dell'amministrazione di sostegno tra le cause di estinzione del mandato, imputandolo ad un semplice difetto di coordinamento, come è giusto che sia⁽⁷⁾. Il che farebbe pensare che non sia

⁽⁶⁾ Così Trib. Novara 4 agosto 2016 che cita come precedente un decreto del Trib. Trieste 6 luglio 2007, e così motiva: «Nel caso di specie, appare evidente come il contenuto del provvedimento di nomina di Amministratore di Sostegno, quanto mai opportuno e necessario vista la situazione in cui versa l'interessata, andrebbe indubbiamente a sovrapporsi all'oggetto della procura generale conferita dalla beneficiaria (...). Ed infatti all'A.d.S. devono essere conferiti poteri di rappresentanza esclusiva (...) per tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione con conseguente perdita della capacità di agire (...) e conseguente estinzione ex art. 1722, comma 1 n. 4. direttamente applicabile alla fattispecie in esame, anche in forza di quanto previsto dall'art. 411 comma 4 c.c.».

⁽⁷⁾ Chiaro in questo senso un passaggio della motivazione di Trib. Novara 4 agosto 2016: «peraltro, si osserva incidentalmente come il mancato richiamo nell'ambito dell'art. 1722, comma 1, n. 4, c.c. dell'istituto dell'amministrazione di sostegno sembra imputabile al mancato coordinamento della novella con la disciplina sul mandato posto che, per gli atti devoluti alla rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, il beneficiario perde la capacità di agire con effetti, *in parte qua*, identici a quelli derivanti dai provvedimenti di inabilitazione o interdizione, ferma restando la minore limitazione della capacità d'agire derivante dall'istituto dell'A.d.S. Del resto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 404 c.c. la misura dell'amministrazione di sostegno condivide con l'interdizione e l'inabilitazione gli stessi presupposti applicativi (infermità di mente che può determinare anche incapacità totale e permanente) di talché gli istituti citati costituiscono strumenti di tutela alternativi

nemmeno necessaria una menzione esplicita in tal senso da parte del giudice nel decreto istitutivo, in ossequio al disposto dell'art. 411, comma 4, c.c.

In quest'ottica andrebbe piuttosto adeguato il sistema di comunicazione ai professionisti dell'apertura di misure di protezione degli incapaci, allineando l'amministrazione di sostegno agli altri istituti.

Si ricorda infatti che, in base all'art. 54 del c.d. regolamento notarile (r.d. 10 settembre 1914, n. 1326, regolamento per l'esecuzione della l. 16 febbraio 1913, n. 89, riguardante l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili), ai notai è fatto divieto di «rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentanti giuridicamente obbligarsi». E a tale fine è fatto obbligo al tribunale [ogni tre mesi] di comunicare al Consiglio Notarile del luogo «un estratto di tutte le sentenze civili e penali divenute irrevocabili, portanti interdizione, inabilitazione, dichiarazione di fallimento, annullamento di concordato tra falliti e loro creditori, o condanna a pene che costituiscono il condannato nello stato d'interdetto legale». E il Consiglio Notarile dovrà poi comunicarlo ai singoli notai e agli altri Consigli Notarili compresi nel distretto (art. 55 reg. notarile). I notai dovranno conservare nel loro studio «un elenco che indichi il cognome, il nome, la paternità e la professione delle persone interdette, inabilite, o dichiarate fallite nel distretto di ogni Corte o sezioni di Corte di appello, la data della loro interdizione, inabilitazione o dichiarazione di fallimento, e della sentenza che le ha pronunciate» (art 56 reg. notarile) ⁽⁸⁾.

dei soggetti deboli la cui applicazione si differenzia non tanto per profili qualitativi del soggetto (grado di infermità psichica del beneficiario) quanto per aspetti relativi alla complessità delle funzioni da affidare alla figura istituzionalizzata di sostegno (sia essa tutore o amministratore di sostegno) (...).

⁽⁸⁾ *Art. 54.* I notari non possono rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentanti giuridicamente obbligarsi.

Art. 55. I cancellieri dei Tribunali, delle Corti o sezioni di Corte di appello debbono trasmettere prontamente al Consiglio notarile ed all'archivio notarile del luogo un estratto di tutte le sentenze civili e penali divenute irrevocabili, portanti interdizione, inabilitazione, dichiarazione di fallimento, annullamento di concordato tra falliti e loro creditori, o condanna a pene che costituiscono il condannato nello stato d'interdetto legale.

Il presidente del Consiglio notarile, dopo averne fatto prendere annotazione nel registro per la corrispondenza di cui all'art. 99, n. 1, del presente regolamento, deve comunicare il detto estratto per copia ai notai del distretto ed ai presidenti degli altri Consigli notarili, compresi nella circoscrizione territoriale della Corte d'appello acciocché essi possano co-

Stupisce che non si consideri oggi per queste formalità anche l'amministrazione di sostegno e che i professionisti debbano fare ricorso all'estratto per riassunto dell'atto di nascita per sapere se un soggetto ne è beneficiario. Se si conviene che si tratti di un istituto che, come l'interdizione e l'inabilitazione, interferisce comunque con la capacità di agire, non se ne giustifica infatti una forma di pubblicità minore. È vero che nel solo caso dell'amministrazione di sostegno il potere del rappresentante legale non è predefinito e pertanto sarà comunque necessario consultare il decreto di nomina; tuttavia che se ne avesse notizia ufficiale sembrerebbe quanto meno opportuno.

Nella prospettiva della presente indagine, le osservazioni sin qui svolte, sembrano comunque consentire di giungere ad una prima conclusione: si può infatti affermare a questo punto che, in generale, con l'apertura di una procedura di protezione legale si estingue il potere rappresentativo del procuratore negoziale. Per quanto detto, questa soluzione appare l'unica davvero in linea con la prospettiva del codice civile.

4. – Più problematica appare *ictu oculi* l'ipotesi, non infrequente, in cui il *dominus* divenga incapace di intendere o di volere, ma nessuno proceda alla richiesta di nomina di un rappresentante legale. Trattasi, a ben vedere, di situazione che può protrarsi per molto tempo e della quale non è dato avere conoscenza ufficiale.

In simili fattispecie si profila più che mai la necessità di stabilire quale sia la sorte del potere rappresentativo in precedenza conferito, ora che il *dominus* non è più in grado di vigilare sull'operato del suo *procurator*.

In linea di principio va detto che non si può immaginare che il terzo, ma nemmeno il notaio rogante se si tratti di atti notarili, sia tenuto a verificare la capacità del rappresentato di fronte ad ogni procura. Nelle

municarlo ai notari del rispettivo distretto. Allo stesso modo deve provvedere il conservatore dell'archivio nei riguardi degli altri conservatori della circoscrizione medesima.

Gli estratti suddetti saranno riuniti e conservati in apposito fascicolo.

La stessa disposizione deve osservarsi per le sentenze e per gli altri provvedimenti in forza dei quali l'interdizione od inabilitazione sia revocata o venga a cessare, e per le sentenze passate in cosa giudicata, con le quali si omologano i concordati per causa di fallimento, affinché sia proceduto alle necessarie cancellazioni ed annotazioni nell'elenco prescritto dall'articolo seguente.

Art. 56. Sarà tenuto affisso permanentemente nello studio dei notari un elenco che indichi il cognome, il nome, la paternità e la professione delle persone interdette, inabilite, o dichiarate fallite nel distretto di ogni Corte o sezioni di Corte di appello, la data della loro interdizione, inabilitazione o dichiarazione di fallimento, e della sentenza che le ha pronunciate.

facoltà dell'interlocutore e del notaio stesso è essenzialmente la verifica della capacità del rappresentante nel momento in cui agisce. Stando al disposto dell'art. 47, comma 2, l. n. 89/1913, semplicemente, «il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto»⁽⁹⁾. La previsione opera dunque sullo specifico piano del controllo della volontà che viene espressa in sede di conclusione del contratto dai soggetti presenti in quel momento. Immaginare che da questa norma discenda l'obbligo per il professionista di verificare anche la corrispondenza del volere dichiarato dal procuratore con quello del rappresentato, al di là di quanto emerge dal testo della procura, sembra eccessivo.

D'altra parte, se una procura imponesse in ogni caso di utilizzo verifiche troppo onerose in termini di tempo e diligenza, ne risulterebbe vanificata l'utilità stessa dell'istituto della rappresentanza, che non eserciterebbe più alcuna attrattiva sul mercato.

Rimane però il fatto che vi sono situazioni limite in cui non chiedersi se il *dominus* sia ancora *compos sui* può divenire la spia di un qualche difetto di diligenza. Si pensi all'ipotesi di una procura rilasciata anni prima da una persona ora novantenne: augurandosi che sia ancora perfettamente in sé, è chiaro che il non porsi alcun problema nell'utilizzo della delega finisca con l'esporsi la persona medesima al forte rischio di abusi. Tra l'altro, se la cosa fosse affatto indenne da censura, si legittimerebbe in tal modo l'agire di colui che con malizia si facesse rilasciare una procura da persona anziana proprio per utilizzarla quando questa non fosse più in grado di vigilare. E l'ordinamento non può certo avallare simili deviazioni.

Lasciando da parte un eventuale profilo di responsabilità professionale del notaio, ammesso che l'utilizzo improprio della procura avvenga con l'effettiva complicità di un notaio, il problema di fondo rimane quello della stabilità o meno dell'eventuale negozio così portato a termine dal rappresentante.

Al di là della difficoltà stessa di rilevare e provare l'effettiva sussistenza di uno stato di incapacità naturale nel preciso momento della conclusione di un negozio, non si tratta qui solo di individuare un punto di equilibrio tra la posizione del *dominus* e quella del *procurator* – esista o no uno

⁽⁹⁾ V. anche art. 67, comma 1, r.d. 10 settembre 1914, n. 1326 recante il regolamento per l'esecuzione della l. 16 febbraio 1913, n. 89: «Spetta al notaio di dirigere la compilazione dell'atto dal principio alla fine, anche nel caso che lo faccia scrivere da persona di sua fiducia; a lui solo compete d'indagare la volontà delle parti e di chiedere, dopo di aver dato ad esse lettura dell'atto, se sia conforme alla loro volontà».

specifico rapporto di gestione a giustificazione dell'avvenuto conferimento del potere rappresentativo – ma va considerata con la medesima attenzione la posizione del terzo che ponga legittimo affidamento sulla validità del contratto concluso mediante la procura.

La disciplina della rappresentanza nel nostro codice risente infatti direttamente della teorica Labandiana che distinguendo fra mandato e procura stabilisce che gli eventi che interessano il rapporto interno tra mandante e mandatario possono riverberarsi sulla procura, e dunque sul rapporto esterno, soltanto nel rispetto della posizione dei terzi. Solo eccezionalmente, dunque, il legame *dominus-procurator* può condizionare il terzo che contratti con il rappresentante, visto che la procura è atto autonomo rispetto al rapporto di mandato, che può esistere come anche non esserci⁽¹⁰⁾.

Vi sono indici normativi espliciti in questo senso: si pensi all'art. 1394 c.c., in tema di conflitto d'interessi, all'art. 1396 c.c. che regola modifica ed

⁽¹⁰⁾ Si deve a Laband (*Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch*, in GOLDSCHMIDT-LABAND (HERAUSGEGEBEN VON), *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, II, Erlangen 1866, p. 203 ss.) la distinzione sul piano concettuale tra mandato (*Auftrag*) e rappresentanza (*Stellvertretung*). Tralasciando il fatto che l'Autore riteneva che anche il conferimento della procura (*Vollmacht*) fosse a sua volta un contratto – posizione che è stata poi superata dallo stesso BGB e dalla dottrina successiva – i suoi studi hanno condotto senz'altro ad emancipare la procura dal rapporto di gestione che lega *dominus* e *procurator*.

Si legge testualmente, a conclusione di una disamina dettagliata dei rapporti tra procura e mandato: «*Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt es sich, daß es Mandate ohne Vollmacht, Vollmachten ohne Mandate giebt, daß endlich Vollmacht und Mandat auch zusammenfallen und völlig cobngruent sein können. Sonach ist eine scharfe Trennung dieser beiden Begriffe eine juristische Nothwendigkeit. Es sind zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte, die andere Voraussetzungen, einen andern Inhalt und andere Wirkungen haben* (Dalle considerazioni precedenti si evince che esistono mandati senza procura e procure senza mandati, che procura e mandato possono coesistere e che possono essere affatto congruenti. Quindi una distinzione netta di queste due nozioni è una necessità giuridica. Si tratta di due negozi completamente diversi che hanno delle condizioni diverse, un contenuto diverso e degli effetti diversi)», p. 208.

Il mandato è solo eventuale e la procura, nel sistema tedesco, è atto astratto, immune dunque dalle vicende che possano interessare il rapporto sottostante. La procura ha come contenuto il solo conferimento del potere rappresentativo e può esistere anche in sé, indipendentemente dalla sussistenza di un ulteriore e diverso rapporto obbligatorio che leghi il rappresentante al rappresentato. Il sistema italiano del '42 ha recepito questa impostazione, senza tuttavia riuscire ad emanciparsi del tutto dai condizionamenti del codice francese che conosceva al tempo solo il mandato e difettava affatto di una disciplina della procura, introdotta formalmente solo con la riforma del 2018 (nuovi artt. 1153 ss. *Code civil*). Ne è derivata una regolamentazione bipartita di procura e mandato, artt. 1387 ss. e 1703 ss. c.c., ma le due figure appaiono comunque legate da una contaminazione reciproca: basti considerare l'art. 1704 c.c., che afferma che al mandato con rappresentanza si applicano anche le norme della procura.

estinzione della procura, oltre agli artt. 1398 e 1399 c.c. che disciplinano le sorti del negozio concluso dal falso rappresentante. In tutti questi casi è previsto testualmente che il terzo debba rimanere indenne dalle vicende che non riguardano direttamente l'atto di conferimento del potere rappresentativo, delle quali non abbia o non possa avere percezione.

È nella prospettiva della tutela della posizione del *dominus* divenuto incapace di intendere o di volere che invece mancano nella disciplina della rappresentanza spunti decisivi che orientino verso una linea di soluzione univoca.

Non aiutano in questo senso le previsioni degli artt. 1389 e 1722 c.c., sopra citate, che trattano testualmente della sola incapacità legale.

Non aiuta nemmeno l'art. 1396 c.c. che, nel disciplinare l'estinzione della procura, non ne elenca le cause e dunque non risolve il dubbio se il caso in esame sia annoverabile tra quelli che nei fatti determinano il venir meno della procura.

Nemmeno può essere utile un richiamo all'art. 428 c.c. che si presta a disciplinare solo l'ipotesi in cui lo stato di incapacità di intendere o di volere accompagni *ab origine* il rilascio del potere rappresentativo, portando a configurare in tal caso l'annullabilità del negozio di procura. Vale comunque la pena ricordare come una lettura distorta di questa norma abbia condotto, in una pronuncia giurisprudenziale, ad ipotizzare la sopravvenuta annullabilità della procura in connessione con il sopravvenire dell'incapacità del *dominus*⁽¹¹⁾: è ipotesi, tuttavia, che non merita considerazione in quanto frutto di un palese fraintendimento della natura stessa dell'invalidità, la quale colpisce l'atto nel momento della sua formazione come vizio originario e non dovrebbe dunque operare *ex post*.

Non resta allora che ammettere che l'effetto della sopravvenuta incapacità naturale del *dominus* sulla procura rilasciata in precedenza non ha una precisa considerazione testuale nel nostro codice.

5. – Il problema dell'incapacità naturale del *dominus* nel momento in cui il rappresentante agisce in suo nome e per suo conto non è ritenuto centrale nemmeno in dottrina, tant'è che sono poche le trattazioni in cui se ne parla.

Si trova affermato, quasi fosse un esito scontato, che l'incapacità di intendere o di volere del rappresentato non incide di per sé sull'efficacia

⁽¹¹⁾ Così Trib. Catania 22 novembre 1994, in *Informazione prev.*, 1994, p. 1292 e in *Dejure*.

dell'operazione negoziale posta in essere dal procuratore⁽¹²⁾. L'assunto trova conferma anche in una giurisprudenza tanto sporadica quanto risalente⁽¹³⁾.

Conclusione in perfetta linea, d'altra parte, con l'idea di temporaneità che si associa di solito allo stato di incapacità di intendere o di volere. L'incapacità naturale evoca in effetti, d'istinto, una situazione passeggera in cui il soggetto per un momento o comunque per un periodo limitato – quello coincidente con la conclusione del negozio – non è in grado di comprendere a pieno il significato e l'effetto delle proprie azioni.

E questa con buona probabilità anche la ragione per la quale difetta nel sistema una disciplina del caso: l'effimero tendenzialmente non richiede regola.

Si immagini una febbre alta con decorso di qualche giorno o un incidente con prognosi breve. Ebbene se il rappresentante nel frattempo operasse nei limiti della procura non si vedrebbe il problema; nel diverso caso in cui questi agisse in conflitto d'interessi o eccedendo i limiti della procura, al recupero della propria consapevolezza, il *dominus* avrebbe modo e mezzi per sistemare la situazione, chiedendo l'annullamento del negozio, facendone rilevare l'inefficacia o al contrario ratificandone l'operato. In facoltà del *dominus* resterebbe poi sempre anche il potere di revocare la procura.

Va riconosciuto che in effetti nel caso di incapacità naturale sopravvenuta del *dominus*, solo transitoria, tutte le prerogative di controllo che la disciplina della rappresentanza fornisce al rappresentato come contraltare del fatto che un altro soggetto può agire con effetto diretto sulla sua sfera giuridica restano utilmente esercitabili. Non avrebbe pertanto alcun senso ipotizzare in simili situazioni il venir meno dell'efficacia della procura.

Sarebbe davvero eccessivo che un negozio potesse cadere perché il *dominus* nel momento della conclusione del medesimo non era in piena forma magari solo a causa di una serata alticcia.

(12) VISINTINI, *op. cit.*, *sub* art. 1389, p. 238.

In relazione all'art. 1722, comma 4, c.c., afferma che l'incapacità naturale sopravvenuta del mandante non rileva ai fini della perfezione degli atti (cosiddetti) dovuti, quali sono quelli esecutivi del mandato, LUMINOSO, *Il mandato*, Torino 2000, p. 189.

L'affermazione tuttavia non aiuta ai nostri fini visto che atto dovuto è quello del mandatario ma non quello del rappresentante munito di sola procura.

(13) Cass. 13 gennaio 1984, n. 275, nella cui massima si legge che «nel contratto stipulato dal rappresentante, in forza di procura validamente conferitagli dal rappresentato, legalmente capace, l'eventuale incapacità naturale, al momento della conclusione del contratto medesimo, può spiegare effetti invalidanti solo se riguardi il rappresentante, non il rappresentato»; in senso conforme, benché risalente, Cass. 9 ottobre 1964, n. 2557.

Stupisce piuttosto che in dottrina non ci si ponga il problema di distinguere la situazione effimera da quella persistente o addirittura irreversibile, che pure esiste ed è nota da sempre. E il mistero si infittisce se si guarda anche ad altri ordinamenti, di grande tradizione, che non sembrano seguire un approccio differente.

In effetti anche gli studi tedeschi, tra i più attenti ai profili sistematici e concettuali, convergono *de plano* nel senso del permanere dell'efficacia della procura in caso di sopravvenuta incapacità del *dominus*, senza distinguere tra incapacità transitoria e incapacità duratura o permanente⁽¹⁴⁾.

Oltralpe esistono addirittura dati testuali precisi che indirizzano verso questo esito, i §§ 672 e 168 BGB⁽¹⁵⁾, ma che a loro volta vanno letti nel contesto culturale in cui sono stati espressi.

In generale infatti il sistema tedesco è orientato a fare salva la volontà storica, ossia quella espressa in un dato momento dai privati e nella guisa in cui è stata espressa. Si cristallizza cioè il volere nella dichiarazione con la quale è esternato esigendo che abbia tutti i requisiti di legge nel preciso momento in cui viene manifestato. Le vicende successive rimangono irrilevanti. Vi è dunque una differenza rispetto al nostro sistema, che sembra

⁽¹⁴⁾ V. per tutti FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4^a ed. invariata, Berlin-Heidelberg-New York 1009, p. 852 ss., ove si legge testualmente: «Im Gegensatz zu den meisten ausländischen Rechten und dem Vereinheitlichungsentwurf (Art. 16) ist nach unserem Recht die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers oder die Entmündigung mit der Folge der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit kein allgemeiner Grund zum Erlöschen der Vollmacht. Im Gegenteil bestimmen §§ 672, 168 wie für den Tod so auch für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Auftrag- und Vollmachtgebers, daß der Auftrag und dementsprechend die Vollmacht im Zweifel nicht erlischt. Die b. M. sieht in dem Fortbestehen der Vollmacht bei Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers keine besondere Problematik. Diese besteht aber in gleicher Weise wie für den Todesfall (Contrariamente alla maggior parte dei diritti stranieri e al progetto di unificazione (art. 16), secondo il diritto tedesco l'incapacità negoziale di colui che rilascia la procura o l'interdizione con la conseguente limitazione della capacità negoziale non rappresenta una causa generale di estinzione della procura. Al contrario, i §§ 672 e 168 stabiliscono sia per la morte che per il caso di incapacità del mandante o di colui che rilascia procura, che il mandato e corrispondentemente la procura, nel dubbio, non si estinguono. La dottrina dominante non ravvisa nessuna particolare problematica nel permanere della procura in caso di incapacità di colui che la rilascia. Questo vale allo stesso modo nel caso di morte)».

⁽¹⁵⁾ § 672: Nel dubbio Il mandato non si estingue per la morte o la sopravvenuta incapacità del mandante. Se il mandato si estingue, ove vi sia pericolo nel ritardo, il mandatario deve portare avanti l'incarico a lui conferito, fino a quando l'erede o il rappresentante legale del mandante possa altrimenti prendersene cura. Il mandato viene comunque considerato nel frattempo efficace.

§ 168: L'estinzione della procura è determinata dal rapporto giuridico che sta alla base del suo conferimento. La procura è revocabile anche se il rapporto giuridico continua, a meno che da esso non si deduca diversamente. Alla dichiarazione di revoca si applica la previsione del § 167 comma 1.

invece improntato più alla tutela della volontà attuale accordando rilievo alle circostanze che connotano l'istante della scelta negoziale a prescindere da quanto possa esistere a monte. Si pensi alla proposta contrattuale che in Germania non cade mai per la sopravvenuta incapacità o morte del proponente; non così nel codice italiano.

Ebbene, se si traspongono queste due differenti logiche nella rappresentanza, va da sé che la formulazione del § 672 BGB si spieghi facilmente: per il diritto tedesco la volontà del *dominus* va considerata nel solo momento di emissione della procura senza che possano assumere rilievo elementi poi sopravvenuti, quale anche un'incapacità naturale. Ovvio, dunque, che la conclusione della dottrina si collochi ivi su questa linea senza troppe esitazioni. Per il diritto italiano, invece, il problema della volontà attuale – quella manifestata dal *procurator* – rimane più vivo che mai. Eppure non risulta approfondito in dottrina per l'equivoco di fondo di cui si diceva, che porta ad associare l'incapacità naturale ad una situazione solo passeggera e pertanto non tale da incidere davvero sull'integrità del volere espresso mediante procura.

Un'interpretazione teleologicamente orientata della disciplina della rappresentanza conduce, tuttavia, l'interprete ad escludere comunque che il sopravvenire dell'incapacità naturale del *dominus*, anche nei casi più gravi, divenga causa di estinzione della procura. E ciò per diverse ragioni.

Va considerato anzitutto il profilo dell'affidamento dei terzi.

Se volessimo ravvisare nella fattispecie una causa di estinzione della procura, per poter rendere la conseguente inefficacia del negozio concluso dal rappresentante opponibile al terzo che abbia con lui contrattato, dovremmo dimostrare l'ignoranza colpevole di quest'ultimo, come vuole l'art. 1396, comma 2. Ma una situazione privata ed intima qual è l'incapacità di intendere o di volere del *dominus* manca tendenzialmente di rilevanza esterna: salvi i casi particolari in cui il terzo conoscesse il *dominus*, la prova ruoterebbe sempre intorno a circostanze fumose che difficilmente arriverebbero ad assumere una concreta rilevanza nel processo⁽¹⁶⁾.

Venendo poi alla consistenza stessa dell'incapacità naturale, se si associasse il venir meno dell'efficacia della procura ai soli casi di incapacità invalidante e duratura, e non agli altri, si aprirebbe il varco ad una danza di prove e controprove che ancora una volta non arriverebbe ad un esito

⁽¹⁶⁾ Si consideri, tra l'altro, che la dottrina non è unanime nel distribuire l'onere della prova delle cause di estinzione della procura tra i soggetti coinvolti: v. STELLA, *La rappresentanza*, in ROPPO, *Tratt. del contratto*, I, *Formazione* a cura di GRANELLI, Milano 2006, p. 837 ss.

processuale attendibile. Si pensi poi alle numerose situazioni collocabili sul crinale che separa incapacità reversibile e incapacità irreversibile con la conseguente fisiologica incertezza sull'esistenza stessa del potere rappresentativo, il quale persisterebbe nella prima ipotesi e non nella seconda.

Non senza peso appare, ancora, un altro rilievo che poggia sulla disciplina generale degli effetti dell'incapacità naturale sul negozio, contenuta nell'art. 428 c.c.

L'incapacità di intendere o di volere non è considerata ivi, in sé stessa, causa di caducabilità dell'atto compiuto dall'incapace, dovendo sussistere a tal fine ulteriori elementi positivi specifici: se l'incapace agisse in prima persona non potrebbe infatti pretendere l'annullamento dell'atto compiuto allegando solo la propria incapacità, ma dovrebbe provare che da quel negozio sia derivato per lui un pregiudizio e, nel caso di contratti, anche che da tale pregiudizio risulti la malafede dell'altro contraente. Immaginare pertanto che, se una medesima incapacità si manifestasse attraverso il filtro della procura, ciò potesse determinare *tout court* l'inefficacia dell'atto compiuto dal rappresentante, anche se in ipotesi favorevole al *dominus* incapace, suonerebbe congettura affatto deviante rispetto alla *ratio legis*.

Merita infine una considerazione specifica la posizione degli eventuali aventi causa dal terzo.

Se il diritto acquistato dal terzo grazie al contratto con il rappresentante fosse stato da lui trasferito ad altri soggetti, questi – che mai potrebbero conoscere dello stato mentale del *dominus* – rischierebbero di veder travolto il proprio acquisto, per eventi del tutto estranei alla propria sfera di controllo e valutazione, se si considerasse la sopravvenuta incapacità del rappresentato come causa di estinzione della procura.

Si pensi all'ipotesi di un rappresentante che venda la casa del *dominus*, ormai incapace di intendere o di volere, ad un'impresa edile, e che l'impresa, dopo una piccola ristrutturazione, rivenda a sua volta la casa suddivisa in diversi piccoli appartamenti con lauto guadagno. Orbene, se si ammettesse l'inefficacia del primo atto, perché compiuto a seguito dell'estinzione della procura determinata dalla sopravvenuta incapacità naturale del *dominus*, nota all'impresa, si dovrebbe affermare anche la conseguente instabilità degli acquisti successivi, per elementi imponderabili dagli aventi causa e con grave ed inaccettabile pregiudizio per il mercato.

Non resta che concludere, allora, che in linea di principio la procura non si estingue con la sopravvenuta incapacità di intendere o di volere, anche importante, del soggetto che l'ha conferita: il rappresentante può continuare ad agire in nome e per conto del *dominus* anche quando questi non sia più lucido.

6. – L'analisi si sposta a questo punto sui possibili profili di rischio per la sfera giuridica del *dominus* divenuto stabilmente incapace, il quale non sarà più in grado di valutare la sorte del negozio compiuto dal rappresentante che eccedesse o trascendesse i limiti della procura conferita in precedenza. Si aggiunga che, in tali contesti, la procura diverrà anche praticamente irrevocabile perché il *dominus* non riuscirà ad agire con esito efficace nemmeno in questa direzione.

Non è inutile evidenziare come, in concreto, la consistenza del rischio muti a seconda che la procura utilizzata per il conferimento del potere rappresentativo sia speciale o generale.

All'atto di rilasciare una procura speciale, infatti, il *dominus* ha già considerato l'opportunità dell'affare definendone i termini precisi. Il margine di abuso si riduce così di molto, al punto che il notaio che utilizzi una procura siffatta si limiterà verosimilmente a controllare che ne venga rispettato il contenuto. Sarà comunque suo dovere verificare che la persona che ha conferito la procura sia ancora in vita e non sia sottoposta a misure di protezione legale. Una verifica sul reale stato di capacità di intendere o di volere, invece, è rimessa alla discrezionalità del professionista: e sarebbe difficile ravvisare una negligenza in tal senso, soprattutto ove la procura speciale fosse anche irrevocabile.

Affatto diverso è il caso della procura generale ove, come si è già avuto modo di sottolineare, il novero dei poteri attribuiti nella prassi al rappresentato è davvero ampio e non facilmente delimitabile. Il *dominus* in questo caso, come si diceva, decide di affiancare a sé un soggetto in grado in astratto di gestire tutta la propria situazione patrimoniale, senza poter prevedere tuttavia troppo nel dettaglio quali dei poteri conferiti verranno utilizzati in concreto ed in quali termini. In queste situazioni si annida il maggior fattore di rischio per il *dominus* e perciò si richiede una precisa attenzione da parte del professionista chiamato ad attribuire pubblica fede all'atto concluso in sua presenza dal rappresentante.

Da quanto appena detto emerge come di fronte ad una procura speciale l'incapacità naturale sopravvenuta non aggiunga di fatto specifici elementi di dubbio al normale controllo del rispetto dei limiti del potere rappresentativo. Nella procura generale, al contrario, è più difficile che si possa ravvisare la fattispecie descritta dall'art. 1398 c.c. visto che i poteri del *procurator* coprono uno spettro molto vasto, mentre è più facile che l'agire del rappresentante, pur autorizzato, arrivi a confliggere con gli interessi del *dominus*, soprattutto se quest'ultimo non sia in grado di vigilare.

Certo ci sono accortezze che vale la pena di osservare per contenere la probabilità di abusi. Così, nel rilascio di una procura, specie se generale, prudenza consiglia di nominare rappresentanti con l'obbligo di agire congiuntamente i familiari più stretti quali i figli e/o il coniuge del *dominus*. Il controllo reciproco aiuta senz'altro, tuttavia non elimina il problema.

La dottrina distingue in generale tra il mero inadempimento dell'obbligo di agire in buona fede da parte del rappresentante, obbligo che alcuni ritengono sussistere anche in assenza di un rapporto di gestione che fondi la rappresentanza, e il vero e proprio conflitto d'interessi che per venire in rilievo richiede un *quid pluris*, ovvero un presupposto positivo specifico. Nella prima ipotesi si profila come conseguenza solo un obbligo risarcitorio, nella seconda l'annullamento del contratto, sempre che vi siano i requisiti di legge⁽¹⁷⁾.

Il dovere del rappresentante di comportarsi secondo buona fede e così di non concludere un contratto contrario all'interesse del *dominus* viene dedotto dall'art. 1388 c.c., ove si dice che il rappresentante deve agire «in nome e nell'interesse del rappresentato», e più in generale dai richiami contenuti negli artt. 1175 e 1375, e anche 1337, 1358, 1746 e 1749 c.c. Il conflitto d'interessi, invece, si fonda essenzialmente sul disposto dell'art. 1394 c.c., il quale tuttavia ne detta la disciplina senza definirlo e lascia all'interprete il compito di delinearne l'essenza.

Non è questa la sede per uno studio dedicato al conflitto d'interessi, ma può essere utile evidenziare al riguardo la persuasività del ragionamento secondo il quale il conflitto a cui si riferisce l'art. 1394 c.c. va valutato in relazione allo specifico contratto e si realizza quando il rappresentante sia portatore di un interesse alla conclusione del medesimo, mentre il rappresentato no⁽¹⁸⁾; gli interessi delle parti andranno individuati in concreto, ossia in relazione alla situazione specifica⁽¹⁹⁾. Ipotizzare una diversa con-

(17) Cfr. ZACCARIA, *Il conflitto d'interessi causa d'annullabilità del contratto ex art. 1394 c.c.*, in *Festschrift für Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, München 2004, p. 175 ss. Nel senso che l'obbligo risarcitorio sussisterebbe pure in assenza del rapporto di gestione v. anche SIRENA, *Alienità dell'affare e conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato ex art. 1394 c.c.*, in questa *Rivista*, 1994, II, p. 89 e 97; *contra* DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli 1992, p. 226 ss., il quale ritiene che sia necessario un rapporto di gestione per fondare l'obbligo risarcitorio.

(18) ZACCARIA, *op. cit.*, p. 170, il quale fa notare come invece non si potrebbe ravvisare un conflitto se il rappresentante concludesse il contratto perché di interesse del rappresentato, nonostante il proprio interesse contrario: in questo caso si avrebbe piuttosto il fedele adempimento del compito di *procurator*.

(19) ZACCARIA, *op. cit.*, p. 184 s., il quale evidenzia altresì che gli elementi da utilizzare per accertare in concreto gli interessi del rappresentante e del rappresentato sono il rap-

siderazione – astratta – degli interessi coinvolti nella vicenda, dando rilievo ad elementi anche esterni ed ulteriori rispetto al negozio, quali il sostrato psicologico che suscita gli interessi stessi, introdurrebbe un inutile fattore di incertezza nel giudizio, già delicato, che l'interprete deve compiere al riguardo⁽²⁰⁾.

Sembra dunque opportuno fondare la valutazione del conflitto su elementi il più possibile oggettivi per renderne maggiormente attendibile l'esito e facilitare l'onere della prova⁽²¹⁾. Così anche si spiega perché debba essere considerato influente lo stato soggettivo del rappresentante (sia esso dolo, dolo eventuale o colpa⁽²²⁾), e perché venga circoscritto il tempo della rilevanza del conflitto al momento della conclusione del contratto⁽²³⁾.

Diversamente si finirebbe col ragionare di conflitto d'interessi solo perché le posizioni del rappresentante e del rappresentato potenzialmente collidono. La dottrina converge sul fatto che non serva provare il danno sofferto dal rappresentato per giungere all'annullamento del contratto⁽²⁴⁾,

porto di gestione (non indispensabile comunque), i contenuti del contratto concluso, l'eventuale danno derivato al rappresentato e (come indice dell'assenza del conflitto) l'utilità del contratto per il rappresentato (p. 186). In giurisprudenza v. Cass. 26 settembre 2005, n. 18792 che recita: «Sussiste conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato qualora il terzo persegua interessi propri o di terzi incompatibili con quelli del rappresentato, cosicché all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante o dal terzo corrisponda o possa corrispondere il danno del rappresentato. L'accertamento dell'esistenza del conflitto – che coinvolge un'indagine di fatto riservata al giudice di merito ed è sindacabile dal giudice di legittimità per vizi di motivazione ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. – deve essere, peraltro, condotto sulla base del contenuto e delle modalità dell'operazione, prescindendo da una contestazione di formale contrapposizione di posizioni, che può valere come semplice elemento presuntivo di conflitto».

⁽²⁰⁾ Sottolinea l'opportunità di tenere distinti interessi e sostrato psicologico, ZACCARIA, *op. cit.*, p. 170. Sul punto cfr. comunque anche BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, 3, 3^a ed., Milano 2019, p. 83.

⁽²¹⁾ In dottrina si distingue tra conflitto diretto ed indiretto a seconda che esso si fondi sul contenuto del contratto o sul contratto comunque, ma in base a circostanze che esulano dal suo contenuto, così PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, p. 119 ss., il quale sostiene che la valutazione del giudice dovrebbe atteggiarsi diversamente nei due casi; nello stesso senso VISINTINI, *op. cit.*, sub art. 194, p. 272. Ritiene che la distinzione non rilevi al fine dell'impugnabilità del contratto, potendo semmai venire in gioco sul piano della prova, ZACCARIA, *op. cit.*, p. 171 s. e 187 s.

⁽²²⁾ La colpa del rappresentante è necessaria solo se si voglia chiedere, accanto all'annullamento per conflitto d'interessi, il risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nei confronti del *dominus*, così ZACCARIA, *op. cit.*, p. 190 s.

⁽²³⁾ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 170, il quale riprende sul punto una posizione espressa in precedenza da PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 137.

⁽²⁴⁾ Cfr. VISINTINI, *op. cit.*, p. 272 ss., la quale in particolare sottolinea che «il danno

ma è il contratto in sé che non può convenire al *dominus* se il conflitto esiste, altrimenti il rimedio predisposto dall'ordinamento, volto appunto alla specifica eliminazione del negozio, non avrebbe senso.

Come unico limite alla tutela della posizione giuridica del rappresentato predisposta dal codice resta, ancora una volta, l'affidamento che i terzi abbiano riposto sull'esito felice dell'operazione negoziale posta in essere dal procuratore: la protezione del rappresentato non potrà mai andare a detrimento della posizione del terzo incolpevole, perché così vuole il legislatore. L'art. 1394 c.c. condiziona infatti l'impugnabilità del negozio concluso in conflitto d'interessi alla circostanza che il conflitto sia conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Si conferma anche sotto questo profilo che la rappresentanza è uno strumento che agevola il *dominus*, ma a prezzo di una percentuale di rischio che egli deve essere disposto ad accollarsi *in toto* e che mai potrebbe riversarsi sul terzo che avesse legittimamente confidato nella situazione creata dal rappresentante.

Pregevoli sono, al riguardo, le osservazioni di chi in dottrina sottolinea come in caso di abuso del potere rappresentativo il terzo non meriti tutela solo se il conflitto sia per lui conosciuto o evidente. Il che comprende, oltre all'ipotesi più grave di collusione tra terzo e rappresentante, tutti i casi in cui la situazione concreta faccia emergere il fondato sospetto che il *procurator* non stia perseguendo l'interesse del soggetto nel cui nome e per cui conto agisce⁽²⁵⁾. Leggendo in questo modo i presupposti che fondano

può essere sintomo del conflitto e può fondare un'azione di responsabilità contrattuale nei confronti del rappresentante, ma non è un elemento costitutivo della fattispecie *ex art. 1394 cod. civ.*». In giurisprudenza v. Cass. 15 marzo 2012, n. 4143, ove si afferma che «Per la configurabilità del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato che, se conosciuto o conoscibile dal terzo, rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 c.c. (applicabile anche ai casi di rappresentanza organica di una persona giuridica), non ha rilevanza, di per sé, che l'atto compiuto sia vantaggioso o svantaggioso per il rappresentato, cosicché, perché questi possa domandare o eccepire l'annullabilità del negozio, non è necessario che provi di aver subito un concreto pregiudizio». Cfr. anche Cass. 8 marzo 2017, n. 5794 la cui massima così recita: «Il conflitto di interessi che, se conosciuto o riconoscibile dal terzo, rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante, ai sensi dell'art. 1394 c.c., applicabile anche nei casi di rappresentanza organica di una persona giuridica, ricorre quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegua interessi propri o di terzi incompatibili con quelli del rappresentato di guisa che all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante, per se medesimo o per il terzo, segua o possa seguire un danno per il rappresentato»; nello stesso senso, *ex aliis*, Cass. 26 settembre 2005, n. 18792.

⁽²⁵⁾ Così FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 788 ss. e in part. *incipit* p. 790 ove l'autore sottolinea la difficoltà di provare elementi soggettivi quali la conoscenza e la conoscibilità del conflitto d'interessi da parte del terzo, definisce l'abuso evidente quando un *reasonable*

la tutela dell'art. 1394 c.c., si evitano i meandri che da sempre la dimostrazione della sussistenza degli stati soggettivi presenta⁽²⁶⁾.

Si profila però, a questo punto, un'*impasse* non banale.

L'art. 1394 individua, infatti, quale unico soggetto legittimato a far emergere la consistenza del conflitto d'interessi e dunque a chiedere l'annullamento dell'operazione negoziale condotta dal rappresentante, il rappresentato⁽²⁷⁾. Si dice che in caso di conflitto d'interessi la volontà espressa dal rappresentante sia alterata in quanto non corrisponda a quella che avrebbe espresso il *dominus*: dunque un vizio di legittimazione che si riflette sulla determinazione causale del volere. Va da sé che possa far rilevare questo vizio soltanto il soggetto la cui volontà sia stata espressa impropriamente (il termine per agire sarà il normale quinquennio, con decorso dal giorno della conclusione del contratto)⁽²⁸⁾.

Ma se il rappresentato fosse nel frattempo divenuto incapace di intendere o di volere, è chiaro che non sarebbe nemmeno in grado di avvedersi del conflitto e tanto meno potrebbe decidere di impugnare. Il che è come dire che l'art. 1394 c.c. non contempla lo specifico caso qui in esame.

L'unica strada che si prospetta, allora, per chiudere il cerchio è la richiesta della nomina di un rappresentante legale, verosimilmente un amministratore di sostegno, il quale sia specificamente autorizzato ad impugnare nell'interesse dell'incapace l'atto compiuto dal rappresentante in conflitto d'interessi.

man lo avrebbe riconosciuto o quando l'agire del rappresentante appare così sospetto, che un *reasonable man* non si sarebbe fatto coinvolgere nel negozio (*Der Mißbrauch ist evident, wenn ein "reasonable man" ihn erkennen würde oder das Handeln des Vertreters doch so fragwürdig erscheint, daß ein "reasonable man" sich auf das Geschäft nicht einlassen würde*). Cfr. anche LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7ª ed. aggiornata, München 1989, p. 599 s.; WOLF-NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., München 2012, p. 603, ivi anche una panoramica sulle posizioni della dottrina tedesca riguardo all'abuso del potere rappresentativo (*Mißbrauch der Vertretungsmacht*) che non ha una regolamentazione specifica nel BGB.

La dottrina italiana sembra prediligere, invece, il criterio dell'ordinaria diligenza del terzo, cfr. STELLA, *La rappresentanza*, cit., p. 893; in questo senso anche Trib. Benevento 24 gennaio 2008, n. 13, in *Il merito* 2008, fasc. 11, p. 31.

⁽²⁶⁾ Se il terzo si avvedesse o avesse potuto conoscere solo del fatto che il contratto non risponde all'interesse del *dominus* e non del conflitto, si ipotizza (sulla scorta della dottrina tedesca) che gli possa venire opposta l'eccezione di abuso del diritto nel caso chiedesse l'esecuzione del negozio, cfr. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 177.

⁽²⁷⁾ In questo senso il codice vigente ha fatto una scelta *tranchante* rispetto a quello precedente, nel quale invece erano presenti spiragli di apertura verso una legittimazione più ampia ad agire, che la dottrina aveva anche cercato di valorizzare: lo sottolinea VISINTINI, *op. cit.*, p. 278 s.

⁽²⁸⁾ Cfr. VISINTINI, *op. cit.*, p. 266 s.

L'iniziativa potrà essere presa dalle persone contemplate nell'art. 417 c.c. in materia di tutela, richiamato dall'art. 406 per l'amministrazione di sostegno, che aggiunge al novero dei legittimati i servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona. Considerato che i soggetti che possono attivarsi per chiedere la nomina di un rappresentante legale comprendono coniuge, convivente, parenti ed affini più stretti, e financo il pubblico ministero, si può ritenere che sia così potenzialmente coinvolta nella vicenda tutta la cerchia di protezione che l'incapace può avere attorno. Chi in questo contesto si avveda dell'abuso potrà agire e presentare l'istanza senza esitazioni, prospettando nel ricorso al giudice, oltre alla generale esigenza di protezione del soggetto incapace di provvedere ai propri interessi, anche l'opportunità di impugnare il negozio che lo pregiudicherebbe, in quanto posto in essere dal procuratore negoziale in conflitto.

Si consideri che con la scelta di attivare un istituto di protezione si risolverà la vicenda del singolo negozio, nei termini appena descritti, ma si eliminerà anche *pro futuro* e con effetto immediato il problema di eventuali ulteriori abusi da parte del rappresentante: per quanto detto *supra* (par. 3), infatti, si può ritenere che la nomina del rappresentante legale travolga automaticamente l'efficacia delle procure, generali o speciali, rilasciate dal *dominus* in precedenza e dunque il rappresentante negoziale, a partire da questo momento, non avrebbe più alcun titolo per agire in nome e per conto del *dominus*.

Non è inutile specificare che, nella prospettiva appena descritta, trova una tutela adeguata anche la posizione dell'avente causa da colui che abbia contrattato con il rappresentante negoziale. Ove infatti il negozio concluso tramite procura venisse caducato in quanto concluso in conflitto d'interessi con il *dominus*, l'avente causa sarebbe tutelato nei limiti espressi dall'art. 1445 c.c. che regola in generale gli effetti dell'annullamento di un contratto nei confronti dei terzi e fa salvi i diritti acquistati dai medesimi in buona fede e a titolo oneroso. Si tratta dei parametri ordinari che sovrintendono ai negozi traslativi e che permettono ai soggetti coinvolti di valutare con sufficiente serenità la sicurezza del proprio affare.

Sembra così raggiunto un punto di equilibrio accettabile tra l'esigenza di tutelare la sfera giuridica del *dominus* e l'altrettanto rilevante esigenza di garantire per quanto possibile la dinamicità e la certezza del traffico giuridico.

7. – Qualche riflessione conclusiva al termine dell'analisi svolta.

Alla luce di quanto è emerso si può affermare che, anche ove l'incapacità naturale rimanga situazione privata, la scelta di amministrare il patrimonio del soggetto non più in grado di intendere o di volere a mezzo di procure può rivelarsi praticabile se il rappresentante sia davvero fedele e persegua l'utilità del *dominus*, così come quest'ultimo aveva immaginato all'atto del conferimento del potere rappresentativo.

Nel caso che l'operato del procuratore si rivelasse, al contrario, confliggente con l'interesse del rappresentato, l'ordinamento offre comunque la possibilità di reagire ai soggetti che fanno parte della sua cerchia di protezione familiare e legale. La nomina di un rappresentante legale risolverà la vicenda, legittimando il medesimo ad impugnare l'eventuale negozio incriminato, e priverà di efficacia comunque per l'avvenire tutte le procure in precedenza rilasciate dal soggetto ora incapace legale con l'eliminazione del rischio del ripetersi di abusi.

Il vantaggio è che in questo quadro il coinvolgimento del giudice tutelare, con i tempi e i costi che ciò comporta, è previsto solo in presenza di una effettiva necessità e non *a priori* per evitare futuri pericoli meramente eventuali.

Rimane, semmai, aperto il problema di assecondare le richieste degli interlocutori dell'incapace – banche, assicurazioni, enti, ma anche privati – che in linea di massima preferiscono contrattare con il rappresentante legale piuttosto che con un rappresentante solo negoziale, per evitare di incorrere in eventuali profili di responsabilità.

In questa direzione si potrà lavorare *de iure condendo*, valutando la compatibilità del nostro ordinamento con strumenti negoziali specifici già ammessi e disciplinati in altri ordinamenti, che possano offrire maggiori garanzie di affidabilità rispetto alla semplice procura. Ma si tratta all'evidenza di altro piano d'indagine.