

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 4431

La capacità giuridica dello straniero nella rappresentanza volontaria

La Commissione Studi Civilistici il 27 maggio 2003 delibera di inserirlo nella Sezione "Materiali"

La ormai complessa disciplina sulla condizione dello straniero **(1)** ha portato talvolta a porre degli interrogativi circa la capacità giuridica dello straniero sul particolare versante della rappresentanza volontaria.

La procura **(2)**, secondo la nozione tradizionale, è il negozio con cui l'interessato investe di fronte ai terzi un soggetto del potere di rappresentarlo **(3)**.

La base sostanziale della rappresentanza, secondo il Pugliatti, consiste nell'alienità dell'interesse per cui il rappresentante agisce, la quale alienità si estrinsecerebbe in un contenuto negativo teso ad escludere dalla propria sfera giuridica il rapporto nascente dall'atto **(4)**.

Il dato dell'alienità dell'interesse del rappresentante potrebbe però mancare (sarebbe il caso della procura *in rem propriam*) **(5)**. Per tale ragione, la dottrina dominante tende a enfatizzare l'aspetto formale (della sostituzione) anziché quello sostanziale (della cooperazione fra rappresentante e rappresentato) **(6)**. In tal senso, si tende a prescindere dall'interesse, per concentrare l'attenzione, e quindi gli aspetti che connotano la natura dell'istituto, sul versante formale che si estrinseca nella sostituzione. Come diceva autorevole dottrina, "rappresentare letteralmente vuol dire rendere con la propria presenza presente all'atto l'interessato per gli effetti dell'atto medesimo" **(7)**.

Gli scopi concreti cui tende la procura sono stati identificati così: "a) ovviare ad uno stato di fatto in cui un soggetto si trovi che gli impedisca, in maniera per lo più relativa, di compiere un dato negozio od atto giuridico reclamato dal suo interesse, e ciò col farlo concludere da altra persona; b) permettere al soggetto di moltiplicare la possibilità di svolgere dati affari incaricando altri soggetti di provvedervi

in sua vece, in più luoghi e tempi; c) consentire al soggetto di affidare la conclusione di un affare determinato ad altra persona, di lui più idonea per una conveniente sua trattazione **(8)**".

Si tratta, a ben vedere, di compiti strumentali ad una successiva fase, nella quali potrebbero rientrare i c.d. "diritti civili" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. e all'art. 2, comma 2° d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). L'effetto tipico della procura – sottolineava giustamente un autore **(9)** - non si individua in alcuna produzione di diritti o di obblighi, bensì nella creazione di una particolare situazione giuridica nella quale non solo al potere del rappresentante corrisponde la soggezione del *dominus*, ma più ancora si riscontra un fine organizzativo.

La rappresentanza volontaria è un istituto che si limita a consentire ad un soggetto di agire in nome di un altro, vale a dire, in suo luogo. Benché ovvio, è comunque opportuno tener presente che con il negozio di procura non si accrescono né diminuiscono poteri e diritti di sorta bensì ci si limita a disporre che, al posto del rappresentato, potrà agire il rappresentante. Trattandosi quindi non di produrre diritti ed obblighi, si esula dall'ambito delle norme che in qualsiasi modo comportino limitazioni nella condizione dello straniero non comunitario: se lo straniero non può porre in essere un atto, è scontato che altrettanto accada col suo rappresentante.

Si consideri, inoltre, che, ai sensi dell'art. 1389 c.c., comma secondo, "In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato **(10)**". La norma in parola non stabilisce che il divieto per il rappresentato rilevi in sede di rilascio della procura, bensì al tempo della (eventuale) conclusione del contratto. Si tratta di una previsione (poco esplorata ma) assolutamente logica, in quanto l'impedimento potrebbe non essere tale al momento della stipula, e in ogni caso è ininfluenza che non esista al momento in cui la procura è posta in essere, se invece esistesse al tempo del contratto. Nel caso in esame, sarebbe impossibile fare una procura generale perché si dovrebbero espungere - chissà come e con quali criteri - le attività più svariate, sottoposte ad un vaglio non solo impossibile ma anche inutile, in quanto il momento giuridicamente rilevante è solo quello contrattuale. Anche se la questione non è dirimente, possiamo aggiungere che la richiamata previsione normativa riguarda la capacità giuridica, ossia, proprio l'oggetto di questi appunti **(11)**.

Potremmo però aggiungere che se fosse negato o comunque limitato il diritto di farsi rappresentare da un altro soggetto, le conseguenze sul piano concreto sarebbero a dir poco paradossali: si sarebbe costretti a spostamenti fra continenti oppure in caso di infermità sarebbe preclusa ogni attività giuridica e così via. Poiché i diritti fondamentali sono diritti non solo creati ma anche trovati, poiché non sono un numero chiuso ma aperto **(12)**, non si vede come possa legittimamente preclu-

dersi ad un soggetto, per via della sua cittadinanza o nazionalità, il diritto (e di conseguenza, il riconoscimento della sua capacità giuridica) per compiere un atto di procura. Tali eventuali limiti saranno ovviamente rilevati nell'eventuale svolgimento dell'attività negoziale del rappresentante. In precedenza, e quindi in sede di rilascio della procura, nulla sarà mutato nella sfera giuridica del rappresentato, i cui diritti, come detto, non risulteranno né accresciuti né intaccati per il solo fatto che, al suo posto, agirà un altro soggetto **(13)**.

Di conseguenza, è da considerare che l'attività negoziale che si estrinseca nel rilascio di procure sia del tutto estranea alle limitazioni che possano derivare dalla disciplina sulla condizione dello straniero.

Emanuele Calò

-
- (1) Cfr. G. BARALIS, *La condizione di reciprocità*, in: *La condizione di reciprocità – La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – Aspetti di interesse notarile*, a cura di M. IEVA, *Quaderni del Notariato*, Collana diretta da P. RESCIGNO, F. GALGANO, M. IEVA, vol. 10, Milano, 2001; E. CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, p. 198; F. TORIELLO, *La condizione dello straniero - Profili di diritto comparato e comunitario (Biblioteca giuridica - Raccolta da G. ALPA e P. ZATTI)*, Padova, 1997, p. 263; A. GALOPPINI, *Acquisti immobiliari dello straniero e condizione di reciprocità*, *Dir. Fam.*, 1998, p. 186; E. CALÒ, *Nuova disciplina della condizione dello straniero*, IPSOA, Milano, 2000; A.A.V.V., *La nuova legge sull'immigrazione*, *Quaderni di Diritto e Giustizia*, Milano, 2003; A.A.V.V., *Il nuovo diritto dell'immigrazione – Profili sostanziali e procedurali – Casi e quesiti*, Milano, 2003.
- (2) Cfr. *Rappresentanza e Notariato*, Studio n. 3511, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione studi il 16 dicembre 2002 (con modifiche ancora da inserire).
- (3) F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 282 nonché E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in: *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, p. 580 ss.. Sulla rappresentanza in diritto comparato, si rinvia a A.A.V.V., *Rappresentanza e gestione*, a cura di G. VISINTINI, Padova, 1992. Quest'ultimo volume (che raccoglie gli atti di un convegno sull'argomento) può rivelarsi prezioso soprattutto in ambito notarile, per le efficaci indicazioni anche di valore operativo, sulle quali andrebbero svolte ulteriori riflessioni. Si segnala, fra l'altro, l'utile contributo di M. GRAZIADEI (*La rappresentanza nel diritto inglese*), che getta ulteriore luce sul modo corretto di affrontare questa tematica nei rapporti non solo con l'Inghilterra ma anche con l'esteso mondo di *common law*, composto dalle numerosissime ex colonie britanniche. Vedi altresì B. DE DONNO SFORZA, *Rappresentanza in diritto comparato, Digesto discipline privatistiche, Sezione Civile*, XVI, Torino, 1997, p. 288, in cui si rileva come in *common law* si privilegi il rapporto di gestione, in quanto è "sufficiente che l'*agent* agisca nell'interesse del *principal* (*liability test*), prescindendo dalla spendita del nome dello stesso (*unnamed principal*) e anche dalla conoscenza da parte del terzo della circostanza che chi agisce lo fa per conto di un terzo (*undisclosed principal ...*)".
- (4) S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 520 ss. . Vedi altresì le riflessioni di U. NATOLI, *Rappresentanza (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 475 nonché G. PACCHIONI,

Elementi di diritto civile, Milano, 1944, p. 277 ss. e G. FRÈ, *Rappresentanza (diritto privato)*, *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939, p. 1096.

- (5) SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 283 ss.
- (6) Cfr. A. SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, p. 5 ss., e ivi una ricostruzione estesa delle diverse posizioni al riguardo, per la quale ricostruzione vedi anche V. DE LORENZI, *Rappresentanza diretta volontaria nella conclusione dei contratti e analisi economica del diritto*, Milano, 2002, ed in specie, p. 102 ss. nonché S. DELLE MONACHE, *La "Contemplatio Domini"*, Milano, 2001.
- (7) SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 282.
- (8) V. NEPPI, *La rappresentanza*, Milano, 1961, p. 61.
- (9) L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 138 ss. Vedi anche M. C. DIENER, *Il contratto in generale – Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. CAPOZZI*, Milano, 2002, p. 572 ss.
- (10) Sulla norma in generale, G. VISINTINI, *Commentario SCIALOJA – BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Art. 1372-1405, Bologna – Roma, 1993, p. 236 ss.
- (11) "...appare ancora valevole la concezione tradizionale, che vi ravvisa una deficienza della capacità di diritto, limitata a rapporti singoli" (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, Commentario al Codice Civile*, Libro IV, Tomo Secondo, Torino, 1980, p. 369; sul punto vedi anche MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, cit., p. 283 e DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 584.
- (12) Vedi per tutti F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Volume Primo, Padova, 1999, p. 153 ss.
- (13) Nei riguardi delle procure rilasciate per pratiche matrimoniali, giova rilevare che la Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dispone: *Article 12¹ – Droit au mariage A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.* Il diritto al matrimonio, riconosciuto da fonti internazionali, non può certamente venir meno per ragioni afferenti alla condizione giuridica dello straniero. Naturalmente, tali diritti fondamentali sono indipendenti: a) dalla condizione giuridica dello straniero, b) dalla eventuale condizione di regolarità o irregolarità del soggiorno e della presenza nel territorio dello Stato. Ferma restando ogni situazione che possa comportare un'eventuale *notitia criminis*, bisogna considerare che ogni caso che riguardi diritti fondamentali (ed è, ad esempio, il caso delle procure per agire in giudizio, nei cui riguardi vedi CALÒ, *Il principio di reciprocità*, cit., pp. 42 ss. e 147 ss., ma il medesimo ragionamento vale ovviamente per i diritti matrimoniali, e così via) deve essere per principio posto su un piano diverso da quello afferente alla regolarità e alle connotazioni della fisica presenza dello straniero non comunitario sul nostro suolo. Se detta presenza non rientrasse nelle previsioni delle nuove norme sulla disciplina dell'immigrazione e sulla condizione dello straniero, lo statuto dello straniero potrà essere vagliato alla luce dell'art. 16 Prel. (nei casi che non rientrino nei diritti fondamentali), con la mera esclusione, quindi, di tale specifica disciplina (T.U. 286/1998 e successive modifiche). Ciò comporta che, in buona sostanza, il fatto della sua presenza sul territorio non avrà la rilevanza che avrebbe se fosse titolare di determinati permessi di soggiorno oppure della carta di soggiorno, senza che possa essere ipotizzabile, naturalmente, alcuna *diminutio* nei suoi diritti.

(Riproduzione riservata)