

Oggetto della ricerca è la ammissibilità di una procura avente ad oggetto la stipula di convenzioni matrimoniali, tradizionalmente esclusa in ragione del loro carattere personalissimo e causa di gravi sanzioni disciplinari per il notaio che la riceva, ai sensi dell'art. 28, l. notarile.

Se si vuol provare la responsabilità del notaio che abbia ricevuto una o più procure generali a concludere convenzioni matrimoniali, occorre dimostrare che siffatta procura sia “espressamente proibita dalla legge, manifestamente contraria al buon costume o all'ordine pubblico”, come compare scritto all'art. 28, n. 1, l. not.; in altre parole, che la procura sostanzi un atto assolutamente nullo.

La formula impiegata nell'art. 28, n. 1, l. not., si riallaccia a quella dell'art. 1343 c.c., dove il limite della liceità, oltre il quale non può esservi negozio riconosciuto come tale dall'ordinamento, è espresso, con una definizione *a contrario*, a mezzo di una tricotomia.

La dottrina che ritiene sanzionabile il notaio prospetta l'ipotesi di nullità delle convenzioni matrimoniali per illiceità della procura, poiché reputa esistente, offendibile e tutelabile nell'ordinamento della famiglia un principio di personalità ed autodeterminazione dei coniugi nella definizione *dei profili patrimoniali dello status coniugale*: le convenzioni matrimoniali costituirebbero atti strettamente personali “in ragione della loro incidenza sul profilo patrimoniale dello *status* coniugale”.

In senso contrario alla possibilità di conferire, tramite una procura, il potere di concludere convenzioni matrimoniali, sono quindi letti gli artt. 165 e 166 c.c., che pur di consentire il tanto importante intervento personale nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali, riconoscerebbero la possibilità di concluderla anche agli incapaci, in deroga al principio secondo cui questi soggetti non possono compiere atti giuridici personalmente.

La teoria restrittiva evidenzia poi la circostanza che alla modifica delle convenzioni si possa procedere, ai sensi dell'art. 163 c.c., anche attraverso atti separati; lo stesso non sarebbe stato previsto per la stipula delle convenzioni “originarie”, le quali, perciò, dovrebbero necessariamente scaturire dall'incontro di volontà dei due coniugi, “attraverso quei meccanismi, anche formali, atti ad assicurare la libertà di determinazione e soprattutto la massima consapevolezza delle parti”.<sup>7</sup>

Per finire, la potenziale complessità di una convenzione matrimoniale ed il fatto che essa è destinata a conservare vigore per tutta la durata del matrimonio (salvo che non vengano concordate modifiche) giustificerebbero limiti alla rappresentanza ancora più angusti di quelli fissati nell'art. 778 c.c. per il mandato a donare.

Questi argomenti sono esaminati: al primo si è replicato che la procura in parola, più che sul profilo patrimoniale dello *status* coniugale, venga ad incidere, semmai, sui diritti che allo *status* coniugale sono collegati, per cui non si sarebbe dovuto dire che le convenzioni matrimoniali sono atti strettamente personali “in ragione della loro incidenza sul profilo patrimoniale dello *status* coniugale”, bensì che sono atti strettamente personali in ragione della loro incidenza sui diritti patrimoniali collegati allo *status* coniugale.

Ma se ciò fosse vero, qualsiasi atto riguardante diritti patrimoniali connessi allo *status* coniugale non potrebbe essere gestito attraverso una procura: il che è smentito da una serie di disposizioni del codice civile, prima fra tutte quella che regola il conferimento di procure tra coniugi (182 c.c.).

In relazione agli artt. 165 e 166 c.c., la verità è che la capacità anticipata di stipulare convenzioni matrimoniali è stata da sempre intesa come un logico, consequenziale riflesso del riconoscimento di una anticipata capacità matrimoniale, non del carattere strettamente personale dell'atto.

Quanto alle altre argomentazioni *ad adiuvandum*, esse vanno considerate egualmente destituite di fondamento, impiegate su di una lettura “antistorica” dell'art. 163 c.c. ed anche della disciplina del mandato a donare: la regola concernente la necessità del simultaneo consenso non aveva, infatti, nulla a che fare con le modalità di conclusione dell'atto (una convenzione matrimoniale) che si doveva mutare, bensì la simultaneità era stata prevista in considerazione del fatto che oggetto dell'accordo al quale la regola si riferiva era un mutamento di una certa situazione.

E' evidente come la presenza o l'assenza di quella regola nulla possano suggerire in ordine alle

modalità di conclusione delle convenzioni matrimoniali sulle quali l'accordo modificativo incide: nulla possono suggerire, in altre parole, in ordine alla possibilità che una convenzione matrimoniale possa oppure non essere conclusa per atti separati. Così come, allora, dalla regola della simultaneità delle mutazioni nessuno aveva mai pensato di trarre indicazioni circa il meccanismo secondo il quale le convenzioni matrimoniali possono essere concluse, dall'abbandono di quella regola, allo stesso modo, non si può trarre oggi alcuna illazione circa le regole riguardanti la conclusione dell'atto da mutare, le quali, in assenza di altre precisazioni, sono da individuare, come si è scritto, in quelle generali di perfezionamento del contratto.

E ammettendo pure che l'art. 778 c.c. contempli un mandato, le limitazioni al mandato contemplate nell'art. 778 c.c. sono state evidentemente ispirate dal carattere personale dell'atto che il mandatario viene chiamato a compiere: il carattere personale deriva dalla natura dell'atto medesimo, natura liberale. Ma le convenzioni matrimoniali non sono atti di liberalità.

Solo in alcuni casi la convenzione matrimoniale può risolversi in un atto di liberalità, quando ad esempio il contenuto tipico di una convenzione matrimoniale si trovi trasfuso non in un contratto, bensì in altro atto che abbia di per sé carattere personale, come accade nel caso di costituzione di un fondo patrimoniale tramite testamento: anche in questo caso, non è il fatto che oggetto dell'atto sia una convenzione matrimoniale che rende personalissimo l'atto in cui la convenzione medesima è contenuta.

Chiarite le ragioni per le quali nulla osterebbe a che una convenzione matrimoniale possa essere conclusa a mezzo di rappresentante, il passo successivo sta nel constatare che, sul punto, esiste un acceso contrasto di opinioni, tanto articolato da risultare difficoltoso perfino distinguere una posizione che tenda a prevalere.

Le diverse posizioni possono essere schematizzate in quella di chi, muovendo dal riconoscimento o dalla negazione del carattere personale delle convenzioni matrimoniali, rispettivamente, nega l'ammissibilità di una procura, riconoscendo l'ammissibilità soltanto di una procura specifica e dettagliata, che non è una procura speciale, bensì un incarico di ambasceria che fissa una dichiarazione semplicemente da trasmettere; e quella di chi ammette che anche una convenzione matrimoniale possa essere conclusa da un rappresentante.

Poiché l'unico motivo per cui una parte della dottrina ammette esclusivamente procure specifiche e dettagliate è il carattere personale delle convenzioni matrimoniali, non adducendosi altra ragione per scartare l'ipotesi della configurabilità di procure generali se non la loro contrarietà al principio della necessaria e personale partecipazione dei coniugi alla stipula delle convenzioni matrimoniali (altro modo per esprimere il principio di personalità delle convenzioni), è intuitivo che, esclusa la natura personalissima delle convenzioni matrimoniali, la scelta di ammantare di nullità le procure generali contenenti clausole abilitanti a concludere convenzioni matrimoniali risulti ingiustificata; senonché, a giudizio di chi scrive, esistono ragioni più che sufficienti per concludere che le convenzioni matrimoniali possano ben essere concluse anche a mezzo di un rappresentante.

Invero, nell'attuale sistema normativo non è dato rintracciare un principio o una regola che impedisca ai coniugi (e anche ai terzi) di ricorrere all'istituto della rappresentanza per la stipulazione delle convenzioni matrimoniali; il rappresentante potrebbe, allora, essere nominato tanto con una procura speciale (e cioè avente per oggetto soltanto la conclusione di quella convenzione, o di quel genere di atti) quanto con una procura generale (e cioè avente per oggetto tutti gli affari del rappresentato), nell'ambito della quale, nel contesto dell'elencazione degli atti di straordinaria amministrazione che il rappresentante è legittimato a compiere, sia compresa anche la stipula di convenzioni matrimoniali; ferma restando, naturalmente, anche in questo secondo caso, la possibilità di ricorrere ad una ambasceria.

L'orientamento proibitivo, inizialmente assunto in dottrina, e il richiamo alla figura del *nuncius*, risentono della consueta suggestione esercitata nell'ordinamento della famiglia dal concetto di indisponibilità dei diritti e da categorie come quella degli atti personalissimi, che semmai sarebbero pertinenti ai rapporti a contenuto esclusivamente personale<sup>13</sup>: trattandosi di contratti, le convenzioni matrimoniali possono in generale essere stipulate a mezzo di rappresentante, in difetto di eccezioni

e di norme peculiari al riguardo. Viceversa, risulterebbe arbitrariamente dilatata l'area degli atti per i quali la legge esclude la stipulazione a mezzo di procuratore.

Anche a voler ammettere la natura di atto personalissimo delle convenzioni matrimoniali, non si può poi dimenticare che oggetto di rilievo sono clausole contenute in una procura che è atto di per sé non dispositivo e concludente, ma soltanto preparatorio e prodromico a successivi atti; non potrebbe, dunque, la procura arrecare alcun pregiudizio al bene giuridico protetto.

Alla luce di quanto osservato sino ad ora, sembrano esistere ragioni più che valide pure per affermare che nessuna responsabilità possa essere addossata al professionista che accettasse di redigere una procura avente per oggetto, soltanto o anche, la stipula di convenzioni matrimoniali.<sup>16</sup> In primo luogo, perché non ci sono giustificati motivi perché la procura non possa essere senz'altro concessa.

In secondo luogo, perché anche qualora non si volesse condividere questa posizione, non si potrebbe non riconoscere come non sussista assolutamente, a proposito del problema, quell' "apprezzamento generalizzato degli operatori del diritto", che si dovrebbe desumere dall'interpretazione giurisprudenziale e dottrina, il contrasto con il quale potrebbe fondare la responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile.

E' sufficiente una stretta esegesi delle formule impiegate nell'art. 28, n. 1, l. not. - tradizionalmente invocato come matrice della nullità delle suddette procure - che impone al notaio "di non ricevere atti se essi sono espressamente vietati dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico".

Ben poco vi è da dire intorno al contrasto con la legge, alla cui stregua ogniqualvolta la legge sancisce che determinati negozi siano in contrasto con gli interessi che essa tutela, il negozio non possa essere riconosciuto come tale.

Non solo le norme imperative, le quali contengono veri e propri divieti di attività e limiti proibitivi dell'autonomia negoziale, sono norme eccezionali e di stretta interpretazione, per cui si può dar ragione a chi rileva<sup>19</sup> che, nessun divieto comparando nella normativa in esame, non si possa certo affermare la nullità (per contrarietà a norme imperative) delle convenzioni stipulate a mezzo di procuratore. Per di più, la giurisprudenza interpreta ormai l'avverbio espressamente di cui all'art. 28, n. 1, l. not., come inequivocamente: l'atto è nullo quando il contrasto risulti in termini non equivoci, alla luce degli indirizzi consolidati di giurisprudenza e dottrina.

Mentre un contrasto con la legge non sussiste nel caso di specie, più difficile è provare che siffatta procura non contrasti con l'ordine pubblico e il buon costume.

Con la locuzione "ordine pubblico e buon costume" si è infatti posta una norma di carattere sussidiario, che trova applicazione, a maggior protezione dell'ordinamento giuridico, tutte le volte in cui, lacunosamente, manca un divieto espresso.

Questa norma sussidiaria è stata enunciata, appunto, in termini elastici, lati e comprensivi, che se da un lato possono adattarsi egregiamente ad ogni esistenza politica e morale della collettività - che l'ordinamento prenda in considerazione - dall'altro, proprio a causa della loro indeterminatezza, possono anche costituire un pericolo per la sicurezza dei rapporti sociali, sì che è necessario adoperarli con cautela.

La nozione di ordine pubblico non viene in rilievo nel caso di specie: sebbene si tratti di una nozione essenzialmente variabile ed elastica, purtuttavia è ancorata all'ordinamento e da questo può essere desunta tramite un procedimento interpretativo; il controllo *ex* art. 28, n. 1, l. not., infatti, deve muoversi in un quadro di certezze, com'è dimostrato dall'avverbio *manifestamente*, che ne limita l'ambito di applicazione; il notaio, in altri termini, non può (specie se si tiene nel dovuto conto il principio dettato dall'art. 27 l. not.) erigersi a giudice, e tantomeno a giudice costituzionale, in una fattispecie, per di più, nella quale l'opera creativa del giudice assume un rilievo del tutto particolare, anche in considerazione del fatto che "trattasi di nozioni di contenuto elastico e storicamente variabile".

Nel nostro ordinamento non esiste un principio di ordine pubblico che escluda la rappresentanza dall'ambito delle attività dei privati: "Quando la legge non richiede che un atto debba esser

compiuto personalmente dal soggetto del diritto relativo, è consentito, di regola, che questi possa delegare altri a compierlo”.

Il concetto di buon costume è più variabile e vago.

Con esso si fa rinvio non a norme positive, ma a norme etiche, extragiuridiche; è pacificamente affermato in dottrina che tali norme non vadano dedotte da particolari confessioni religiose o scuole filosofiche, anche se dominanti nel singolo momento storico, ma piuttosto dalla coscienza sociale, dall'opinione pubblica diffusa nella società regolata dall'ordinamento.

E' ovvio, però, che tale nozione non sia sempre di agevole applicazione, specialmente quando, in presenza di vasti movimenti evolutivi della coscienza sociale, si renda più difficilmente accertabile se un atteggiamento debba ritenersi riprovato, o meno, dalla pubblica opinione.

Occorre quindi ridimensionare la concezione per la quale “i diritti e gli obblighi derivanti dal matrimonio, per comune sentire, non possano essere rimessi alla volontà di un soggetto diverso dai coniugi stessi”; se pure ciò fosse vero, non è detto che la *communis opinio*, fisiologicamente mutevole e magmatica, non possa cambiare, soprattutto in un cronotopo come quello attuale, in cui sempre maggiore è l'attenzione dedicata agli scambi e al commercio.

Deve tenersi presente, comunque, che le due espressioni “ordine pubblico” e “buon costume”, sebbene indichino nozioni differenti, sono legate nella formula legislativa in una endiadi e logicamente connesse l'una all'altra, nell'ambito della nozione di liceità; e che le norme etiche riferibili al buon costume, che possano essere tratte dalla coscienza sociale, perché vengano recepite e sanzionate dall'ordinamento, devono collimare con i fini e gli interessi che l'ordinamento stesso persegue, sì che non potrebbe essere considerato contrario al buon costume un atteggiamento che soddisfi gli interessi tutelati dall'ordinamento, anche se riprovato dall'opinione pubblica.

Non sembra che un negozio possa essere considerato contrario, ad un tempo, all'ordine pubblico e al buon costume; se si riscontra contrarietà al primo, resta irrilevante l'altro termine e se pure le valutazioni di contrarietà al buon costume e all'ordine pubblico possono concretamente coincidere, i criteri di valutazione rimangono distinti, in quanto l'uno attiene ai fondamenti dell'ordinamento, l'altro alla nozione di morale sociale.

Dunque, la procura attributiva del potere di stipulare convenzioni matrimoniali, non vulnerando alcun espresso divieto legislativo, né presentando una qualche manifesta contrarietà all'ordine pubblico, al buon costume, ovvero all'ordine pubblico e al buon costume, non è certo inquadrabile nella categoria della nullità; al contrario, può e deve considerarsi - sempre che non sussistano altre patologie strutturali o funzionali rilevanti per l'ordinamento giuridico - espressione valida ed efficace del potere dispositivo del rappresentato sulla sua sfera giuridica.<sup>31</sup>

Quando l'atto di trasmissione è compiuto a mezzo di rappresentante volontario, la volontà del contenuto viene formulata dal rappresentante, ma il rappresentato emette pur sempre la decisione, che è il presupposto della giuridica legittimità dell'atto; e dato che il momento attivo dell'atto di disposizione è costituito dalla manifestazione volitiva, ma che l'elemento formale di questa è il momento di decisione, esso è il presupposto essenziale per l'attuazione del principio di legittimazione emanante dalla norma giuridica.

Se si escludesse la possibilità, per uno dei due coniugi, di conferire incarico ad un terzo per la stipula, in suo nome e per suo conto, di convenzioni matrimoniali, stante l'inesistenza di un principio supremo di autodeterminazione in materia, verrebbe al contrario compressa la libertà di una delle parti di disporre dei propri diritti, non già in prima persona, ma in via per così dire “mediata”, consentendo che un rappresentante gli si sostituisca nella determinazione dell'*an*, del *quando* e del *quomodo* del contratto.

In questo, come in tutti gli altri casi di sostituzione rappresentativa nell'attività altrui, l'interessato non si spoglia della titolarità dei diritti che attengono alla sua sfera giuridica soggettiva; semplicemente, conferisce ad altri non solo la facoltà di dichiarare che il cd. negozio rappresentativo è compiuto in nome del rappresentante, ma anche quella di formare la volontà negoziale, eventualmente secondo le direttive ricevute (ché il rappresentato è sempre parte sostanziale del rapporto). E che un *quid* di disponibilità sussista in capo a questi anche quando

disponga dei suoi diritti nel senso di “autorizzare” una legittimazione sostitutiva, ne è riprova il sistema improntato dal codice a tutela della *sua* sfera giuridica dall’abuso o dall’eccesso/difetto del potere rappresentativo.<sup>33</sup>

Si badi: l’attribuzione ad un procuratore generale del potere di stipulare convenzioni matrimoniali non potrebbe, comunque, mai incidere sui diritti e doveri scaturenti dal rapporto matrimoniale che la legge riferisce inderogabilmente ai coniugi, sotto il profilo contributivo e distributivo.<sup>34</sup>

In caso contrario, la procura sarebbe - questa volta sì - viziata da nullità, sostanziando un atto espressamente vietato da norme imperative e giustificando, così, la condanna del notaio che l’abbia accettata.