TESI DI DOTTORATO

La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti

Direttore:
Ch.mo Prof. Salvatore Mazzamuto

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Vincenzo Mannino

Tutor:
Ch.mo Prof. Aurelio Gentili

Dottoranda:
dott.ssa Valeria Pompeo

Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli"
Dottorato di Ricerca in "Diritto privato per l'Europa" – Diritto Civile, XXII ciclo
Università degli Studi Roma Tre

LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNO E L'UNIFORMAZIONE EUROPEA DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI

VALERIA POMPEO

LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNO E L'UNIFORMAZIONE EUROPEA DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI

INTRODUZIONE

FRODE ALLA LEGGE
ED ESIGENZE DI RIVISITAZIONE DELL'ISTITUTO:
RAGIONI DI UNA RICERCA

La presente ricerca si è proposta di individuare una serie di questioni che il tema, per così dire «classico», della «frode alla legge» pone anche nella prospettiva del diritto privato europeo.

Dopo aver tentato di raccogliere spazi e frammenti di arresti per estrapolarne un quadro organico, ci si è così trovati a dover trattare una serie di tematiche che alludono a una omogeneità di argomenti (quelli concernenti l'autonomia privata) che seguono, in concreto, itinerari tutt'altro che omogenei. Il che ha reso difficile il tentativo di delineare una sintesi il più possibile completa degli argomenti trattati.

Piace iniziare questo studio da due passi emblematici, che testimoniano come il tema della «frode alla legge» ha appassionato giuristi e studiosi di ogni tempo, mantenendo col trascorrere dei secoli una persistente attualità.

Il primo passo è di Jhering e fa riferimento alla frode nell'esperienza romana:

«La stessa arte che proteggeva il diritto, che l'aiutava nel suo progresso e nel suo perfezionamento, serviva nella vita anche ad eludere le sue disposizioni, a scansarle o a paralizzarle. Ai sotterfugi che scienza s'ingegnava di trovare per raggiungere fini leciti, corrispondevano i sotterfugi di cui si serviva la vita per raggiungere fini illeciti. L'astuzia romana era ingegnosa nello scoprire tali sotterfugi; non appena uno era reso impossibile, subito ne era scoperto un altro; non appena la legge lo scovava da un nascondiglio, subito s'impadroniva di un altro […]. Nessun rapporto fu escluso da questa fraudolenta utilizzazione, nulla era sacro, né il matrimonio, né la parentela, né l'onore; non vi fu un istituto giuridico che non fosse trascinato nella polvere al fine di raggiungere qualche scopo inconfessabile e spesso, senza saperlo, perfino la giustizia fu costretta a cooperare al conseguimento di scopi illegali mediante processi concertati in precedenza» (R. VON. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, § 57, p. 362).

Il secondo passo è invece contenuto in una sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2002:

«Uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario» (punto 62, causa C-255/02).

Un'analisi, seppur veloce dei due passi, è sufficiente a disvelare la complessità di un tema che nel corso dei secoli si è arricchito di un ulteriore ed impensabile risvolto: la possibilità di una frode alla legge «comunitaria» o «europea».

L'esperienza diacronica del concetto di frode ha reso necessaria una ricostruzione storico-comparatistica, non come indagine fine a sé stessa ma

come analisi rivolta a svelare le ambiguità strutturali e funzionali di tale concetto.

Dottrina, prassi e giurisprudenza si misurano, infatti, con una normativa codicistica che offre una trama talmente scarna, quando non addirittura incerta, da rendere essenziali e i riferimenti storici, da cui ancòra originano fondamentali questioni interpretative, e i riferimenti comparatistici, entro cui va inquadrata la tendenza all'uniformazione di un diritto privato europeo.

Del resto, è risaputo che la comparazione di altri ordinamenti col proprio consente di riguardare gli istituti esaminati anche da prospettive inusuali; com'è risaputo che la ricostruzione storica talvolta chiarisce l'inadeguatezza odierna di concetti e regole.

Ai giureconsulti romani si deve la terminologia ed una prima concettualizzazione del fenomeno, tuttavia, l'analisi delle principali fonti in materia di frode denota in modo piuttosto evidente come l'approccio all'istituto *de quo*, seppur pregevole, fosse basato sull'esame di concetti alquanto generici: l'elusione si risolveva sostanzialmente nel contrasto tra *verba* e *voluntas* o *sententia legis*. Il fenomeno della frode alla legge nascondeva un problema facilmente risolvibile mediante un corretto utilizzo dello strumento interpretativo: la lotta alle elusioni non necessitava della creazione di una figura giuridica autonoma, era sufficiente a tal fine il ricorso alla pratica dell'interpretazione «secondo lo spirito».

La fase di mera descrizione della tradizione romana venne superata solamente a partire dalla metà del XIX secolo, periodo in cui gli interpreti, soprattutto in Germania, iniziarono a fornire importanti tributi al problema delle elusioni mediante uno studio critico del fenomeno ed una rielaborazione autonoma delle fonti.

Tuttavia, la tradizione romana dell'interpretazione, fondata sulla negazione di un autonomo problema di frode alla legge, costituì la base ideologica delle scelte dei compilatori del codice civile italiano del 1865, giustificando il mancato inserimento di un'apposita disposizione sul tema.

L'esigenza di scongiurare che la rigorosa predeterminazione per fattispecie delle norme imperative si tramutasse in un'occasione per i privati di aggirare le medesime statuizioni sta alla radice della disposizione che il legislatore del 1942, diversamente da quello del 1865, ha voluto esplicitamente dettare, disposizione che consente al giudice di sanzionare un contratto, sebbene questo non contrasti direttamente con la legge sulla base di una interpretazione non strettamente letterale della stessa.

L'*excursus* storico del fenomeno elusivo, sia pur così brevemente tracciato, è comunque sufficiente per constatare come l'approccio a siffatto fenomeno, sia pure nelle diverse epoche, sia stato sempre penalizzato dall'errata premessa dell'inesistenza di un autonomo istituto della frode alla legge, che ha poi portato alla riconduzione dello stesso ora nell'alveo di questioni meramente ermeneutiche, ora nell'ambito della figura della illiceità.

La varietà di approcci alla problematica figura della frode alla legge, sia pure con forte approssimazione, può essere semplificata nella dicotomia tra visioni oggettivistiche e prospettive soggettivistiche.

I sostenitori del primo orientamento, riprendendo la concezione propria della dottrina classica – che va dai giuristi romani ai pandettisti e, in particolare, a Bähr e Kohler – affermano che *in fraudem legis agere* significa perseguire il fine vietato in modo occulto, rispettando i *verba legis* e violandone la *sententia*; laddove, invece, il *contra legem agere* consiste nel violare i *verba* della norma imperativa in modo palese e diretto. Il contratto in frode alla legge realizzerebbe un risultato economico identico a quello vietato dalla norma elusa ma, diversamente dal contratto contro la legge, che concretizza le suddette finalità in via immediata, lo realizza in via mediata, vuoi per il carattere indiretto o fiduciario del contratto stesso, vuoi per il suo collegamento con atti e contratti ulteriori. In altri termini, l'elemento che caratterizza la frode sarebbe costituito dall'agire nascosto, indipendentemente dalla valutazione dei moventi soggettivi che codesto agire hanno determinato.

Il secondo orientamento, in chiave soggettivistica, individua il dato caratterizzante il comportamento fraudolento nell'intenzione dell'agente di sfuggire all'applicazione della norma imperativa. Tale requisito finalistico, la cui rilevanza costituisce di per sé una novità rispetto alla teoria oggettiva, si atteggia peraltro in modo particolare, indirizzando le parti al perseguimento di uno scopo analogo – ma egualmente dannoso – a quello conseguibile mediante la violazione diretta della norma. In definitiva, per i sostenitori dell'indirizzo soggettivo, il contratto è in frode alla legge allorquando le parti, mosse da un intento elusivo, conseguono finalità «analoghe» e non «identiche» a quelle vietate dalla disposizione di legge violata, rendendo così in parte vana la formulazione della disposizione medesima. L'indefettibilità dell'intento fraudolento sarebbe desumibile, secondo tale indirizzo, dallo stesso art. 1344 c.c., il quale, ritenendo in frode il contratto impiegato quale mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, lascia intendere la necessità dell'esistenza nelle parti di un motivo che le abbia indotte a scegliere un determinato negozio.

Meritevole di interesse è la posizione del Morello, il quale, nel tentativo di superare la *impasse* a cui aveva condotto la teoria soggettiva, propone una rivisitazione del concetto di intento fraudolento. Quest'ultimo non andrebbe inteso quale stato subiettivo appartenente alla sfera introspettiva delle parti, quale concreta volontà di porsi al di fuori dall'area di applicazione della norma, ma, più correttamente, dovrebbe essere desunto dalla presenza di elementi sintomatici oggettivi.

Notevoli sono le difficoltà che si incontrano nel tentare una soddisfacente definizione del fenomeno elusivo, difficoltà derivanti dalla inevitabile oscurità del concetto stesso di frode, oltre che dall'ambigua formulazione dell'art. 1344 c.c. La ricerca si è mossa nel tentativo di superare le contraddizioni ed i limiti

delle tesi sopra richiamate, con l'auspicio di poter fornire spunti interessanti per una costruzione «attuale» e «in positivo» della frode alla legge.

Il punto d'abbrivo di un simile studio sta nel presupporre che l'essenza del contratto fraudolento sia la mancanza di un contrasto diretto fra tale contratto e la legge, accertata sulla base di un'interpretazione, tanto del contratto quanto della legge: un'interpretazione condotta nell'uno e nell'altro caso con pieno esaurimento di tutte le direttive ermeneutiche di cui l'interprete possa avvalersi. Definire il contratto in frode alla legge come quel contratto che non rientra nell'ambito di applicazione della norma che si ritiene elusa, sia pure estensivamente interpretata, ma che comunque finisce con il frustrare le istanze sottese alla stessa non vuol dire, però, applicare analogicamente le norme imperative. La sanzionabilità del contratto fraudolento è il frutto dell'applicazione diretta della clausola generale dell'art. 1344 c.c. in combinato disposto con la disposizione imperativa di volta in volta elusa.

S'è inoltre cercato di meglio chiarire il disposto secondo cui la frode alla legge fa presumere l'illiceità della causa del contratto, anche alla luce della teoria della c.d. «causa in concreto», che rafforza l'esigenza di approfondire il rapporto fra l'ipotesi regolata dall'art. 1343 c.c. e la figura della frode alla legge. Ci si è chiesti se l'art. 1344 c.c. si riduca nei limiti di una disposizione di carattere esplicativo e integrativo, nel confronto con la disposizione precedente, ovvero valga a delimitare un'area distinta e ulteriore, giungendo alla conclusione che l'abbandono del tradizionale concetto di causa non impedisce di continuare a riconoscere al fenomeno elusivo dignità di categoria giuridica autonoma.

Sotto il profilo rimediale, la tesi della nullità del contratto in frode alla legge si presta a numerose obiezioni, che non si fondano tanto sulle ipotesi alquanto singolari cui questa può dare origine, come il vedere applicata all'atto fraudolento una sanzione più grave rispetto a quella prevista per la diretta contrarietà, quanto sulla eccessiva rigidità della risposta sanzionatoria. Colpire la violazione fraudolenta di norme imperative con un'unica ed indifferenziata sanzione vuol dire accettare il rischio di veder sacrificati gli interessi sottesi alle norme medesime, senza contare che la nullità radicale dell'atto potrebbe spesso rivelarsi sproporzionata rispetto allo scopo che si intende raggiungere.

La tradizione dei principali paesi europei dimostra che la frode alla legge è un istituto diffuso, suscettibile di applicazione in tutti i settori dell'ordinamento giuridico, nonché nello stesso ordinamento comunitario. Ogni ordinamento che aspiri ad un minimo di completezza deve contenere delle misure, per così dire, di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso attribuiti siano esercitati in maniera abusiva, eccessiva o distorta.

Una tale esigenza non è affatto estranea al diritto comunitario. Dalla casistica della Corte di giustizia può senz'altro inferirsi un principio generale sintetizzato dalla stessa Corte nell'affermazione secondo cui «i singoli non possono avvalersi *abusivamente* o *fraudolentemente* delle norme comunitarie».

L'esame delle più interessanti pronunce della Corte di giustizia e dei principali atti posti in essere dalle istituzioni comunitarie, nonchè l'utilizzo indiscriminato fatto dai giudici delle nozioni di «frode» e «abuso» hanno imposto di approfondire il controverso rapporto esistente tra i due istituti.

Il quadro di riferimento che si è venuto a delineare appare caratterizzato da una utilizzazione alquanto generica e confusa di tali nozioni, impiegate quali termini universalmente validi, capaci di racchiudere situazioni fattuali profondamente differenti e tradizionalmente ricondotte a categorie giuridiche distinte; tuttavia, l'identità di *ratio* degli istituti della «frode» e dell'«abuso» non pare possa costituire una ragione sufficiente per giustificare il superamento della distinzione concettuale tra gli stessi.

In tal senso sembrano deporre le formulazioni impiegate dai legislatori di quegli Stati membri che hanno scelto di positivizzare la tecnica dell'abuso del diritto. In tali disposizioni normative è richiesto di frequente che lo sconfinamento dei limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi, dallo scopo sociale o economico del diritto sia «manifesto», carattere che mal si concilia con l'essenza della frode, rivelandosi, invece, compatibile con le fattispecie ascrivibili alla categoria della illiceità.

L'uso indiscriminato che la giurisprudenza europea degli ultimi anni ha fatto della frode alla legge e dell'abuso del diritto, lungi dal nascondere la volontà di pervenire ad una totale equiparazione dei due istituti, è in realtà giustificato dalle forti peculiarità che connotano la maggior parte dei casi portati all'attenzione della Corte.

CAPITOLO I

NORME IMPERATIVE, VIOLAZIONE DIRETTA E TECNICHE RIMEDIALI

SOMMARIO: 1. Concetto di norma imperativa e pensiero giuridico. – 2. Contratto e violazione diretta di norme imperative. – 3. Contratto e violazione diretta di norme penali. – 3.1. Truffa e circonvenzione di incapaci. – 3.2. Usura. – 4. Abuso di posizione dominante e violazione diretta di norme imperative con sanzione amministrativa. – 5. Contratto e violazione diretta di norme imperative amministrative. – 6. Violazione diretta di norme imperative e inserzione automatica di clausole.

1. *Concetto di norma imperativa e pensiero giuridico.*

Prima di apprestarci al complesso studio della frode alla legge, così come intesa dal codice civile del □42 e dalle correnti dottrinali postcodicistiche, appare opportuno soffermarsi sull'analisi della violazione diretta delle norme imperative e sulle conseguenze giuridiche da questa derivanti. Solo dopo aver bene definito l'ambito operativo di tale questione sarà possibile individuare i tratti salienti della frode alla legge e le caratteristiche distintive di tale istituto rispetto al *contra legem agere.*

In tale prospettiva, occorrerà esaminare, in primo luogo, il concetto di norma imperativa, quale presupposto logico essenziale tanto della violazione diretta quanto dell'*in fraudem legis agere.*

Attesa l'irreperibilità di un catalogo normativo contenente l'elencazione delle norme da considerare imperative, si tenterà di ricostruire l'intera categoria sulla base delle caratteristiche di volta in volta individuate, avvertendo fin da adesso dell'impossibilità di pervenire ad un concetto unitario[1].

Diverse sono le classificazioni proposte al fine di distinguere le norme imperative da quelle dispositive (v., ad esempio, gli artt. 1373, comma 4; 1411, commi 2 e 3; 1457, comma 1; 1460, comma 1; 1475 c.c.) e suppletive (v., ad esempio, artt. 1402, comma 1; 1474; 1657 c.c.), anche per agevolare la riconoscibilità delle prime all'interno della variegata tipologia di norme di cui il nostro ordinamento è composto.

In via generale, le norme imperative si suddividono in: norme proibitive, che esprimono un comando nella forma del divieto, si pensi al divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.), al divieto del patto successorio (art. 458 c.c.), al divieto del patto di esonero dalla responsabilità per dolo o colpa grave

[1] Al riguardo, per tutti, R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. econ.*, 1978-79, Milano, 1981, p. 310 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 22 marzo 1989, n. 1437, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1806; Cass., 18 novembre 1997, n. 11450, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 2207.

(art. 1229 c.c.) ovvero al divieto di acquistare (art. 1471 c.c.); norme precettive, che esprimono un comando nella forma dell'obbligo, si pensi alle numerose disposizioni che obbligano le parti a comportarsi secondo buona fede (per esempio, artt. 1337; 1366; 1375 c.c.), nonché all'obbligo di pubblicità e di trasparenza (art. 122, commi 1 e 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58); norme ordinative, le quali pongono oneri, si pensi all'onere della forma nei contratti c.dd. formali (artt. 1350 e 1351 c.c.).

Sebbene la dottrina tradizionale definisca le norme imperative come quelle norme che si sostanziano in divieti, pare opportuno precisare che non tutte le norme proibitive sono al tempo stesso imperative: così è per la disposizione che vieta il subappalto, salvo espressa autorizzazione del committente[2], la quale è sì una norma proibitiva ma dispositiva.

Tuttavia, la problematica concernente la qualificazione di una norma come imperativa è segnata da una assoluta incertezza. Un primo orientamento propone di individuare la norma imperativa sulla base di un criterio di tipo contenutistico: questa conterrebbe un comando, diversamente dalla norma proibitiva, che enuncia un divieto[3].

Secondo una diversa opinione, il criterio discretivo da impiegare ai fini della individuazione della norma che qui interessa deve fondarsi sulla natura dell'interesse tutelato dalla disposizione: generale o di ordine pubblico, se la norma è imperativa, privato se la norma è cogente ma non imperativa[4].

V'è anche chi ritiene, sulla base della nozione di illiceità negoziale così come tracciata nell'attuale codice, di potere ricostruire la categoria di norma imperativa partendo dai concetti di ordine pubblico e di buon costume. In tal senso, si è sostenuto che la norma imperativa è una norma cogente posta a tutela dell'interesse – pubblico – ad un certo assetto di rapporti dei privati tra loro o con la pubblica amministrazione[5].

---

[2] Per una classificazione analitica delle norme imperative, v. E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 47 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1972, p. 173; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 48 ss.

[3] In questo senso, N. COVIELLO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1924, p. 14; nonché S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, p. 41. *Contra*, A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Notariato*, (diretto da P. Perlingieri), Sez. IV, *Autonomia negoziale*, Napoli, 2003, p. 78, il quale sottolinea la illogicità delle risultanze pratiche di un simile orientamento; «sarebbero, difatti, nulli i contratti posti in essere in contrasto con dei comandi e validi i contratti posti in essere in violazione di divieti».

[4] Sul punto, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, Torino, 1950, p. 116; A. DE CUPIS, *Irrilevanza di atti e sanzioni di diritto pubblico nella sfera del diritto privato*, in *Foro it.*, 1951, IV, c. 145 ss. Di diverso avviso, A. DI AMATO, *o.c.*, p. 78, il quale accusa tale indirizzo di demandare all'interprete un potere eccessivamente ampio ed ingiustificato, tenuto conto anche della difficoltà «di distinguere tra norma a tutela di interessi privati e norma a tutela di interessi pubblici».

[5] Al riguardo, v. R. MOSCHELLA, *o.c*, p. 320 ss.; e, più di recente, E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in

Merita di essere ricordato anche l'indirizzo che identifica le norme imperative con le norme precettive, ossia con quelle norme inderogabili che esprimono un comando, vuoi nella forma dell'obbligo che in quella del divieto[6]. Le norme precettive vanno poi distinte dalle norme dispositive, sottratte cioè alla libera disponibilità delle parti[7]. Tale ultimo orientamento sarebbe avallato sul piano normativo dall'art. 3, comma 3, l. 18 dicembre 1984, n. 975, recante ratifica ed esecuzione della Convenzione adottata a Roma il 19 giugno 1980 e riguardante la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Secondo quanto affermato da tale norma sono «disposizioni imperative» quelle alle quali «la legge […] non consente di derogare per contratto»[8].

2. *Contratto e violazione diretta di norme imperative.*

Lo studio delle problematiche attinenti all'individuazione e alla disciplina delle norme imperative ha interessato, per ovvie ragioni, soprattutto il settore civilistico, tuttavia tali norme investono l'intero sistema ordinamentale.

La questione della violazione diretta di una norma imperativa si risolve sostanzialmente in due aspetti: quello della controversa qualificazione della norma quale imperativa e quello della individuazione della sanzione applicabile al contratto illecito. Tale ultimo aspetto assume particolare rilevanza laddove la norma imperativa nulla preveda in ordine alla sanzione da comminare in caso di violazione dell'obbligo o di mancato assolvimento dell'onere da essa previsti. Si consideri poi l'infelice formulazione del dettato normativo: da un lato, l'art. 1343 c.c. qualifica il contratto posto in essere in violazione di una norma imperativa come illecito, e pertanto sempre nullo; dall'altro, l'art. 1418 c.c. stabilisce che il contratto in contrasto con una norma imperativa è nullo, «salvo che la legge disponga diversamente». Alla luce di tali enunciati, sembra pertanto doversi concludere che, nel silenzio della legge, la naturale conseguenza del contratto in contrasto con una norma imperativa sia, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità.

Secondo la dottrina più risalente, cui si è poi uniformata la giurisprudenza con un indirizzo pressoché costante, al fine di stabilire se la violazione di una

---

Riv. dir. civ., 2001, I, p. 573 ss. V., però, A. DI AMATO, *o.l.c.*, il quale osserva criticamente come il ricorso ai concetti di ordine pubblico e buon costume, normativamente non definiti, si risolva nella creazione di una nozione di norma imperativa eccessivamente vaga ed indeterminata.

[6] Cfr. P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 115; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo, Milano, 1998, p. 368 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, in *Enciclopedia* Cendon, Padova, 1999, p. 247.

[7] Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 141.

[8] In tal senso, v. A. DI AMATO, *Contratto e reato*, cit., p. 82. Per un'evoluzione storica del concetto di norma imperativa nell'ambito del diritto dei contratti, ancora ID., *o.c.*, p. 82 ss.

norma imperativa non esplicitamente sanzionata comporti la illiceità e la conseguente nullità del contratto bisogna verificare il fondamento della norma. Segnatamente, il contratto sarà illecito laddove la norma violata sia stata posta a tutela di interessi di ordine pubblico e di valori costituzionali[9]. Il criterio discretivo impiegato ai fini di tale indagine è un criterio che potremmo definire «strutturale», un criterio cioè che al fine di verificare se la norma imperativa sia o meno di ordine pubblico guarda alla modalità di formulazione e alla struttura della disposizione normativa interessata: se il legislatore, nel dettare l'obbligo, non ha individuato categorie o singoli soggetti che ne vadano esenti significa che qualsiasi comportamento posto in essere da qualsivoglia soggetto in violazione di tale obbligo provoca una inaccettabile compressione dell'interesse, non solo pubblico ma anche essenziale, che la norma intende tutelare. L'assolutezza del divieto è espressione dell'esistenza di un sotteso interesse generale di ordine pubblico che non tollera compressioni e della incompatibilità di un comportamento diverso da quello imposto con la tutela di un tale interesse[10].

Parte della dottrina, introducendo un'ulteriore fase di valutazione all'interno dell'indagine, ritiene che la illiceità del contratto possa derivare dalla violazione delle sole norme imperative di tipo proibitivo, dal momento che solo tali norme sarebbero finalizzate ad assicurare i valori fondamentali dell'ordinamento. L'inottemperanza delle norme imperative di tipo precettivo od ordinativo non comporterebbe mai l'illiceità del contratto, cagionando semmai la nullità semplice, da mera illegalità[11].

---

[9] Sul punto, cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile*, Padova, 1902, p. 27. Dello stesso avviso, Cass., Sez. un., 21 agosto 1972, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1914, secondo cui: «allorquando si sia in presenza di una norma proibitiva non formalmente perfetta, cioè priva della sanzione di invalidità dell'atto proibito, occorre controllare la natura della disposizione violata, per dedurne l'invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si risolve nell'indagine sullo scopo della legge ed in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato». In senso conforme, Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, c. 309; Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, *ivi*, 1979, I, c. 363, la quale afferma che «[…] quando il negozio giuridico è contrario all'ordine pubblico, contrario cioè ai principi fondamentali e di interesse generale, essenziali all'ordinamento giuridico dello Stato e tali da osservarsi inderogabilmente da tutti, la mancanza di una espressa sanzione non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce la norma dell'art. 1418 c.c. che rappresenta un principio generale rivolto a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità»; Cass., 24 novembre 1980, n. 6233; Cass., 9 luglio 1993, n. 7547, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2940.

[10] In dottrina, v. F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 82. In giurisprudenza, v. Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1172; Cass., 11 dicembre 1991, n. 13393.

[11] Osserva G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 160: «[…] il rapporto, quindi, tra norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non va dunque posto con riferimento all'intera categoria delle norme imperative, ma va posto con

Taluni autori, pur condividendo che l'inottemperanza di una norma imperativa ordinativa può determinare al massimo la nullità semplice, cosa che accade in caso di mancanza, indeterminabilità o impossibilità di un requisito essenziale del contratto, ritengono tuttavia che lo stesso non possa dirsi con riferimento alle norme imperative precettive: la violazione di un obbligo, se di ordine pubblico, può essere causa della illiceità del contratto. L'esistenza di norme imperative precettive di ordine pubblico non contrasta peraltro con il fondamentale principio dell'autonomia privata: il numero degli ordini formulati in positivo non è tale da mettere in pericolo né il principio della libertà di azione, né quello della tendenziale liceità di tutto quanto non è espressamente vietato. La natura precettiva della norma imperativa violata non può per ciò solo escludere la illiceità del contratto, piuttosto, analogamente a quanto già visto in ordine alle norme proibitive, sarà necessario verificare se tale norma risponda o meno a ragioni di ordine pubblico, se essa sia cioè posta a immediato presidio dell'interesse comune[12].

Può accadere che la legge non colpisca il contratto illegale con la invalidità; ciò si realizza, ad esempio, allorché la illegalità sia sanzionata esclusivamente sul piano amministrativo, con multe, provvedimenti disciplinari o penalità. Ancora, come esempio di contratto illegale ma valido può essere annoverato, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, quello posto in essere in violazione di una norma imperativa di natura fiscale[13]. La legge può sanzionare il contratto stipulato in violazione di una norma imperativa con la semplice irregolarità o comunque con rimedi diversi dalla invalidità: si pensi all'istituto del recesso, della risoluzione, della inefficacia in senso stretto. In tali ipotesi, la nullità del contratto sembrerebbe doversi escludere, tuttavia, soprattutto in passato, la giurisprudenza si è anche pronunciata a favore dell'applicabilità del rimedio della nullità, laddove il fine perseguito dal legislatore non potesse essere raggiunto mediante il rimedio sanzionatorio non invalidante

---

riferimento alle norme imperative che riguardano l'aspetto funzionale del negozio; dunque, alle norme imperative che qualificano come non meritevole di tutela l'interesse concretamente perseguito con il negozio. Essendo principio fondamentale dell'ordinamento, quello della libera autonomia contrattuale e ponendosi le norme imperative nell'art. 1343 c.c. come un limite funzionale, risulta evidente che esse non possono consistere se non in un divieto: sono, cioè, necessariamente norme proibitive, non già norme precettive o ordinative». Sul punto, v. anche F. GALGANO, *o.c.*, p. 127. *Contra*, F. DI MARZIO, «*Norme imperative*», in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 160, e G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 83 ss.

[12] Cfr., F. DI MARZIO, *o.l.c.*, e G. VILLA, *o.l.c.*

[13] V., *ex multis*, Cass., 19 febbraio 1971, n. 435, in *Mass. Foro it.*, 1971, c. 137; Cass., 15 novembre 1974, n. 3620, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Contratto in genere*, n. 137; Cass., 28 giugno 1976, n. 2464, in *Mass. Giur. it.*, 1976, p. 628; Cass., 24 ottobre 1981, n. 5571, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 249.

espressamente previsto[14]. Ciò accade allorquando la norma imperativa segue ragioni di ordine pubblico: nessun rimedio diverso dalla nullità sarebbe in tal caso idoneo al raggiungimento dello scopo. Tale indagine, meglio conosciuta dalla dottrina come criterio del minimo mezzo, si sostanzia pertanto in un'attività interpretativa in nulla differente rispetto alla verifica sul valore di ordine pubblico del precetto violato cui il giurista è tenuto in caso di norma imperativa imperfetta.

Riassumendo, possiamo dire che il contratto illegale è certamente nullo laddove la violazione della norma imperativa sia espressamente sanzionata con la nullità (art. 1418, comma 3, c.c.). Se, invece, la legge sanziona espressamente il contratto in violazione di una norma imperativa con la irregolarità, l'annullabilità, la rescindibilità, la risolubilità o la inefficacia, la nullità è esclusa. Ancora, se la legge commina sanzioni penali o amministrative, il contratto potrebbe essere semplicemente irregolare, risolubile, inefficace, ovvero nullo. In quest'ultima ipotesi, è escluso in ogni caso che il contratto possa essere annullabile, vista la tipicità di tale rimedio. Si pone così il problema di elaborare un criterio guida che permetta all'operatore del diritto di distinguere, allorché la illegalità sia espressamente sanzionata dal legislatore con rimedi diversi dalla nullità, le fattispecie di nullità da quelle di mera irregolarità, risolubilità o inefficacia.

La risposta dell'ordinamento alla violazione di una norma imperativa muterebbe al variare della natura degli interessi sottesi alla norma che si ritiene violata; laddove questi risultino essere di ordine pubblico ovvero di carattere generale ma non di ordine pubblico, la conseguenza sarà quella della invalidità del contratto; laddove gli interessi che la norma si proponeva di tutelare siano privati e particolari la conseguenza sarà piuttosto quella della inefficacia[15]. Il

---

[14] Tale è l'indirizzo di Cass., Sez. un., 2 giugno 1984, n. 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 152. Escludono, almeno in linea di principio, la nullità del contratto, Cass., 18 luglio 1991, n. 7983, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 446; e Cass., 28 settembre 1996, n. 8561, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1340, In dottrina, cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 446, il quale osserva: «la nullità deve essere esclusa se l'esigenza perseguita dal legislatore mediante la previsione della specifica sanzione (civilistica, penale o amministrativa) sia compiutamente realizzata con la relativa irrogazione, mentre deve essere ammessa in caso contrario».

[15] Di tale avviso, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile*, cit., p. 23; e G. DE NOVA, *o.c.*, p. 441. Sulla violazione di norme imperative in materia contrattuale, cfr. F. GALGANO, *o.c.*, p. 83, il quale precisa che nel diritto dei contratti rilevano solamente le norme imperative poste dalla legge o da atti aventi forza di legge, e non anche quelle introdotte da fonti di produzione a questi subordinati. Solo le prime, infatti, tutelano interessi non particolari ma generali. L'a. rammenta inoltre che: «fra le norme imperative, la cui violazione rende nullo il contratto, bisogna annoverare, oltre che le norme nazionali, quelle comunitarie. E si deve anche considerare che il giudice nazionale può anche dichiarare la nullità di un contratto per violazione di norme imperative straniere, quando secondo la legge 31 maggio 1995, n. 218, egli debba applicare il diritto straniero» (F. GALGANO, *o.c.*, p. 81).

criterio discretivo degli interessi sottesi alla norma, impiegato al fine di individuare le conseguenze giuridiche del contratto posto in violazione diretta di una norma imperativa imperfetta ovvero esplicitamente sanzionata ma non con la invalidità, non risolve però il problema, logicamente presupposto, della qualificazione della norma violata quale norma di ordine pubblico. Si tratta di una nozione la cui elasticità ha comportato non poche incertezze pratico-interpretative[16]: la definizione del concetto di ordine pubblico è inscindibilmente connessa alle attuali esigenze economiche, nonché alle ideologie politiche dell'interprete. Il tutto è complicato dalla esagerata e disordinata proliferazione della legislazione speciale, la quale fa largo uso di previsioni imperative, specialmente nei settori nevralgici del diritto commerciale e del diritto dei consumatori. In questo quadro disorganico, la giurisprudenza, nel comminare la nullità per violazione di norma imperativa, dovrebbe forse guardare alle norme della Carta costituzionale, espressive dei valori fondamentali dell'ordinamento.

3. *Contratto e violazione diretta di norme penali.*

Il tema del rimedio applicabile al contratto posto in violazione di una norma imperativa si ripropone in tutta la sua complessità laddove la fattispecie contrattuale presenti profili di illiceità penale[17].

Al riguardo, va osservato che il contratto posto in essere in violazione di una norma penale non è qualificabile, per ciò solo, in termini di nullità: illiceità penale e illiceità civile possono anche non coincidere[18]. Da qui l'esigenza di elaborare un criterio guida sicuro che permetta di distinguere le fattispecie

---

[16] Sottolinea siffatta difficoltà, G. DE NOVA, *o.c.*, p. 442.

[17] L'argomento è affrontato da F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 23 ss.; e, più di recente, da A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, *passim*. Sulla possibilità di qualificare la norma penale come norma imperativa v. A. DI AMATO, *Contratto e reato*, cit.., p. 108 ss.

[18] Ancora attuale il pensiero di F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile*, Padova, 1902, p. 27. Sostengono l'automatica nullità del contratto posto in violazione di una norma penale G. FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 68 ss.; A. GRASSO, *o.c.*, *passim*. *Contra*, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, in CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milano, 1996, p. 35; e L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 614, i quali affermano, in linea di principio, la validità del contratto, pur in presenza della violazione di una norma penale. Propongono di distinguere le conseguenze civilistiche della violazione del divieto sanzionato penalmente in ragione dell'interesse protetto dalla norma e di riservare il rimedio della nullità alle sole ipotesi in cui l'interesse protetto è pubblico G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 385, n. 28; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 250 ss.; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, in G. ALPA e M. BESSONE, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. Bigiavi*, IV, I, Torino, 1991, p. 371 ss. Per una rassegna dei principali orientamenti, v. A. DI AMATO, *Contratto e reato*, cit., p. 36.

penali, da sanzionare civilisticamente con la nullità[19], dalle fattispecie penali che devono essere civilisticamente sanzionate con un rimedio diverso dalla nullità. La questione del trattamento sanzionatorio del contratto che si collochi nell'ambito di una fattispecie penalmente rilevante è facilmente risolvibile laddove il contratto penalmente vietato abbia oggetto, causa o motivo determinante illeciti[20], dal momento che in tali casi è la stessa normativa civilistica a prevedere il rimedio della nullità[21]. *Nulla questio* anche se la legge penale punisce espressamente il contratto e specificamente la condotta di entrambi i contraenti[22]: in simili ipotesi il contratto è indubbiamente illecito perchè contrario all'ordine pubblico.

Può anche accadere che la norma sanzioni il comportamento di una sola parte; al riguardo, autorevole dottrina, facendo ricorso alla distinzione tra reato-contratto e reato in contratto, è giunta ad affermare che il negozio è passibile di nullità solamente laddove il divieto colpisce il negozio in quanto tale, circostanza che può ritenersi realizzata allorquando la norma penale prende in considerazione il comportamento delittuoso di entrambi i contraenti[23]. La punibilità del comportamento di un solo contraente è, invece, indice dell'assenza di antigiuridicità nella regola contrattuale a cui le parti sono pervenute, con la conseguenza che la pena non può di per sé portare alla invalidità del contratto, dal momento che se così fosse si finirebbe con il sanzionare civilmente anche la condotta lecita di chi ha partecipato alla stipulazione del contratto[24]. Come è stato giustamente osservato, «l'art. 1418,

---

[19] Atteso che, di regola, la norma penale non è accompagnata da previsioni civilistiche, si tratterebbe in ogni caso di un'ipotesi di nullità virtuale. Sul punto, diffusamente, A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Tratt. contratti* Rescigno, Torino, 1999, p. 1331.

[20] Così è per l'accordo di associazione per delinquere, art. 416 c.p., illecito nella causa; il contratto di ricettazione, art. 648 c.p., illecito nell'oggetto; e il patto di corruzione, art. 318 ss. c.p., illecito nel motivo.

[21] Sul punto, cfr. F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 467; A. CASTAGNOLA, *Nullità del contratto concluso tra corrotto e corruttore*, in *Contratti*, 1994, p. 719.

[22] Così è per il reato di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 c.p. Un esempio è dato anche dal contratto, penalmente sanzionato, mediante il quale l'amministratore, il direttore generale, il sindaco o il liquidatore ottengono un finanziamento o una garanzia per debiti propri dalla società presso la quale esercitano la propria attività o da altra società che controlla la prima o che da quella è controllata (art. 2624 c.c.). In giurisprudenza, cfr. Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1087.

[23] *Contra* S. MONTICELLI, *Divieti valutari ed autonomia privata*, Padova, 1987, p. 68 ss., il quale sottolinea l'esistenza nello stesso diritto positivo di numerosi esempi di atti certamente nulli, sebbene la norma penale punisca la condotta di uno solo dei contraenti. Emblematica è l'ipotesi di cui all'art. 348 c.p.che colpisce con la nullità il contratto di prestazione d'opera posto in essere dal professionista abusivo.

[24] In tal senso, v. G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 178; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in G. ALPA e M. BESSONE, *Contratti in generale*,

comma 1, c.c., si riferisce solo al contratto e mai al comportamento di una o di tutte le parti, che costituisce, invece, l'oggetto della legge penale. Siccome legge civile e legge penale disciplinano ambiti diversi, si comprende come la violazione della legge penale non determini la nullità del contratto frutto del comportamento unilateralmente inottemperante, e come invece il contratto come tale vietato secondo la legge penale (perché frutto di comportamenti tutti vietati) sia nullo secondo la legge civile»[25].

Taluni autori, partendo dal presupposto che talvolta è lo stesso legislatore a comminare la nullità del contratto proibito a uno soltanto dei contraenti[26], criticano la assolutezza di tale impostazione, mettendone in evidenza l'eccessiva arbitrarietà delle soluzioni[27].

Un terzo filone dottrinale[28], enfatizzando l'autonomia del diritto civile rispetto al diritto penale, propone di risolvere la questione alla luce della disciplina e degli schemi civilistici, applicando la sanzione della nullità ovvero un altro rimedio sanzionatorio a seconda del vizio rinvenibile nella fattispecie in esame[29]. La critica mossa a tale posizione è quella di non attribuire la meritata rilevanza ordinamentale all'art. 1418, comma 1, c.c.: piuttosto che esaminare gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice nel tentativo

---

in *Giur. sist.* Bigiavi, Torino, 1991, p. 810; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXI, t. 2, Milano, 1987, p. 330.

[25] G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 165; ID., *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 393; in tale ottica, cfr. anche F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 470; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 447; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, cit., p. 399 ss.; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza*, diretta da Galgano, Padova, 1990, p. 114.

[26] Così è, ad esempio, per il contratto stipulato dal professionista abusivo, art. 2231 c.c., o dal mediatore non iscritto all'albo (art. 6 l. 3.2.1989, n. 39).

[27] Così, S. MONTICELLI, *Divieti valutari ed autonomia privata*, cit., p. 68; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, cit., p. 306; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 116, i quali, ponendo l'accento sulla non coincidenza tra sanzione penale e sanzione civile, osservano come alla illiceità civile del contratto possa far seguito la scelta del legislatore di sanzionare, sul versante penalistico, la condotta di un solo contraente.

[28] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987, p. 583.

[29] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli artifici ed ai raggiri posti in essere dal truffatore, che rilevando sotto il profilo civilistico, come dolo contrattuale, cagionano l'annullabilità del contratto. Si pensi anche alla sproporzione fra le prestazioni nel contratto usurario, che possono rilevare civilisticamente ai fini della rescindibilità per lesione ovvero della illiceità per contrarietà al buon costume. Ancora, la circonvenzione di incapace consumata per mezzo di un contratto comporta l'annullabilità per incapacità del contraente circonvenuto [ma vedi in senso contrario, Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Arch. civ.*, 1995, p. 817, secondo cui «l'incriminazione della circonvenzione di incapace […] il cui scopo va ravvisato, più che nella tutela dell'incapacità in sé e per sé considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica, deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell'art. 1418 c.c., oltre la sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della norma medesima»].

di individuare istituti e schemi propri del diritto civile, sembrerebbe opportuno risolvere preliminarmente la questione della sanzione civilistica del contratto posto in violazione di una norma imperativa non civilisticamente sanzionata proprio alla luce di quanto prescritto nell'art. 1418, comma 1, c.c. Di fronte ad un contratto posto in essere in disprezzo di una norma imperativa non espressamente sanzionata dalla legge civile, l'interprete deve prima di tutto verificare quali sono le ragioni e gli interessi sottesi alla disposizione interessata: laddove risulti che tale disposizione è stata posta a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento si dovrà concludere a favore della nullità; qualora, invece, il divieto risponda ad esigenze che non sono di ordine pubblico e si proponga di tutelare interessi particolari, la nullità deve essere esclusa, appurando semmai l'applicabilità di una diversa sanzione o rimedio[30]. Pertanto, l'attività ermeneutica deve in prima battuta verificare la possibilità di sanzionare il contratto con la nullità, solo in caso di esito negativo, ci si dovrà interrogare sulla comminabilità di ulteriori rimedi[31].

Tali osservazioni sono state recepite dalla giurisprudenza la quale, intervenuta sul punto, ha affermato, in modo quasi unanime, che la espressa previsione della sola sanzione penale non esclude di per sé la nullità del negozio, giacchè occorre distinguere «il caso in cui la legge considera valido il negozio, pur prevedendolo come reato, da quello in cui la sanzione della nullità si aggiunge all'incriminazione penale»[32]. Non solo, il negozio è sanzionabile con la nullità solamente allorchè la norma penale violata sia posta a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento: il criterio generale è dato dalla verifica del contrasto della disposizione con l'ordine pubblico[33].

---

[30] In tal senso, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., p. 27. Non tutte le norme penali sono poste a tutela di interessi generali; diverse sono, infatti, quelle poste a presidio di interessi di natura esclusivamente particolare. Non tutte le norme penali sono di ordine pubblico, con la conseguenza che non tutti i contratti posti in violazione di queste sono passibili di nullità per contrasto con l'ordine pubblico. In tal senso, emblematico è il contratto oggetto di truffa, il quale non può ritenersi socialmente dannoso atteso che l'artificio o il raggiro esercitato da un contraente ai danni dell'altro si consuma nella sfera individuale del truffato, che credendo di concludere un buon affare è rimasto ingannato. Coerentemente, il fatto di reato è perseguibile a querela ed il contratto può essere annullato su domanda del contraente-vittima. Di diverso avviso V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Pisapia, Torino, 1981, I, p. 544, secondo cui l'interesse protetto dalla norma penale è sempre pubblico, giacchè «anche quando la tutela si rivolge ad interessi individuali, questi sono protetti quali interessi di tutti ed in quanto riferibili ai valori fondanti l'assetto sociale».

[31] *Contra*, G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., p. 389, secondo cui l'interprete deve procedere prima alla verifica della sussistenza di una diversa sanzione, e poi alla verifica dell'applicabilità della sanzione della nullità.

[32] Cass., 15 ottobre 1955, n. 3175, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 19.

[33] Di tale avviso, Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, cit. In epoca più recente, cfr. Cass., 18 novembre 1997, n. 11450, cit., la quale, con particolare riferimento all'art. 21, l. n. 646 del 1982, che vieta all'appaltatore di opera pubblica di cedere in subappalto o a cottimo

Tale affermazione necessita di un chiarimento. Sebbene secondo la dottrina tradizionale, la sanzione penale, in quanto destinata ad incidere sul bene supremo della libertà personale (art. 13 cost.), costituisca l'*extrema ratio*, applicabile solamente al fine di tutelare beni di rango almeno pari a quelli che vengono compressi[34], oggi si ritiene che a prevalere debba essere l'esigenza di difesa dai comportamenti antisociali, con la conseguente possibilità per il legislatore penale di predisporre, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, sanzioni volte a reprimere condotte che ledono o mettono in pericolo beni giuridici che non trovano un immediato riconoscimento nella Carta Costituzionale, purchè non si pongano in contrasto con i valori da questa propugnati[35]. In tale ultima ipotesi, la norma penale pur essendo imperativa non è di ordine pubblico ed il contratto posto in violazione di essa non sarà pertanto sanzionabile con la nullità[36].

3.1. *Truffa e circonvenzione di incapaci.*

La questione della rilevanza civilistica del contratto posto in violazione di una norma imperativa solo penalmente sanzionata trova un frequente risvolto applicativo soprattutto in materia di truffa (art. 640 c.p.)[37], circonvenzione di persone incapaci (art. 643 c.p.)[38] e usura (art. 644 c.p.)[39]. Si tratta di fattispecie

---

l'esecuzione delle opere stesse o di una loro parte senza l'autorizzazione dell'autorità competente, prevedendo a carico del contravventore la sanzione penale dell'arresto e dell'ammenda, ha affermato: «Una tale disposizione – che è inserita in una legge contenente anche norme di prevenzione di carattere patrimoniale per la lotta contro la criminalità organizzata e mafiosa – è chiaramente in funzione di tutela preventiva della collettività dalla ingerenza mafiosa o dalla criminalità organizzata nell'esecuzione di opere pubbliche. In mancanza di una tale preventiva autorizzazione, il contratto di subappalto di opera pubblica, o di parte di essa, è dunque in contrasto con una norma imperativa, e tale contrasto determina la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., che, appunto, sancisce la nullità (virtuale) dei contratti contrari a norma imperative, quando dalla legge non sia diversamente disposto». In materia di contratto stipulato in conseguenza di una truffa, v. Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1119, che ha affermato la mera annullabilità del contratto stesso, sul presupposto che il dolo, elemento costitutivo del delitto di truffa, non è ontologicamente diverso dal dolo civilistico, quale vizio del consenso negoziale. In entrambi i casi il dolo si sostanzia infatti in una serie di artifici o raggiri posti in essere dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte. Ha invece avallato la tesi della nullità del contratto derivato da truffa, Cass., 16 giugno 1960, n. 1591, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 138.

[34] Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 75.

[35] V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, p. 185.

[36] In tal senso, v. F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p. 83.

[37] Commette il delitto di truffa «Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sè o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno».

[38] Commette il delitto di circonvenzione di incapace «Chiunque, per procurare a sè o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona

caratterizzate dalla cooperazione artificiosa della vittima, la quale può essere indotta a stipulare un contratto vantaggioso per il reo e dannoso per sé o per i terzi.

Secondo la giurisprudenza prevalente il contratto derivante da truffa è annullabile[40], mentre il contratto frutto del delitto di circonvenzione di incapace è nullo[41]. Tali conclusioni potrebbero apparire irragionevoli, dal

---

minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso».

[39] Commette il delitto di usura «Chiunque […] si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sè o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari».

[40] Al riguardo, cfr. Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, cit., la quale afferma: «il problema non può che riguardare l'inquadramento del consenso del contraente truffato di fronte alla reazione predisposta dall'ordinamento giuridico, del quale consenso sarebbe arbitrario ritenere l'inesistenza, dal momento che pur sempre un atto di volontà non manca. Trattasi piuttosto di un volere alterato nel suo processo formativo per l'influsso perturbatore di qualche elemento estraneo, che incida sulla libertà di autodeterminarsi del soggetto interessato. Anche in un contratto, apparentemente valido per la presenza degli elementi costitutivi di esso, compreso l'accordo delle parti (art. 1325 c.c.), il consenso dato da uno dei contraenti può avere subito l'influenza determinante dell'altro contraente attraverso raggiri tali che, se non fossero stati adoperati, non avrebbe avuto luogo il perfezionamento del vincolo contrattuale; è questa l'ipotesi del dolo che, previsto come causa di annullamento del contratto (art. 1439 c.c.), si risolve in un'attività fraudolenta del *deceptor*, con l'effetto di trarre in inganno l'altro contraente, determinandolo ad una volizione che, altrimenti, non si sarebbe avuta. Una siffatta attività fraudolenta può integrare anche gli estremi del reato di truffa (art. 640 c.p.), sempre che l'induzione di altri in errore mediante artifizi o raggiri abbia avuto quale risultato il conseguimento di un profitto per il soggetto attivo con l'altrui danno». Pertanto, «agli effetti dell'annullamento del contratto per vizio del consenso, la truffa contrattuale non si colloca in una situazione diversa da quella del semplice intervento del dolo secondo l'ipotesi prevista dall'art. 1439 c.c. Entro tali limiti rimane ridimensionata la invalidità del contratto concluso per effetto di una truffa».

[41] Cfr., *ex multis*, Cass., 20 ottobre 1979, n. 4824, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2860: «il presupposto essenziale per l'annullamento del contratto *ex* art. 428 c.c. consiste, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, nella malafede, vale a dire nella consapevolezza che l'un contraente abbia delle menomazioni dell'altro contraente nella sfera intellettiva e volitiva […]. A questo requisito non possono ridursi e totalmente assimilarsi, in vista sia della diversità dei rispettivi piani di collocazione sia delle evidenti difformità morfologiche, i tre elementi, il cui concorso è necessario per la configurazione del delitto di circonvenzione di persone incapaci, per quel che interessa l'ipotesi in cui soggetto passivo dell'azione delittuosa sia l'incapace naturale, e cioè: oltre al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, l'abuso dello stato di infermità o deficienza psichica e l'induzione (consistente in un'attività volta a determinare, convincere, o influenzare l'altrui volontà) al compimento di un atto che importi un effetto giuridico pregiudizievole per la persona indotta e per terzi […]. Ma più che proseguire sulla via di questo raffronto (che i notevoli dissensi degli interpreti rendono accidentata) e più che segnalare le discutibili conseguenze della tesi sostenuta nel ricorso, preme qui rilevare che questa, dando rilievo esclusivo a quegli elementi della fattispecie delittuosa che richiamano la figura dell'incapacità naturale, finisce sostanzialmente per

momento che la prima sembra derivare dall'applicazione al contratto della disciplina civilistica, mentre la seconda, quella in materia di circonvenzione di incapace, appare come la negazione dell'applicazione delle regole civilistiche stesse: l'incapacità (legale o naturale) nel diritto civile rileva, infatti, quale causa di annullabilità, e mai quale causa di nullità. Il contrasto si risolve, però, se le pronunce in materia vengono lette alla luce di quel criterio guida di cui al paragrafo precedente, il quale impone di valutare prioritariamente la natura degli interessi sottesi alla norma violata. Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale di cui all'art. 640 c.p. è infatti il patrimonio, l'interesse del soggetto passivo all'integrità del suo patrimonio[42]: non è un caso che il delitto di truffa, se non aggravato, è perseguibile a querela (art. 640, comma 3, c.p.); diversamente, la norma che punisce il reato di cui all'art. 643 c.p., perseguibile d'ufficio, almeno secondo l'orientamento espresso dalla più moderna giurisprudenza, è posta a tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace[43]. Coerentemente con tali premesse, il contratto derivante dal delitto di truffa, offendendo una norma posta a presidio di un interesse privato, non è sanzionabile con la nullità ma con l'annullabilità, ravvisandosi in esso un errore determinato dal dolo altrui (art. 1439 c.c.)[44], mentre, l'incidenza

---

eludere il problema centrale della presente controversia, il quale consiste nello stabilire se la disposizione dell'art. 643 c.p. possa annoverarsi tra quelle norme imperative, la cui violazione (non sia soltanto penalmente sanzionata, ma altresì) faccia incidere il contratto in una causa di nullità. Al problema si ritiene di dover dare soluzione affermativa […]. Se si passa a considerare l'oggetto della tutela penale balza evidente che con la previsione della figura delittuosa di cui all'art. 643 c.p. si è voluto apprestare non tanto e non solo una difesa del patrimonio (inteso questo nella totalità delle sue componenti) delle persone in stato di menomazione psichica da ogni forma di subdolo sfruttamento, quanto più in generale una garanzia all'autonomia privata di tali persone. L'individuazione dell'interesse alla libera esplicazione dell'attività negoziale, come punto di incidenza della lesione che il reato in parola cagiona, consente di giustificare – più ancora che il riferimento all'atto provvisto di conseguenze giuridiche, che l'art. 643 c.p. contiene e che potrebbe essere di per sé privo di contenuto patrimoniale – il collegamento logico e sistematico di questa disposizione con la materia contrattuale». In senso conforme, Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, fasc. 2, secondo cui il contratto stipulato per effetto della consumazione del reato di circonvenzione di incapace deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per contrasto con norma imperativa, giacché va ravvisata una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti.

[42] Così G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, II, Bologna, 1992, p. 134.

[43] Per la dottrina, v. G. FIANDACA e E. MUSCO, *o.c.*, p. 163, i quali individuano il bene giuridico tutelato dalla norma nella libertà di autodeterminazione del soggetto incapace in ordine agli interessi patrimoniali. Del medesimo avviso, D. MESSINETTI, *Incapacità di intendere o di volere e libertà dispositiva del soggetto*, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato,* I, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1993, p. 13.

[44] Da ultimo, Cass., 26 maggio 2008, n. 13566, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, fasc. 5, p. 810.

del reato di cui all'art. 643 c.p. sull'interesse alla libera esplicazione dell'attività negoziale giustifica la nullità del contratto frutto del reato medesimo.

3.2. *Usura*.

Il contratto derivante dal delitto di usura, sostanziandosi in una prevaricazione del contraente forte ai danni del contraente debole, compromette seriamente l'organizzazione civile, l'ordine pubblico e il buon costume; ciò giustifica le numerose pronunce a favore della nullità di un simile contratto[45].

È dominante l'opinione secondo cui il contratto derivante dal reato di usura non è rescindibile ai sensi di quanto previsto dall'art. 1448 c.c.: perché un contratto possa essere considerato il mezzo utilizzato dall'agente per commettere il delitto di cui all'art. 644, comma 1, c.p. è necessario che il contraente avvantaggiato abbia tenuto un comportamento diretto ad incidere sulla formazione e determinazione della volontà contrattuale del soggetto passivo – magari sollecitando la formulazione di una proposta decisamente svantaggiosa per il proponente – non essendo sufficiente che egli, nella consapevolezza dello stato di bisogno della controparte, si sia limitato a trarne profitto[46]. Si distingue, pertanto, il contratto stipulato nella mera consapevolezza dello stato di bisogno dell'altro contraente, il quale viola la sola legge civile e ricade nell'ambito applicativo dell'art. 1448 c.c., dal contratto posto in essere a seguito di un comportamento attivo volto ad approfittare dell'altrui stato di bisogno, il quale, essendo posto in violazione della norma imperativa penale, è da ritenersi civilisticamente nullo per illiceità della causa.

La questione del rimedio civilistico applicabile a fronte di un contratto impiegato quale mezzo per la consumazione del reato di usura non è altrettanto pacifica in dottrina: taluni autori si esprimono a favore della nullità del contratto di usura[47], tuttavia l'opinione prevalente, in conformità alle intenzioni del legislatore che con la disciplina della rescissione per lesione si è prefisso di regolare i contratti usurari[48], è che un simile contratto debba essere rescisso. Tale ultimo indirizzo si basa sul fatto che la legge penale reprime non

---

[45] *Ex plurimis*, Cass., 26 agosto 1993, n. 9021, in *Arch. civ.*, 1994, p. 31.

[46] Cfr. Cass., 22 gennaio 1997, n. 628, in *Giur. it.*, 1998, p. 926.

[47] Così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1970, p. 336, e C.M. BIANCA, *Diritto civile III*, *Il contratto*, cit., p. 649, il quale rileva anche la immoralità di tale contratto.

[48] Ciò sarebbe confermato dalla Relazione al c.c., nonchè dalla disposizione di cui all'art. 1449 c.c., la quale, nell'affermare che il termine di prescrizione dell'azione di rescissione è di norma annuale, a meno che il fatto non costituisca anche reato (nel qual caso si applica il termine di prescrizione di quest'ultimo), fa un chiaro riferimento al delitto punito dall'art. 644 c.p.

il contratto ma il comportamento del contraente-usuraio e sulla circostanza che la norma penale non espressamente sanzionata con la nullità è trattata dalla legge civile con l'apposito rimedio della rescissione per lesione. A ciò si aggiunga, osservano tali autori, la sostanziale identità degli elementi costitutivi delle fattispecie di cui agli artt. 644 c.p. e 1448 c.c.: stato di bisogno di un contraente, condotta di approfittamento dell'altro, danno-forte squilibrio contrattuale[49].

La critica mossa a tale tesi dottrinale è la disparità di trattamento che questa determina, sul piano rimediale, tra il contratto di mutuo usurario e qualsiasi altro contratto mediante il quale viene perpetrato il reato di usura. Infatti, il contratto di mutuo usurario è affetto da nullità parziale, con l'automatica conversione degli interessi usurari negli interessi legali[50], a norma dell'art. 1815 c.c., vecchia formulazione; diversamente, tutti gli altri contratti impiegati quali mezzi per la realizzazione del reato di cui all'art. 644 c.p. sarebbero rescindibili per lesione. In altri termini, la sanzione civile applicabile al contratto usurario sarebbe la nullità, laddove questo si sostanzi in un contratto di mutuo, e la rescissione in tutti gli altri casi. Taluni, in modo non del tutto condivisibile, hanno sostenuto che le due norme hanno ambiti applicativi differenti: l'art.

---

[49] V. G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2° ed., Napoli, 1962, p. 132; G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 289; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 470; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 356; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 75; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 152.

[50] È facile prevedere, osserva L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 216 ss., che non mancheranno tentativi di frode dell'art. 1815, comma 2, c.c. In vigenza dell'art. 1831 del vecchio codice, il quale si limitava a richiedere che l'interesse convenzionale, eccedente la misura legale, risultasse da atto scritto, sembrava impossibile colpire i mutui usurari. La situazione era stata poi modificata dall'art. 644 c.p., concernente il reato d'usura: la suddetta disposizione incriminatrice, infatti, era stata ritenuta influente anche sul diritto civile, con la conseguenza che, essendo nullo perché illecito il patto d'interessi usurari, il mutuatario non avrebbe dovuto corrispondere alcun interesse, s'intende, sempre che sussistessero gli estremi del reato d'usura. L'a., nel sottolineare l'autonomia dell'usura civile rispetto a quella penale, si sofferma poi sul comma 2 dell'art. 1815 c.c. e sui possibili mezzi di attuazione della frode di tale disposizione di legge, magari mediante contratti diversi dal mutuo, ai quali la stessa non può direttamente applicarsi. L'esempio riportato è quello di un contratto di cessione, da parte dell'usufruttuario di un titolo di Stato, di dieci annualità d'interessi. La somma versata dal cessionario era molto al di sotto (circa la metà) di quella che si sarebbe maturata sommando le annualità di interessi, il che peraltro era giustificato, trattandosi in sostanza di un contratto aleatorio in cui l'alea era costituita dalla morte dell'usufruttuario cedente. Senonchè, il cessionario aveva provveduto anche alla stipulazione in suo favore di un contratto di assicurazione sulla vita del cedente: pertanto, egli avrebbe riscosso o tutte le dieci annualità, o la somma assicurata. Si trattava di un'ipotesi di collegamento negoziale, come rileva l'a., artatamente congegnato dalle parti e diretto ad eludere la norma dell'art. 644 c.p., come, ora, quella dell'art. 1815, comma 2, c.c.: una volta eliminata l'alea mediante l'assicurazione, il contratto era, nella sua realtà economica, un contratto commutativo, con prestazioni notevolmente sproporzionate.

1448 c.c. sanziona la condotta di reato di chi si approfitta dell'altrui debolezza economica facendo usura, con la conseguenza che il contratto è sanzionato non per l'assetto di interessi realizzato ma per la condotta delittuosa posta in essere da uno dei contraenti, a differenza dell'art. 1815, comma 2, c.c. formulazione originaria, che non sanziona un comportamento, ma il contratto in quanto tale per il reale assetto di interessi che questo realizza[51]. La suddetta distinzione troverebbe fondamento in contingenti ragioni di opportunità: il rimedio della rescissione, infatti, avrebbe comportato il sorgere in capo al mutuatario usurato dell'obbligo di restituire la somma percepita, conseguenza che il meccanismo della nullità parziale con sostituzione automatica di clausola scongiura.

Tale argomentazione non è coerente con il sistema: come in qualsiasi contratto di usura, anche nel mutuo usurario è ravvisabile il comportamento penalmente sanzionato di una parte ai danni dell'altra, da ciò deriva che la nullità è l'unico rimedio possibile. Il contratto di usura è sempre nullo: che sia un mutuo feneratizio (art. 1815, comma 2, c.c.) o che sia un altro genere di contratto, comunque vietato dall'art. 644 c.p. Del resto, la soluzione adottata dall'art. 1815, comma 2, c.c. dimostra come la sanzione della nullità, nel rispetto dei principi, possa anche tutelare interessi propri della parte debole.

Per altro verso, la giurisprudenza, nel tentativo di conservare la razionalità del sistema, ha optato per una interpretazione restrittiva dell'art. 1448 c.c. che purtroppo ha determinato l'appiattimento della figura civilistica dell'usura su quella propria del diritto penale: l'art. 1815, comma 2, opera a vantaggio dell'usurato, purchè la fattispecie concreta integri tutti gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 644 c.p.[52].

Tale soluzione, fortemente criticata in dottrina, ha comportato una inevitabile riduzione dell'ambito applicativo della sanzione civilistica, rendendo ancor più necessario l'intervento del legislatore, che in effetti si è avuto con la l. 7 marzo 1996, n. 108, la quale ha riformulato la fattispecie penalistica del reato di usura, modificando al contempo il testo della disposizione di cui all'art. 1815, comma 2, c.c.[53]. Attualmente, è punibile a titolo di usura colui il quale si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altre utilità, interessi o vantaggi usurari. L'elemento soggettivo dell'approfittamento dell'altrui stato di bisogno diventa un mero elemento circostanziale che incide

---

[51] Di tale avviso, G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, cit., p. 289.

[52] V., fra le tante, Cass., 12 giugno 1973, n. 1693, in *Foro it.*, 1974, I, c. 476 e Cass., 26 agosto 1993, n. 9021, cit.

[53] Sugli aspetti civilistici della nuova disciplina, cfr.G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *I Contratti*, 1996, p. 223 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 230 ss.; G. ALPA, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.; D. SINESIO, *Gli interessi usurari*, Napoli, 1999; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I.

sulla quantificazione della pena piuttosto che sull'esistenza del reato. Si introduce un'ipotesi di nullità parziale, a protezione della parte danneggiata, che così non ha un obbligo di restituzione: la clausola relativa agli interessi usurari non si sostituisce con un'altra che ne fissi la misura in modo ritenuto congruo, ma viene dichiarata nulla con conseguente trasformazione del contratto di mutuo da oneroso a gratuito. A ciò si aggiunga che, coerentemente con la volontà di allargare in modo significativo l'area di incidenza del suddetto reato, il riferimento al denaro o «altra cosa mobile» viene sostituito con il riferimento al denaro o «altra utilità». Il disvalore penale della condotta sembrerebbe risiedere, ad avviso del legislatore del 1996, diversamente da quello del 1930, nella mera acquisizione di un vantaggio usurario, nel complessivo regolamento contrattuale voluto dalle parti e realizzato da un contraente ai danni dell'altro, indipendentemente dalle modalità mediante le quali tale vantaggio sia stato procurato[54]. In altri termini, si potrebbe dire che il reato di usura è diventato da fattispecie a forma vincolata – la legge valutava negativamente il fatto che il vantaggio fosse stato acquisito attraverso l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno – a fattispecie a forma libera, con l'avvertenza però che il contratto manifestamente vantaggioso per una parte e svantaggioso per l'altra non è sempre il frutto della prevaricazione del *partner* contrattuale più forte. Lo squilibrio tra le prestazioni può infatti derivare, sia pure in casi particolarissimi, da una scelta libera e consapevole dei contraenti – come nel caso della vendita mista a donazione –, con la conseguenza che, essendo il regolamento contrattuale rimesso alla libera codeterminazione delle parti (art. 1322 c.c.), non ogni squilibrio è sanzionato nel diritto civile, ma solo quello che risulta derivare da una deplorevole condotta abusiva. Da qui la qualificazione del delitto di cui all'art. 644 c.p. quale reato plurioffensivo, idoneo a ledere contestualmente il patrimonio della vittima e il libero esplicarsi dell'autonomia privata, bene quest'ultimo di espressa rilevanza costituzionale (art. 41, comma 2, cost.)[55]. Si giustifica, allora, come la perseguibilità del colpevole non sia subordinata alla presentazione di una querela della parte offesa, ma all'iniziativa del pubblico ministero.

Le modifiche apportate dalla l. n. 108 del 1996 hanno reso ancor più complessa la questione del trattamento civilistico del contratto di usura: il requisito dell'approfittamento, scomparso nell'art. 644 c.p., è rimasto, infatti, nell'art. 1448 c.c., con la conseguenza che, a differenza che in passato, è possibile imbattersi in contratti che pur integrando il delitto di usura sono stati

---

[54] Sul punto, cfr. R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv*, 1997, p. 491 s., e F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., p. 85, i quali, alla luce della nuova legge sull'usura, hanno mutato orientamento, optando per la tesi della nullità. Tra i sostenitori della tesi della rescindibilità del contratto di usura, v. U. GRASSI, *Il nuovo reato di usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 246.

[55] Di tale avviso, F. DI MARZIO, «*Norme imperative*», cit., p. 171.

stipulati nella mera consapevolezza dello stato di bisogno dell'altro contraente, senza presentare il carattere dell'approfittamento: simili contratti attualmente non sono di certo rescindibili.

A fronte della complessa normativa appena richiamata, è individuabile con chiarezza solo la sorte del contratto caratterizzato da usura pecuniaria: esso sarà valido e non saranno dovuti interessi[56]. Assai più problematica è l'individuazione del rimedio applicabile con riferimento all'usura reale. Un primo orientamento, partendo dal presupposto della sostanziale identità dei requisiti soggettivi richiesti per l'usura reale e per l'azione di rescissione per lesione, ritiene che il contratto sia valido, laddove la lesione non raggiunga la soglia di rilevanza civilistica, e rescindibile, nell'ipotesi in cui sia rinvenibile una lesione *ultra dimidium*[57]. V'è anche chi propone di applicare il rimedio di volta in volta reputato più opportuno, alla luce delle effettive esigenze di protezione degli interessi in conflitto[58]. In tale ottica, sono state prospettate tre diverse conseguenze civilistiche: l'annullabilità, quando, in relazione all'attività svolta in concreto dall'usuraio, siano ravvisabili gli elementi del dolo o della violenza; la rescissione, nell'ipotesi di lesione *ultra dimidium*, eventualmente accompagnata dal risarcimento del danno; il solo risarcimento del danno nel caso di lesione *infra dimidium*.

4. *Abuso di posizione dominante e violazione diretta di norme imperative con sanzione amministrativa.*

Uno spazio a parte va riservato alla *querelle* concernente la sanzione civilistica da applicare a quei contratti stipulati in disprezzo delle norme introdotte dalla legislazione *antitrust* e, segnatamente, in violazione degli artt. 2 e 3 l. 10 ottobre 1990, n. 287, in tema di abuso di posizione dominante.

Perché un'impresa possa dirsi in posizione dominante all'interno del mercato è necessario che essa eserciti di fatto una supremazia sui soggetti con i quali conclude contratti. Tale supremazia si sostanzia nella difficoltà ovvero nell'impossibilità per la generalità dei contraenti di approvvigionarsi altrimenti i beni o i servizi prodotti dall'impresa dominante. La normativa, invero, non sanziona la posizione dominante in sé, quanto l'abuso della posizione medesima, il quale si realizza allorquando l'iniziativa economica e l'autonomia

---

[56] Sostiene la nullità dell'intero contratto G. DE NOVA, *Il contratto di credito usuraio (gli aspetti civilistici)*, p. 4 del dattiloscritto, cit. da G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 452.

[57] Di tale avviso G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 496 ss.

[58] In tal senso M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 272. *Contra*, G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 542 ss., il quale sostiene la inevitabile nullità del contratto espressivo di usura reale.

contrattuale dell'impresa comprimono la libertà di iniziativa economica e/o la libera esplicazione dell'autonomia privata degli altri soggetti operanti sul mercato, siano imprese o consumatori. In altri termini, l'abuso di posizione dominante consiste in un comportamento volto a comprimere il gioco della libera concorrenza e ad ostacolare lo sviluppo tecnologico e sociale. L'art. 3 l. cit., intitolato «Abuso di posizione dominante», riprendendo quanto già affermato nell'art. 86 Tratt. Roma, vieta l'abuso da parte di una o più imprese della posizione dominante assunta all'interno del mercato nazionale o di una parte rilevante di esso. In particolare, si vieta: *i*) di imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; *ii*) di impedire o limitare gli accessi di altre società imprenditoriali al mercato, e dunque di inibire lo sviluppo tecnico e il progresso tecnologico a danno dei consumatori; *iii*) di applicare nei rapporti commerciali con alcuni contraenti condizioni diverse per prestazioni equivalenti, determinando a loro carico ingiustificati svantaggi nella concorrenza; *iv*) di subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari non connesse con l'oggetto del contratto. Alla violazione di tali divieti seguono le sanzioni amministrative di cui all'art. 15 della stessa legge: diffida, sanzioni pecuniarie di progressiva afflittività e sospensione dell'attività produttiva. Gli artt. 31 e 33 l. cit. definiscono poi i meccanismi procedurali da seguire per l'esercizio delle azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché per la richiesta di provvedimenti di urgenza. Le istanze vanno indirizzate alla Corte d'Appello territorialmente competente.

Il problema del trattamento sanzionatorio del contratto mediante il quale si è consumato l'abuso di posizione dominante, alla luce degli interessi sottesi al divieto, sembrerebbe di agevole soluzione. La norma, intendendo garantire che la libera esplicazione dell'iniziativa economica privata avvenga nel rispetto dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana, si preoccupa di tutelare l'ordine pubblico economico, con la conseguenza che l'unica sanzione possibile sembrerebbe essere quella della nullità[59]. Peraltro, è lo stesso art. 33 della normativa *antitrust* a fare espresso riferimento alle azioni di nullità relativamente sia ai contratti posti in violazione del precedente art. 2 – intese restrittive della libertà di concorrenza – che ai contratti stipulati in violazione dei divieti sanciti dall'art. 3. In tal senso, la legge in questione innova profondamente il sistema, rendendo sindacabile lo squilibrio economico su cui è edificato il contratto – le «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose» (art. 3, lett. *a*, l. n. 287 del 1990) e «non eque» (art. 86, comma 2, lett. *a*, Tratt. CEE) – ben al di là dei limiti aritmetici fino ad ora contenuti nella figura della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

---

[59] In tal senso, v. C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 134 e G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 46.

Tuttavia, autorevole dottrina critica tale conclusione[60], anche per ragioni di opportunità[61]. In tale ottica, non è mancato chi, qualificando come fatto illecito la condotta di chi contratta abusando della propria posizione di supremazia economica, ha prospettato l'esperibilità del rimedio risarcitorio[62]. Al riguardo, è stato osservato che nell'ipotesi in questione – contratto posto in violazione del divieto di abuso di posizione dominante – la fonte della obbligazione risarcitoria non è un mero comportamento umano, ma il contratto: il danno deriva da quest'ultimo, giacchè invalido. L'obbligazione risarcitoria ha come oggetto l'interesse contrattuale negativo, ovvero l'interesse del contraente debole a non essere coinvolto in stipulazioni dannose per sé e per l'intera collettività[63].

5. *Contratto e violazione diretta di norme imperative amministrative.*

Lo studio delle conseguenze sanzionatorie dei contratti stipulati in violazione di norme imperative non può prescindere dall'indagine relativa alla diretta contrarietà dei negozi a norme amministrative, intendendo con tale espressione fare riferimento a quelle disposizioni di legge che subordinano l'esercizio dell'autonomia negoziale ad atti amministrativi, quali regolamenti, atti generali non regolamentari, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o licenze.

Al di là delle ipotesi in cui è la norma stessa a prevedere espressamente le sanzioni applicabili in caso di sua violazione – sanzioni che possono essere tanto amministrative, come il pagamento di sanzioni pecuniarie o la riduzione in pristino, quanto civili, come la nullità, l'annullabilità, la risoluzione o il pagamento dei danni – ciò che più rileva ai nostri fini è risolvere il problema del trattamento di quei contratti che violano una norma amministrativa imperativa imperfetta.

---

[60] Cfr. R. ALESSI e G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato,* Torino, 1991, p. 171. In giurisprudenza, v. Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, p. 152, il quale ha affermato che l'uniforme adozione da parte delle banche, nella disciplina dei contratti stipulati con la clientela, di clausole ingiustificatamente onerose, pur integrando gli estremi dell'abuso di posizione dominante, non comporta la nullità delle clausole medesime.

[61] Di tale avviso, A. FRIGNANI, *Le sanzioni (commento all'art. 3 L. 10.10.90, n. 287)*, in *Diritto* antitrust *italiano*, I, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 367.

[62] V. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, di R. Sacco, Torino, 1993, p. 484.

[63] Interessante è la pronuncia della Corte d'Appello di Milano, 18 luglio 1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 752, la quale ha ritenuto che l'accertamento dell'abuso di posizione dominante fosse un presupposto sufficiente per la condanna generica dell'impresa al risarcimento dei danni causati a terzi.

È opportuno esaminare separatamente i casi in cui le parti contrattuali sono tutti soggetti privati, che magari non hanno richiesto o non hanno ottenuto le prescritte autorizzazioni, concessioni o nulla osta, da quelli in cui una delle parti è la stessa pubblica amministrazione.

Nel primo caso, la questione del trattamento sanzionatorio del contratto andrà risolta alla luce della natura degli interessi sottesi alla norma amministrativa violata: il regolamento contrattuale dovrà reputarsi nullo in quanto illecito laddove la disposizione normativa sia posta a tutela di principi di ordine pubblico[64]; diversamente, laddove la statuizione risulti posta a difesa di interessi particolari, andrà messa in atto la diversa sanzione, civile, penale o amministrativa, di volta in volta applicabile o, al limite, nessuna sanzione.

Il parametro da utilizzare al fine di stabilire la sorte di quei contratti posti in violazione di una norma amministrativa ma stipulati tra un privato ed un soggetto pubblico è ancora una volta quello che attiene agli interessi sottesi alla norma medesima. Una cosa è l'interesse della pubblica amministrazione, pubblico ma settoriale, altra cosa è l'interesse generale, dettato da norme conservative di ordine pubblico. La giurisprudenza sanziona il regolamento contrattuale con l'annullabilità ogni qual volta ritiene che la norma violata sia stata posta nell'interesse della parte pubblica, dichiarando, invece, la nullità di quei contratti che hanno violato una disposizione amministrativa diretta a soddisfare esigenze di ordine pubblico[65].

---

[64] Conferma tale soluzione Cass., 28. gennaio 1987, n. 783, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 1, la quale ha affermato che «il contratto di appalto diretto alla costruzione di un'opera edilizia senza la prescritta licenza o concessione è nullo *ab origine* per illiceità dell'oggetto, derivante dal contrasto con norme imperative, cioè con gli artt. 31 e 41 della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150 (anche nel testo modificato con l. 6 agosto 1967, n. 765, artt. 10 e 13). Pertanto, l'appaltatore non può pretendere, in forza di detto contratto, il pagamento del pattuito corrispettivo e deve restituire al committente gli acconti versati, senza che il divieto sancito dall'art. 2035 c.c. di ripetere quanto pagato in esecuzione di una prestazione contraria al buon costume possa essere esteso, stante il carattere eccezionale di detta norma, al detto negozio semplicemente illegale, ossia in contrasto con norma imperativa».

[65] Sul punto, cfr. Cass., Sez. un., 25 maggio 1965, n. 1026, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1696, la quale, chiamata a pronunciarsi in tema di cessione di alloggi di edilizia economica e popolare, ha avuto modo di osservare che l'attività degli organi preposti alla determinazione del prezzo da applicare all'assegnatario è regolata non tanto nell'interesse degli enti, quanto al fine di ottenere quell'equo contemperamento tra l'esigenza pubblicistica di natura assistenziale e quella, anch'essa di pubblico interesse, volta a scongiurare qualsivoglia intento speculativo e a contenere il prezzo di cessione entro i limiti non inferiori al costo reale di produzione degli alloggi, pur procurando di renderlo il più possibile vantaggioso e ridotto, come si ricava dagli artt. 4 e 6 l. 27 aprile 1962, n. 231. L'ente proprietario dell'alloggio non può pretendere dall'assegnatario un corrispettivo superiore a quello risultante dall'applicazione delle norme, così come il cessionario non può pretendere di pagare un prezzo inferiore al costo reale di costruzione dell'alloggio, dal momento che ciò, determinando l'impossibilità di reintegrare le fonti di finanziamento, finirebbe con il pregiudicare l'interesse pubblico allo sviluppo dell'edilizia popolare. In senso conforme, Cass., Sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, *ivi*, 1983,

6. *Violazione diretta di norme imperative e inserzione automatica di clausole*.

Accanto alle norme imperative proibitive, precettive ed ordinative, secondo la distinzione fatta nei paragrafi precedenti, si collocano le c.dd. norme imperative positive[66], quelle norme cioè che regolano un particolare aspetto contenutistico del regolamento contrattuale – il prezzo – prescindendo, se non addirittura contravvenendo, da e a quello che le parti possono avere pattuito. Si tratta di un modo di atteggiarsi del tutto peculiare delle norme imperative in materia contrattuale, scaturito dal processo di industrializzazione, produzione e massificazione dei bisogni e dei consumi.

La libertà di contrattare viene in tal modo limitata, piegata ad esigenze di natura collettiva: già nei primi anni del 1900, erano numerosi i settori del diritto privato – diritto del lavoro, diritto agrario, diritto delle locazioni – caratterizzati da una considerevole diffusione di precetti imperativi che, sacrificando eccezionalmente il potere di autoregolamentazione dei privati, confluivano verso forme sempre più frequenti di eteronomia. Bisognerà attendere l'entrata in vigore del codice del 1942 e con questo dell'art. 1339 c.c. perchè tale meccanismo di sostituzione automatica di clausole e parti del contratto in contrasto con norme ad applicazione necessaria possa dirsi positivizzato. Va peraltro precisato che la norma in esame può operare anche laddove le parti nulla abbiano previsto a riguardo, assolvendo così ad una funzione di integrazione, pur sempre coattiva ma di tipo suppletivo, del regolamento contrattuale[67].

Diverse sono ancora oggi le posizioni teoriche in merito al fondamento della norma.

I, c. 1081 e Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 282, secondo cui le previsioni legislative sulle regole di determinazione del prezzo da applicare all'assegnatario sono norme imperative finalizzate a tutelare i principi di ordine pubblico. In particolare, la Suprema Corte ha sottolineato come il pagamento di un giusto corrispettivo da parte dell'assegnatario possa favorire lo sviluppo dell'edilizia economica, la costruzione di nuovi alloggi e, in definitiva, l'accesso di tutti i cittadini alla proprietà privata del bene casa (art. 42 cost.). In ragione di ciò, il contratto che preveda la pattuizione di un prezzo superiore o inferiore a quello previsto dalla legge dovrà reputarsi nullo. Analogamente, il contratto è nullo qualora venga violata la norma che detta le regole per l'individuazione del soggetto assegnatario dell'alloggio: la suddetta disposizione è infatti posta al fine di garantire l'interesse di ordine pubblico a che esista un reale bisogno abitativo.

[66] Così G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 166.

[67] Per una più ampia disamina dell'argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 471; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 407 ss.; G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 505; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il Contratto*, Trattato a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cass., 21 gennaio 1985, n. 224.

Una prima tesi ritiene che la disposizione sulla sostituibilità delle clausole sia diretta espressione del più generale principio di conservazione del contratto[68]: il legislatore, nell'esclusivo interesse dei contraenti, ha ritenuto preferibile mantenere in vita il contratto, ancorché coattivamente modificato. Una diversa soluzione avrebbe infatti posto nel nulla qualsivoglia spostamento di ricchezza, dal momento che tanto in mancanza di una espressa manifestazione di volontà quanto in presenza di una manifestata volontà contraria il contratto sarebbe stato affetto comunque da nullità, perché rispettivamente lacunoso o contrastante con una norma imperativa circa un requisito essenziale.

Ad avviso di altri autori, invece, l'art. 1339 c.c. integrerebbe una peculiare forma di reazione dell'ordinamento all'abuso contrattuale perpetrato dal contraente economicamente più forte ai danni del contraente debole. In altri termini, la disposizione in esame risponderebbe all'esigenza, oggi sempre più pressante, di ricondurre il contratto ad una perfetta simmetria normativa.

Secondo una variante di tale ultimo indirizzo, la funzione sanzionatoria dell'articolo in questione corrisponderebbe alla logica della prevalenza dell'interesse generale sugli interessi individuali delle singole parti del contratto[69].

Un'ulteriore ricostruzione dottrinale vede nell'art. 1339 c.c. uno strumento mediante il quale realizzare un equo contemperamento tra l'interesse pubblico, soddisfatto dall'integrazione coattiva del contenuto economico del contratto, e l'interesse particolare dei contraenti, i quali beneficiano della conservazione dello scambio di ricchezza[70].

Resta ora da definire l'ambito oggettivo di operatività della noma. È opportuno sottolineare il contenuto atipico dell'art. 1339 c.c., che non contiene una elencazione tassativa delle ipotesi applicative, risultando piuttosto riferibile ad una serie indefinita e aperta di casi, indicati a mero titolo esemplificativo[71]. In tal senso, appare emblematica anche la scelta del legislatore di impiegare il termine «clausola» nella parte introduttiva della disposizione, termine alquanto generico e dunque suscettibile di ampia interpretazione.

Per un migliore inquadramento dell'area entro la quale la norma è chiamata ad operare, occorre interrogarsi sul significato da attribuire al termine «legge», termine anche questo contenuto nella disposizione *de qua*. Il numero dei casi riconducibili nell'alveo dell'art. 1339 c.c. è infatti più o meno ampio a seconda che il termine «legge» venga inteso in senso sostanziale, ricomprendendo

---

[68] Di tale opinione, E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 352.

[69] Sull'argomento, cfr., in particolare, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 227.

[70] Interessante è lo studio di M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 183.

[71] In tal senso, M. CASELLA, *o.c.*, p. 171.

anche quegli atti che pur non avendo forma hanno sostanza di legge, ovvero in senso meramente formale. La giurisprudenza, in modo pressoché unanime, ha sempre ritenuto che fosse intenzione del legislatore attribuire al termine «legge» una valenza sostanziale, una portata più ampia. In tale contesto, non è da escludere che anche un provvedimento amministrativo, cui la legge attribuisce il potere di statuire in materia predeterminandone i criteri direttivi e i limiti di massima per il suo esercizio, possa assumere valore di legge in senso sostanziale[72].

L'inserimento nel codice del 1942 di una disposizione come quella di cui all'art. 1339 c.c. ha determinato l'inevitabile messa in discussione della classica nozione di contratto quale massima esplicazione della libertà contrattuale e dell'autonomia privata; tuttavia, non è mancato chi, nel tentativo di difendere la tradizione, ha etichettato sotto il nome di eccezione il *modus operandi* proprio delle norme imperative positive, ostinandosi a vedere la regola nella libera manifestazione dell'autonomia privata sull'intero contratto[73].

È innegabile che la trasformazione del contesto storico-culturale e la conseguente nascita di un sistema economico moderno hanno portato con sé il sorgere di nuove esigenze, di cui l'art. 1339 c.c. si fa carico. Quest'ultimo costituisce l'esempio emblematico di come l'economia influenzi il contratto e la sua disciplina, testimoniando al contempo il passaggio da una fase storico-politica ad un'altra: la regolamentazione imperativa dei contenuti economici del contratto, che in epoca precedente costituiva l'eccezione, diventa ora esperienza quotidiana[74]. La stessa giurisprudenza, pur attribuendo all'art. 1322 c.c. e all'autonomia contrattuale che questo riconosce ai privati un ruolo basilare all'interno del sistema, osserva come tale libertà non possa definirsi assoluta, dovendosi esplicare nei limiti imposti dalla legge (art. 1322, comma 1, c.c.) e dall'art. 41 cost., commi 2 e 3[75]. In tale ottica, l'art. 1339 c.c. costituisce proprio una delle deroghe previste dall'ordinamento al principio dell'autonomia contrattuale.

Il meccanismo attraverso cui operano le norme imperative positive non deve destare particolari preoccupazioni o perplessità; sono lo stesso codice civile e le norme costituzionali ad attribuire alla libertà contrattuale quel carattere di relatività che per lungo tempo è stato oggetto di numerose

---

[72] Cfr. Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1237. In dottrina, v. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1958, p. 88.

[73] In tal senso, G.B.FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 335.

[74] Di tale avviso, M. CASELLA, *o.c.*, p. 135 s.

[75] Cfr. Trib. Lucca, 29 aprile 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 239, che nel fare qualche breve osservazione in ordine al sistema di valori che l'ordinamento accoglie in tema di autonomia contrattuale, sottolinea come la norma fondamentale al riguardo, l'art. 1322 c.c., sia formulata in modo tale da «evocare un problema di coordinamento e di ripartizione di ruoli tra i privati e l'ordinamento nella determinazione del contenuto e degli effetti dell'atto di autonomia».

questioni dogmatiche. Figure come quella del contratto imposto, istituti come quello della inserzione per legge di precetti inderogabili nel contenuto del contratto, trovano oggi una piena legittimazione nel nostro sistema ordinamentale. Alla vecchia nozione di contratto quale regno esclusivo dell'autonomia privata è succeduta una nuova nozione: il contratto non è più espressione di soli interessi privati, divenendo un contenitore nel quale confluiscono altresì interessi pubblici o collettivi. Il contratto diventa, dunque, il frutto impuro, contaminato, dell'autonomia privata[76].

[76] L'espressione è di F. DI MARZIO, «*Norme imperative*», cit., p. 178.

CAPITOLO II

VIOLAZIONE DIRETTA DELLE NORME IMPERATIVE E FRODE ALLA LEGGE NELL'ESPERIENZA STORICO-COMPARATISTICA

SOMMARIO: ▪Sezione I. *Esperienza storica*▪ – 1. Autonomia privata, illiceità e frode alla legge. – 2. *Contra legem agere* e *in fraudem legis agere* nel diritto romano e intermedio. – 3. Frode alla legge, tecniche ermeneutiche e codificazioni ottocentesche. – 4. Frode alla legge e codice civile del 1865. – 5. Considerazioni critiche. – ▪Sezione II. *Esperienza comparatistica*▪ – 1. Frode alla legge e ordinamenti che non recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Francia. – 1.1. Germania. – 2. Frode alla legge e ordinamenti che recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Spagna e Portogallo. – 3. Frode alla legge e ordinamenti di *common law*: Stati Uniti e Gran Bretagna.

SEZIONE I

ESPERIENZA STORICA

1. *Autonomia privata, illiceità e frode alla legge.*

Nel primo capitolo si è dato conto della violazione diretta di norme imperative e delle conseguenze di tale violazione, anche in ragione della natura delle norme che si assumono violate.

Tuttavia, la violazione delle norme imperative non sempre è per così dire «diretta». Ed anzi l'*ars stipulatoria* dei privati e la prassi giurisprudenziale testimoniano come il ricorso a tecniche fraudolente miranti ad eludere l'applicazione di una norma sia assai comune e ciò al principale fine di non incorrere nelle conseguenze previste dall'ordinamento per la contrarietà dell'agire dei privati alle norme imperative.

Del resto, la frode alla legge rappresenta uno dei numerosi esempi che provano la matrice sociale del diritto positivo. È nella natura dei soggetti cercare di aggirare tutto ciò che si oppone alla realizzazione dei risultati prefissati, ancorché i limiti posti dall'ordinamento siano finalizzati alla tutela di interessi di carattere generale. Ciò che conta è il soddisfacimento di un'utilità egoistico-individuale, da qui la preoccupazione di forgiare singoli strumenti ovvero, come accade il più delle volte, complesse operazioni negoziali che riescano a violare in maniera indisturbata le norme. Una violazione di legge che si realizzi in modo palese e manifesto – o come si è detto nel precedente capitolo in maniera «diretta» – non sfugge alle sanzioni predisposte dall'ordinamento, ecco perché i soggetti cercano piuttosto di violare la norma in maniera indiretta e per così dire «invisibile», mediante strumenti che *prima facie* risultino pienamente conformi allo stretto diritto positivo.

L'esperienza diacronica e sincronica del concetto di frode alla legge rende pertanto necessaria una ricostruzione storico-comparatistica, non come indagine fine a sé stessa ma come analisi rivolta a svelare le ambiguità strutturali e funzionali di tale concetto. Dottrina, prassi e giurisprudenza si misurano infatti con una normativa codicistica che offre una trama talmente scarna, quando non addirittura incerta, da rendere essenziali e i riferimenti storici, da cui ancòra originano fondamentali questioni interpretative, e i riferimenti comparatistici, entro cui va inquadrata la tendenza all'uniformazione di un diritto privato europeo. Del resto, è risaputo che la comparazione di altri ordinamenti col proprio consente di riguardare gli istituti esaminati anche da prospettive inusuali; com'è risaputo che la ricostruzione storica talvolta chiarisce l'inadeguatezza odierna di concetti e regole.

2. Contra legem agere *e* in fraudem legis agere *nel diritto romano e intermedio*.

La terminologia ed una prima concettualizzazione della frode alla legge risalgono all'epoca romana[77]; i molteplici casi trattati, specialmente in età classica, testimoniano come anche gli interpreti di quel tempo dovettero confrontarsi con tale fenomeno.

Tuttavia, l'analisi delle principali fonti in materia di frode denota in maniera evidente come l'approccio all'istituto *de quo*, seppur pregevole, fosse basato sull'esame di concetti alquanto generici[78]: l'elusione si risolveva

---

[77] Emblematica è la rappresentazione che R. VON. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, § 57, p. 362 ss., fa della frode alla legge nell'esperienza romana: «La stessa arte che proteggeva il diritto, che l'aiutava nel suo progresso e nel suo perfezionamento, serviva nella vita anche ad eludere le sue disposizioni, a scansarle o a paralizzarle. Ai sotterfugi che scienza s'ingegnava di trovare per raggiungere fini leciti, corrispondevano i sotterfugi di cui si serviva la vita per raggiungere fini illeciti. L'astuzia romana era ingegnosa nello scoprire tali sotterfugi; non appena uno era reso impossibile, subito ne era scoperto un altro; non appena la legge lo scovava da un nascondiglio, subito s'impadroniva di un altro […]. Nessun rapporto fu escluso da questa fraudolenta utilizzazione, nulla era sacro, né il matrimonio, né la parentela, né l'onore; non vi fu un istituto giuridico che non fosse trascinato nella polvere al fine di raggiungere qualche scopo inconfessabile e spesso, senza saperlo, perfino la giustizia fu costretta a cooperare al conseguimento di scopi illegali mediante processi concertati in precedenza».

[78] «*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*» (D. 1, 3, 29: PAULUS, *libro singulari ad legem Cinciam*).

«*Fraus enim legi fit, ubi quod (lex) fieri noluit, fieri autem non vetuit; id fit; et quod distat ῥήτὸν απὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit*» (D. h.t., 30: ULPIANUS, *libro IV ad edictum*).

In modo sostanzialmente analogo: «*Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas le gibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva prerogativa verborum fraudolenter excusat –nullum enim pactum, nullam conventionem, nullim contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente*» [C. 1, 14, 5 pr.: *Theodosius et Valentinianus Florentio P.P.* (a.439)].

sostanzialmente nel contrasto tra *verba* e *voluntas* o *sententia legis*. Ciò dimostra il diverso modo di apprestarsi alla frode dei giureconsulti romani rispetto ai pandettisti e alle correnti dottrinali che si sono succedute fino ai giorni nostri. Né possono condividersi le opinioni contrarie espresse al riguardo dai romanisti[79], frutto probabilmente dell'erronea applicazione di categorie e concettualizzazioni proprie del diritto moderno a nozioni e definizioni contenute nelle fonti romane, con la conseguenza di attribuire a queste significati del tutto fuorvianti e oltremodo differenti da quelli effettivi.

Si deve al lavoro della giurisprudenza romana la oramai tradizionale distinzione tra *contra legem agere* e *in fraudem legis agere*, ovvero l'importantissimo distinguo tra violazione diretta della lettera della legge e violazione fraudolenta della norma imperativa, che si risolve in un'operazione rispettosa dei *verba* e, solo apparentemente, dello spirito della legge. Tale *discrimen* era il risultato di una visione nomopoietica della regola; in tale ottica, la *fraus legi* faceva parte dell'*ethos* del sistema, al pari dell'*aequitas* e sostanzialmente anche della *bona fides*, era cioè un modo di leggere le norme che tenesse conto e della componente letterale e di quella teleologica. Rimaneva estranea al mondo romano la preoccupazione di attribuire alla frode una impostazione unitaria[80], la stessa attività dei compilatori giustinianei, i quali hanno estrapolato taluni passi dai numerosi casi pratici al fine di fornire una definizione generale della *fraus legi*, era probabilmente mossa più da finalità scolastiche che da esigenze di metodologia scientifica[81]. L'accoglimento di un criterio interpretativo di tipo funzionale consentiva di ampliare notevolmente il campo oggettivo e soggettivo di applicazione della norma imperativa, permettendo così di sanzionare quelle operazioni che pur rispettando il dato formale della legge ne violavano lo spirito. La giurisprudenza romana finiva pertanto con l'identificare il fenomeno della frode alla legge con un problema risolvibile mediante un corretto utilizzo dello strumento interpretativo: la lotta alle elusioni non necessitava della creazione di una figura giuridica autonoma, era sufficiente a tal fine il ricorso alla pratica dell'interpretazione «secondo lo spirito»[82].

---

[79] Reputa che la compilazione giustinianea contenesse già una nozione unitaria di frode alla legge G. PACCHIONI, *Sull'*«in fraudem legis agere», in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 332.

[80] Così G. ROTONDI, *Atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, p. 8.

[81] Di tale avviso, U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 13; e G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 4.

[82] In tal senso, G. D'AMICO, *o.c.*, p. 11 s., ad avviso del quale «la frode alla legge, così come intesa dai giureconsulti romani, altro non è che un'applicazione del principio secondo cui l'interprete deve sempre ricercare ed applicare la *sententia* non i *verba legis* e, in caso di contrasto, dare la prevalenza alla prima». Per una conferma di tale assunto, v. l'accurata analisi di B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey, Paris, 1968, p. 149 ss., dei seguenti frammenti del Digesto: D. 29, 4, 26 pr. Pap. 16 *quaest.:Iulianus scribit patrem, qui filiam sibi substitutam iussit hereditatem, legata quae ab ipso data sunt*

La dottrina romana dell'interpretazione, di cui i brani di Paolo e Ulpiano sono diretta espressione, è stata poi ripresa in maniera per lo più pedissequa durante il medioevo e il rinascimento. In tali epoche gli autori si sono limitati a spiegare e a commentare i passi contenuti nel Digesto, senza fornire alcun apporto al processo di concettualizzazione del fenomeno della frode alla legge, il quale non può farsi risalire che ad epoca relativamente recente. Non sono mancati, tuttavia, autori che nell'esplicare il significato di taluni brani del Digesto si sono imbattuti in questioni molto interessanti e tuttora dibattute in dottrina; si pensi, in tal senso, al distinguo e al rapporto tra l'istituto della frode alla legge e quello della simulazione[83].

Frattanto il concetto di *fraus* veniva ancor più generalizzato e ricondotto alla nozione di *dolus*[84], la frode era qualificata come un comportamento

---

ex sententia edicti praestaturum […]. L'editto *Si quis omissa causa testamenti* prevedeva una formula fittizia contro il chiamato che, istituito erede e gravato di legati, avesse utilizzato la sua condizione di chiamato *ex lege* al fine di acquistare la successione senza dover adempiere ai legati. Il caso esaminato da Giuliano non rientrava *stricto iure* nella situazione prevista dall'editto, dal momento che il chiamato, istituito in un testamento che prevedeva una sostituzione in favore della figlia, aveva semplicemente rinunciato all'eredità facendo subentrare la figlia, senza pertanto integrare una *omissio causa testamenti*. Giuliano affermava tuttavia l'applicabilità della norma contenuta nell'editto al caso in questione: il chiamato, rinunciando all'eredità e facendo subentrare la figlia aveva infatti conseguito il risultato di far cadere i legati e, al contempo, di rimanere di fatto padrone della successione attraverso la mediazione della figlia, violando così la *sententia edicti*.

- D. 48, 16, 1 par. 13 Marcian. *l. sing. ad SC Turpillianum. Incidit in hoc senatus consulto et qui accusatorem summittit aut instigat aut qui mandat alicui et instruit eum ad accusationem capitalem […] verum hunc, qui hoc ministerio usus est ad mandandam accusationem, non ex verbis sed ex sententia senatus consulti puniri Papinianus respondit […]*. Il SC Turpilliano puniva la *temeritas* degli accusatori anche quando costoro, invece di formulare l'accusa personalmente, avessero istigato a tal fine un terzo o gli avessero dato incarico di formulare l'accusa. Papiniano dichiara punibile *ex sententia senatus consulti* il comportamento di chi prendeva l'iniziativa dell'accusa utilizzando un ulteriore intermediario nelle trattative con il proprio mandatario.

[83] Gl. contra, ad l. 29, D. 1 3: «*Fit fraus legi quandoque de re ad rem, uti si quis det filio familias aliud quam pecuniam mutuo, ut infra ad Macedon. l. item si filius familias § mutui; quandoque de persona ad personam, ut si vir volens donare uxori supponat alium qui donet, ut infra de don. inter virum et uxorem l. si sponsus in principio; quandoque de uno contractu in alium contractum, ut si vir volens uxori donare commentus sit venditionem in fraudem legis, ut infra de don. inter vir et ux l. si sponsus § circa; quandoque de uno contractu ad eundem contractum, sed eodem modo faciendum, ut si mulier volens intercedere colorem qaesivit et convenit ut cum ipsa potius contraheretur, ut infra ad Vellej. l. quam vis § si cum essem*».

[84] (*Gl. fraudandi*, ad. l. 7, D. 2, 14). Il significato della parola frode ha subito un'importante evoluzione nello stesso mondo romano, ove si è assistito all'identificazione della frode col dolo, dopo che il significato della prima ebbe compiuto la propria evoluzione da «danno» a «inganno». Ad avviso di I. PFAFF, *Zur Lehre von sogenannten «in fraudem legis agere»*, Vienna, 1892, § 8, p. 65, lo scambio di significato ha avuto inizio già nell'età repubblicana. Sul punto cfr., in particolare, G. PACCHIONI, *Sull'*«in fraudem legis agere», cit., p. 333, il quale osserva come «il significato originario della parola *fraus*» possa ricollegarsi «alla radice greca *Opau*, che non implica che l'idea di rottura, violazione o danno». L'a. individua nel diritto romano due tendenze circa la nozione di frode alla legge: la prima, propria del diritto classico, che

contrario a buona fede finalizzato al perseguimento di un vantaggio ingiusto. Da qui l'origine del celebre brocardo *fraus omnia corrumpit*, destinato ad avere numerose applicazioni nel diritto francese attuale. La frode così intesa veniva inquadrata nell'ambito della *fraus pauliana* e al pari di questa, che subordina la esperibilità dell'azione revocatoria all'accertamento del *consilium fraudis*, assumeva una spiccata connotazione soggettivistica.

3. *Frode alla legge, tecniche ermeneutiche e codificazioni ottocentesche*.

La fase di mera descrizione della tradizione romana venne superata solamente a partire dalla metà del XIX secolo, periodo in cui gli interpreti, soprattutto in Germania, iniziarono a fornire importanti tributi al problema delle elusioni mediante uno studio critico del fenomeno e una rielaborazione autonoma delle fonti[85]. Di minore interesse scientifico si rivelarono, invece, le

---

prescinde dall'elemento intenzionale; la seconda, sorta probabilmente nel periodo postclassico e giustinianeo, che accentua quest'elemento, elevandolo a requisito della frode stessa. Sull'evoluzione del significato della parola *fraus*, v. anche G. ROTONDI, *Atti in frode alla legge*, cit., p. 17; L. BOVE, *Frode (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 631, secondo cui si parlerebbe, «di *fraus* per indicare il disegno malizioso e truffaldino […] riavvicinando, anche nel ricordo, *fraus* a *dolus*».

[85] Di fondamentale importanza i contributi di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol I, Berlin, 1840, § 50, p. 324 ss.; e H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, § 65, p. 159 ss. La copiosa produzione scientifica in materia di frode alla legge nel periodo che va dalla metà del XIX secolo fino alla prima guerra mondiale è sostanzialmente riconducibile a tre grandi filoni: per quello dei romanisti, che si dedicarono con dovizia di particolari all'analisi dei numerosi casi pratici del diritto romano, si vedano, in particolare, I. PFAFF, *o.c.*; P. NEFF, *Beiträge zur Lehre vom* «Fraus legi facta», in *den Digesten*, Berlin, 1895; W. WETTE, *Mental reservation, Simulation und agere in fraudem legis*, Greifswald, 1900; MAGEN, *Agere in fraudem legis*, Breslau, 1911; G. ROTONDI, *o.c.*; LEDERMANN, *Die Gesetzesumgehung in romischen und burgerlichen Rechts*, Hirschberg, 1912; L. FASCIONE, Fraus legi. *Indagine sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983. Per quello in materia di vendita a scopo di garanzia, di divorzi all'estero e frodi pie cfr. LINKELMANN, *Die Sichereitsübereignungen*, AbR, 1893, p. 216 ss.; P. FEDOZZI, *La frode alla legge nel diritto internazionale privato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, p. 77 ss.; D. ANZILOTTI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell'Aja*, Bologna, 1908; G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909; MOSCATO, *La frode alla legge in materia di patto commissorio ed i suoi effetti*, in *Legge*, 1910, p. 2127. Per un approccio più generale all'istituto, O. BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München und Leipzig, 1883, p. 57 ss.; HOFFMANN, *Der Begriff des Gesetzsumgehung*, Berlin, 1905. In Italia si vedano soprattutto, G. MESSINA, *Sulla frode alla legge nel negozio giuridico di diritto privato*, in *Circolo giur.*, XXXVIII, 1907, p. 211 ss.; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909, p. 68 ss.; G. PACCHIONI, *o.c.*, p. 332 ss. In epoca più recente si vedano E.H. PERREAU, *Des attenuations par actes juridiques aux lois imperatives et prohibitives*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1923, p. 291; H. DESBOIS, *La notin de la fraude à la loie et la jurisprudence francaise*, Paris, 1927; J. WALKZ, *Zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung*, Köln, 1938; F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, Paris, 1957. Nel nostro

opere degli autori francesi, i quali nel commentare il codice napoleone preferirono soffermarsi più sullo studio di questioni applicative specifiche, quali il patto commissorio ovvero gli acquisti di corporazioni religiose, che tentare una ricostruzione unitaria dell'istituto in esame[86].

---

paese debbono tenersi presenti i lavori di P. COGLIOLO, *In fraudem legis*, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1940, p. 430 ss.; L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, ID., *Frode alla legge*, *voce del Nov. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 647 ss.; G. OPPO, *Recensione a Carraro*, *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 177; A. CESSARI, *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1071 ss.; in materia di società c.dd. di comodo, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, p. 23 ss.; ID., *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 462 ss.; ID., *Simulazione e nuove funzioni delle società anonime*, in *Giur. it.*, 1930, IV, 265 ss.; sul tema delle vendite a scopo di garanzia, S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss.; e C.M. BIANCA, *Il diivieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 249 ss.

[86] La tecnica della frode alla legge era nota all'esperienza francese già nell'*ancien droit*, ma tanto Cujas che Pothier si erano limitati a tradurre o parafrasare i due famosi passi di Paolo e Ulpiano, senza prestare particolare attenzione all'argomento. Un impiego effettivo dell'istituto si era avuto solamente a partire dal XVIII secolo, probabilmente su influenza dei trattatisti olandesi. È stato in quel periodo, soprattutto con riferimento al diritto internazionale privato, che si è incrementato il ricorso alla tecnica in esame, cambiando il domicilio e la nazionalità al fine di eludere le forme richieste per il matrimonio o il testamento. Da qui il formarsi di un considerevole numero di decisioni e precedenti, poi ripresi dalla giurisprudenza del XIX secolo, e la creazione di un indirizzo sulla frode alla legge che, via via fino ai giorni nostri, è divenuto sempre più autorevole e consolidato. Le applicazioni al diritto civile sono state abbastanza numerose, tuttavia soltanto fino agli inizi del secolo, con la conseguenza che le pronunce reperibili attengono per lo più a casi sorti in un sistema economico-sociale di gran lunga differente rispetto a quello odierno, un sistema connotato da una economia agricola e da una società borghese, attenta a conservare il patrimonio di famiglia di generazione in generazione per tramandarne i privilegi. Tra i tanti casi affontati dalle Corti francesi con riferimento alla frode alla legge nel settore del diritto internazionale privato, merita di essere ricordato quello Bauffremont-Bibesco. La principessa de Bauffremont, francese per matrimonio, si era fatta naturalizzare tedesca nel ducato di Saxe-Altenbourg, ottenendo così il divorzio, non ammesso a quell'epoca in Francia; aveva poi sposato in seconde nozze il principe rumeno Bibesco. Citata dinanzi ai tribunali francesi dal primo coniuge per invalidità del secondo matrimonio, la principessa aveva resistito eccependo la perdita della nazionalità francese e la libertà di stato acquisita in Germania. I giudici francesi, però, ravvisando nella rapidità del procedimento la premeditazione e lo scopo esclusivo della convenuta di sfuggire alla legge francese, avevano concluso per la inefficacia tanto dell'acquisto della cittadinanza straniera quanto della sentenza di divorzio (Cass., 18 marzo 1878, in *Dalloz*, 1878, I, 201, con nota di J.E. LABBÈ, in *Sirey*, 1878, 1, 193). Degno di menzione sembra anche l'*affaire* Solari. Un cittadino francese, per eludere l'obbligo di prestare servizio militare, si era volontariamente arruolato 48 giorni prima in Svizzera e aveva invocato successivamente una legge in forza della quale chi prestava servizio all'estero perdeva la cittadinanza francese e i relativi obblighi. In quell'occasione, però, la Corte, accertato che il Solari si era recato in Svizzera al solo scopo di sottrarsi al servizio militare continuando a godere nel frattempo dei benefici conseguenti ad un soggiorno in Francia, lo aveva dichiarato ancora soggetto alla legge francese (App. Chembéry, 2 maggio 1908, in *Sirey*, 1908, 2, 312). La tendenza a trattare con particolare severità le frodi emerge anche dal

L'idea, propria dell'epoca romana e di quella medioevale, di poter risolvere le problematiche connesse al fenomeno dell'elusione facendo ricorso ad un corretto uso dello strumento interpretativo aveva poi trovato numerosi sostenitori[87].

Tale linea di pensiero, probabilmente frutto del forte scetticismo nei confronti dell'esistenza di un autonomo problema di frode alla legge, al di là della errata impostazione metodologica della questione, non è ad ogni modo idonea a garantire una tutela effettiva dalle operazioni fraudolente. Negare autonomia alla *fraus legi* equivale a rinunciare a sanzionare quelle condotte che pur svuotando di contenuto la norma imperativa interessata non sono tuttavia riconducibili nell'alveo di questa, seppure estensivamente interpretata. Non solo, ritenere fraudolente quelle operazioni che risultano passibili di sanzione sulla base di una mera interpretazione sia pure estensiva della norma che si ritiene elusa significa qualificare come elusivi quei comportamenti che andrebbero invece inquadrati nella categoria del *contra legem agere*[88]. Senza dimenticare che l'accoglimento di tale teoria si scontra con la questione relativa ai limiti dell'interpretazione estensiva delle norme; sebbene sia oramai pacifico che «*scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim et potestatem*», si discute tuttavia se ed entro quali spazi sia possibile ampliare l'ambito di riferimento delle disposizioni imperative che si ritengono indirettamente violate.

Al di là della condivisibilità dell'orientamento che riduce la frode alla legge a una mera questione interpretativa, per l'importanza che tale tesi ha rivestito e riveste nelle elaborazioni dottrinali, occorre ripercorrere il rapporto tra frode e interpretazione alla luce dei diversi movimenti di pensiero che hanno riguardato le tecniche interpretative. Peraltro, sul finire del XIX secolo, tali movimenti hanno dato avvio a un procedimento di rinnovazione delle stesse tecniche, rivalutando il ruolo degli operatori del diritto e fornendo loro strumenti di valutazione delle leggi profondamente differenti da quelli propri della tradizione imperante nell'Europa continentale, caratterizzata da un rigido normativismo e da un profondo dogmatismo.

---

caso West-Canadian, in cui la Corte ha avuto modo di affermare che le società devono soggiacere alla legge del luogo in cui si riunisce il consiglio di amministrazione, laddove si provi che la scelta della sede legale, sia pur effettiva, sia stata dettata dal solo scopo di frodare la legge (Trib. Lille, 21 maggio 1908, in *Dalloz*, 1910, 2, 41, con nota di PERCEROU). In dottrina, sulla frode alla legge nel diritto internazionale privato, cfr. H. HUBER, *De iure civitatis libri tres*, Francifurti-Lipsiae, 1752, libro III, sez. IV, cap. I, nn. 28-29; J. VÖET, *Commentari ad Pandectas*, vol. II, Venetiis, 1828, *De Statutis*, n. 14; P. ARMINJON, *La fraude à la loi en droit international privé*, in *Clunet*, 1920, p. 409 ss.; J. PERROUD, *La fraude à la loi en droit international privé*, in *Clunet*, 1926, p. 18 ss.; J. MAURY, *L'eviction à la loi normalement compètente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952; J.P. NIBOYET, *Cours de droit international privé*, Paris, 1947.

[87] In questo senso, G. ROTONDI, *Atti in frode alla legge*, cit., p. 126; G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi*, cit., p. 11.

[88] Del medesimo avviso, TEICHMANN, *Die Gesetzesumgehung*, Göttingen, 1962, p. 11.

Il processo di codificazione avviato in Francia e proseguito in Germania trovava il suo sostrato ideologico nella teoria della separazione dei poteri e nell'ideologia del c.d. positivismo giuridico. La stessa codificazione tedesca del 1900 è frutto di una pregevole attività scientifica di ammodernamento del *corpus juris* giustinianeo, basata sulla creazione di categorie e nozioni generali. Ancora oggi paesi come l'Italia e la Spagna soffrono il peso di una tradizione protesa a risolvere le questioni di interesse pratico mediante l'utilizzo di categorie e schemi universalmente validi all'interno del sistema, nonché di una concezione che vede l'interprete quale fedele esecutore del testo di legge.

A partire dalla codificazione del 1804 molti autori francesi, probabilmente mossi da esigenze di insegnamento e in parte di riordino sistematico, crearono una ingente produzione trattatista, gettando le basi per l'affermazione di un clima culturale caratterizzato da un'impronta rigidamente positivistica. Tali produzioni scientifiche rappresentavano una chiara espressione di quell'ideologia fondata sul rispetto assoluto del testo di legge e sulla riduzione del diritto al solo diritto scritto, tipica degli autori successivamente etichettati da Julien Bonnecase come «scuola dell'esegesi»[89].

In tale periodo la dottrina francese propugnava una tecnica interpretativa analitica, attenta al dato letterale, alla divisione in commi e alla connessione tra articoli diversi. Tale concezione, vuoi perché basata su argomentazioni adeguatamente convincenti, vuoi perché idonea al raggiungimento dell'obiettivo della certezza del diritto, aveva trovato ben presto molti sostenitori. Alla base di un tale successo stavano anche ragioni di carattere politico: nel codice napoleone erano stati trasfusi gli interessi della nuova classe borghese postrivoluzionaria di cui i commentatori facevano parte.

La necessità di tecniche interpretative che lasciassero un più ampio margine di valutazione delle norme all'interprete non tardò ad arrivare; le esigenze politiche, economiche e sociali, di cui le codificazioni erano diretta espressione, avevano iniziato a mutare e a ciò aveva fatto seguito il progressivo distacco di tali compilazioni dalla realtà concreta e la crisi dell'assunta completezza di queste.

Diversi erano stati i tentativi da parte dei giuristi dell'Europa continentale di individuare criteri ermeneutici che permettessero un'interpretazione ampia delle norme, nonché vere e proprie integrazioni delle stesse, e al contempo fossero compatibili con il sistema ordinamentale, volto a scongiurare l'esercizio da parte del giudice di un ampio potere arbitrario. In tale ottica si era posto quel movimento, sorto verso la fine del XIX secolo sulla scia

---

[89] J.BONNECASE, *L'ècole de l'exégése en droit civil*, Paris, 1924; ID., La *pensée juridique francais de 1804 à l'heure présente*, vol. I, Paris, 1933, p. 303 ss. Cfr. anche E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 1935; L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, p. 174.

dell'insegnamento di Binding, Wach e Kohler[90], tradizionalmente conosciuto come teoria «oggettiva» dell'interpretazione. Gli ideatori di tale teoria caldeggiavano un approccio alla norma che tenesse conto della *ratio* per la quale la stessa era stata posta in essere dal legislatore, dello scopo che questa si proponeva di raggiungere. Si propugnava una interpretazione teleologica della norma, che attualizzasse il contenuto di questa prescindendo dalla volontà storica del legislatore.

Le medesime finalità avevano animato poi quel movimento che, riprendendo l'ideologia portata avanti dalla dottrina tedesca nel corso dell'ottocento, proponeva di svolgere l'attività ermeneutica e di integrare il contenuto della norma di legge mediante il ricorso a concetti e categorie sistematiche, tutti di elaborazione dottrinale. Peraltro, non erano mancati autori che avevano proposto teorie generali dell'interpretazione[91]. Tali indirizzi di pensiero non erano riusciti tuttavia a realizzare i risultati sperati; la c.d. «teoria oggettiva» dell'interpretazione, dequotando l'indubbia rilevanza di tutto quel materiale idoneo a fornire ulteriori elementi informativi, quali i lavori preparatori, si era infatti rivelata facilmente suscettibile di un uso improprio, volto a mutare di volta in volta il significato e l'ambito applicativo della disposizione di legge a seconda delle ideologie politiche in concreto perseguite. L'attività ermeneutica dell'interprete, così concepita, non si prestava ad alcun controllo, agevolando l'ingresso surrettizio nel nostro sistema ordinamentale di un potere arbitrario del giudice, occultato dall'impiego di schemi formali avanzati[92]. La stessa elaborazione di una teoria generale dell'interpretazione aveva deluso le aspettative; essa si era rivelata priva di una rilevanza pratica, in quanto inidonea a fornire ai giudici i criteri guida per l'esercizio della loro funzione, palesandosi come una mera descrizione delle più recenti tendenze ermeneutiche.

Invero, il movimento di pensiero di cui la «scuola dell'esegesi» era espressione e la concezione rigidamente normativistica del diritto con tutte le conseguenze che ne derivavano sul piano della interpretazione delle disposizioni di legge avevano inziato lentamente ad essere superati solo verso i primi anni del Novecento.

---

[90] Cfr., K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, p. 450 ss.; A. WATCH, *Handbuch des deutschen Zivilrecht*, vol. I, Leipzig, 1885, p. 256 ss.; J. KOHLER, *Uber die Interpretation von Gesetzen*, in *Grün. Zeit.* 13, 1886, p. 1-16.

[91] In questo senso, E. BETTI, *Interpretazione della legge*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, 1955; H. COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln und Opladen, 1959.

[92] Tale pericolo fù avvertito da T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, 1959, p. 85 ss.

Il processo di erosione della suddetta ideologia aveva preso l'avvio in Francia[93], dove ben presto aveva trovato il favore della giurisprudenza, la quale, mutando il precedente indirizzo, aveva iniziato a privilegiare un approccio ermeneutico molto più libero, scevro dal dato meramente letterale della disposizione. Nei primi anni venti, la prassi civile francese era pertanto orientata verso una tecnica interpretativa basata sul riconoscimento al giudice di un'ampia autonomia nell'integrare le norme scritte e nel creare diritto nuovo.

La giurisprudenza assunse un ruolo decisivo nell'ambito del processo di superamento della tradizione in Germania, dove un approccio pragmatico al diritto e una concezione ispirata al positivismo sociologico avevano favorito la nascita di un movimento innovativo conosciuto come la c.d. «giurisprudenza degli interessi» e successivamente come «giurisprudenza valutativa». Tale indirizzo rigettava l'adozione di canoni ermeneutici di tipo assiomatico-deduttivi, prediligendo quelli di tipo pratico-induttivi[94]. Si era diffusa pertanto una nuova tecnica di interpretazione, fondata sul presupposto dell'imprescindibilità di una fase valutativa all'interno del procedimento ermeneutico; da qui la valorizzazione e la notevole diffusione dell'utilizzo delle c.dd. «clausole generali». L'abbandono della tradizione nell'ordinamento tedesco non era stato immediato, il definitivo superamento delle antiche ideologie positivistiche si era avuto solamente dopo la seconda guerra mondiale[95]. Il fenomeno di erosione del positivismo giuridico, diversamente da quanto era accaduto in Francia, era stato determinato dalle ricadute negative di tale concezione sul sistema giuridico durante il regime nazista, che aveva utilizzato la stessa per giustificare e rafforzare la propria concezione dello Stato. Tali ragioni, insieme alla crescente attenzione nei confronti degli ordinamenti di *common law*, avevano portato al definitivo recepimento di una nuova concezione dell'attività interpretativa: questa non veniva più intesa come volta al mero reperimento di una norma già contenuta nel sistema, ma come una vera e propria ricerca del precetto.

Il breve *excursus* sulle correnti interpretative che si sono avvicendate nel corso delle diverse epoche si rivela sufficiente per meglio comprendere il peso che il retaggio della tradizione ha avuto sulla elaborazione delle grandi codificazioni ottocentesche. La tradizione romana dell'interpretazione fondata sulla negazione di un autonomo problema di frode alla legge ha costituito la

---

[93] Sul punto, v. L. DUGUIT, *Les transformations du droit privé depuis le code Napoleon*, Paris, 1920; ID., *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. it., dell'edizione pariginia del 1922, Firenze, 1950; ID., *Manuel de droit constitutionnel*, Tomo I, Paris, 1923, p. 154 ss.

[94] Al riguardo, cfr. H. STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, Festgabe Heck, Rümelin, Schmidt, Berlin, 1931, p. 60 ss.

[95] Così G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 29.

base ideologica delle scelte dei compilatori dei codici civili tedesco e italiano, giustificando il mancato inserimento di un'apposita disposizione in materia[96].

4. *Frode alla legge e codice civile del 1865*.

La mancanza nel codice del 1865 di una specifica disciplina della frode aveva indotto la dominante dottrina a ritenere che il fenomeno elusivo fosse un problema circoscritto alla tematica della interpretazione[97].

La frode alla legge veniva considerata un principio generale del sistema, sulla scia della impostazione francese cui il codice del 1865, come si sa, era ispirato. Di frequente, la giurisprudenza faceva ricorso a tale principio al fine di risolvere questioni particolarmente controverse, riguardanti soprattutto la materia del diritto di famiglia, diritto del lavoro e diritto internazionale privato[98].

L'unica disposizione di carattere generale riguardante l'argomento trattato era quella di cui all'art. 1350 c.c., che sanciva la nullità, per presunzione, di taluni atti perché ritenuti in frode ad essa. Si trattava di una presunzione assoluta che produceva, al di là delle ovvie conseguenze sul piano processuale, effetti rilevanti anche sul piano della qualificazione di tali atti come fraudolenti. Ad avviso della migliore dottrina[99], infatti, disporre che da un fatto doveva trarsi l'esistenza di un altro fatto, al quale erano ricondotti determinati effetti giuridici, equivaleva a prevedere che tali effetti derivavano direttamente dal primo fatto. Ne conseguiva che gli atti presuntivamente fraudolenti per espressa previsione normativa andavano inquadrati tra quelli contrari alla legge piuttosto che tra quelli elusivi. In tale ottica, si riteneva, ad esempio, che l'art. 1350, comma 1, facesse riferimento alla disposizione di cui all'art. 773 c.c. '65, ora art. 599 c.c., secondo cui gli atti di liberalità *mortis causa* disposti a favore di persone incapaci sono nulli anche se posti in essere sotto il nome di interposta persona: il capoverso aggiunge che «si reputano persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace». È allora chiaro come le persone indicate nel suddetto capoverso sono

---

[96] Per una critica serrata di tale impostazione cfr. O. BÄHR, *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel, 1892, 113, p. 28.

[97] In questo senso chiaramente G. ROTONDI, *Atti in frode alla legge*, cit., p. 126, il quale nega autonomo rilievo ad un problema di frode alla legge, sostenendo che tutte le ipotesi qualificate come casi di frode alla legge possono essere risolte interpretando la norma elusa in modo più ampio, anche quando le finalità che il negozio persegue sono solo analoghe a quelle proibite. Sul punto, v. anche gli aa. citati da G. D'AMICO, *o.c.*, p. 16.

[98] Al riguardo, cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 505, nota n. 16.

[99] V., per tutti, N. COVIELLO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1924, p. 552.

anch'esse incapaci di ricevere, con la conseguenza che il compimento di un atto di disposizione a loro favore viola direttamente la lettera della legge.

In assenza di un'espressa disposizione in materia di frode alla legge, la dottrina si preoccupava di affrontare il problema facendo ricorso alla distinzione tra «norme formali», che si limitano a vietare il perseguimento di un determinato risultato solo ove tale risultato venga raggiunto mediante una particolare modalità, e «norme materiali»[100], le quali, invece, pur limitandosi a vietare espressamente una determinata forma giuridica, guardano con sfavore al perseguimento del risultato pratico, dello scopo economico, usualmente realizzato mediante la forma considerata.

Si era soliti riconoscere un reale problema di frode solo in relazione alle seconde, sottolineando come l'inosservanza di una disposizione il cui unico scopo era quello di vietare la produzione di un effetto mediante una determinata forma negoziale potesse dare origine solamente a ipotesi di violazione diretta della norma e mai a casi di violazione indiretta o fraudolenta. Il contratto stipulato nella forma negoziale espressamente vietata dalla norma imperativa, infatti, era qualificabile come direttamente illecito, risultando privo del carattere di apparente liceità proprio del negozio in frode alla legge; per converso, il contratto posto in essere in una forma diversa da quella espressamente considerata nella disposizione normativa era da ritenersi lecito, giacchè ciò che risultava vietato non era tanto l'effetto economico derivante dal negozio quanto l'impiego di una data forma per il negozio medesimo. In modo analogo, si riteneva che la frode alla legge non potesse nascondersi dietro quelle norme che proibivano espressamente e in via generale la produzione di un determinato effetto: il negozio eventualmente concluso, produttivo del risultato vietato, sarebbe stato privo, anche in tal caso, di quella parvenza di liceità che connota l'atto fraudolento[101].

Un approccio di tal genere al problema della frode alla legge imponeva di risolvere prioritariamente la questione della individuazione della categoria di appartenenza della norma imperativa che si asseriva violata[102]. In assenza di una formula che permettesse di stabilire in modo oggettivo e universale a quale delle due categorie appartenesse la norma interessata, si reputava necessaria un'indagine di tipo casistico.

---

[100] Al riguardo, v. J. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jhering's Jahrbücher*, XVI, 1878, p. 144, a cui si deve l'individuazione di questa categoria di norme.

[101] Di tale avviso, F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, n. 128, p. 267 s. e N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale,* Milano, 1929, p. 75 s., i quali evidenziano come un'interpretazione grammaticale delle norme che fanno eccezione ai principi generali si sostanzi in una interpretazione monca e difettosa delle norme stesse, in contrasto con ogni principio di logica giuridica.

[102] Interessante appare la critica mossa da G. D'AMICO, *o.c.*, p. 20, il quale osserva come un simile indirizzo sposti il problema della frode senza risolverlo.

5. *Considerazioni critiche.*

In vigenza del codice civile del 1865, l'istituto della frode alla legge era privo di una sua reale autonomia, essendo declassato piuttosto ad un problema facilmente risolvibile mediante una buona attività interpretativa.

Al di là delle riserve che una simile impostazione suscita – non si ritiene infatti condivisibile il pensiero di chi etichetta come ipotesi di frode quei casi che comunque rientrano nell'ambito di applicazione della norma sia pure estensivamente interpretata – preme rilevare come anche un eccellente utilizzo dei canoni interpretativi, che sfruttino tutte le potenzialità semantiche del testo normativo, non possa arginare il rischio del fenomeno elusivo.

In tal senso, v'è chi ritiene che l'analogia, più dell'interpretazione estensiva, meglio si accosti all'istituto della frode alla legge; le due figure si pongono tra loro in un rapporto di complementarietà[103]: la tecnica della frode può servire a censurare quelle condotte, non espressamente vietate dalla norma imperativa ma ad ogni modo poste in violazione di questa, che non sono suscettibili di essere sanzionate facendo ricorso al procedimento analogico. In altri termini, la frode entrerebbe in gioco laddove l'analogia fallisse, vuoi per l'assenza dei presupposti di operatività della stessa – lacuna involontaria – vuoi per l'impossibilità di farvi ricorso – eccezionalità della norma.

Tale tesi, pur astrattamente condivisibile, si scontra però con la realtà pratico-applicativa. Le condotte fraudolente sono tali perché poste in disprezzo, sia pure solo in via indiretta, di una norma imperativa, e non può trascurarsi il dato che tali norme nella stragrande maggioranza dei casi presentano il carattere della eccezionalità[104].

Sul versante interpretativo, appare certa la possibilità di estendere il significato della norma al di là di quello strettamente letterale; non pare poi che ciò possa essere messo in discussione laddove la norma oggetto dell'attività ermeneutica sia eccezionale, giacchè l'obbligo di interpretare restrittivamente la stessa, fondato su precise disposizioni di legge – art. 14 disp. prel. c.c. – e su una lunga e consolidata tradizione, giustificata dalla tutela di interessi particolarmente meritevoli di protezione come la certezza del diritto, è perfettamente compatibile con una interpretazione che alla luce dei criteri logici applicabili alle norme comuni estenda il senso della norma

---

[103] Così, G. D'AMICO, *o.c.*, pp. 41 e 64. Perviene alle medesime conclusioni, ma partendo da premesse concettuali diverse, L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 77 s., secondo cui l'inapplicabilità del procedimento analogico dipende non già dalla circostanza che nel caso di negozio in frode alla legge non si è in presenza propriamente di una lacuna normativa, ma dal carattere eccezionale delle norme proibitive.

[104] Le norme che pongono limiti al libero esercizio della libertà contrattuale e quelle fiscali, ad esempio, sono le più soggette alle elusioni. Basterà ricordare l'art. 2744 c.c. e la questione delle vendite a scopo di garanzia.

medesima oltre i limiti che possono apparire dal significato grammaticale della lettera.

Peraltro, il carattere eccezionale di una norma è opinabilel[105], atteso che una stessa disposizione può ritenersi eccezionale o meno a seconda che si reputi come facente parte di un principio speciale del sistema ovvero come deroga ad un principio più generale. È necessario stabilire se la disposizione in esame sia espressione di una direttiva del sistema, facendo parte di un complesso di altre disposizioni connotate da una certa compiutezza e razionalità, ovvero se vada qualificata come eccezionale, il tutto alla stregua non solo di valutazioni tecnico-giuridiche, ma anche dell'evoluzione storica del sistema, delle politiche concrete che la norma è diretta ad attuare, nonché delle esigenze economiche e sociali che questa è diretta a soddisfare.

L'esame condotto dall'interprete si rivela ancor più macchinoso allorquando si accerta l'esistenza nel sistema di due direttive contrastanti. Ciò si verifica, ad esempio, con riguardo all'art. 2744 c.c., che sancisce il divieto del patto commissorio. In tal caso, l'interprete dovrà andare alla ricerca di un

---

[105] L'unico punto su cui tanto la dottrina quanto la giurisprudenza concordano è che il giudizio sul carattere eccezionale di una disposizione deve sempre essere preceduto da un confronto della disposizione medesima con un'altra norma giuridica. Diverse sono le opinioni espresse dalla dottrina su cosa intendere per «norma eccezionale»: taluni autori utilizzano un criterio di tipo «quantitativo», definendo la norma-regola come quella norma che copre la maggior parte dei rapporti di una determinata categoria e la norma- eccezione come quella norma che disciplina una parte quantitativamente minore di tali rapporti. L'obiezione che generalmente viene sollevata a tale teoria verte sull'impossibilità di calcolare il numero esatto dei rapporti concretamente disciplinati da una norma, anche perché la corretta delimitazione dell'ambito applicativo di questa presuppone la necessaria conoscenza dell'applicabilità/inapplicabilità analogica della stessa, il che implica che la natura eccezionale della norma sia stata già accertata. Aderisce alla teoria «quantitativa», F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni, in Riv. dir. comm.*, 1904, p. 202 ss. Mostrano parecchie riserve P. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, *Studi*, I, Modena, 1915, p. 73; V. GUELI, *Il «diritto singolare» e il sistema giuridico*, Milano, 1942, p. 41. Incontrano un maggiore favore in dottrina le teorie qualitative, nell'ambito delle quali è necessario tuttavia distinguere diverse prospettazioni. Secondo un primo e più recente indirizzo, le norme eccezionali sono quelle che si pongono in antitesi con i principi particolari. Secondo un'altra versione, le norme eccezionali vanno identificate con quelle che contrastano con i principi supremi o fondamentali dell'ordinamento, da intendersi come valutazioni di politica legislativa che ispirano la normalità della disciplina giuridica e a questa conferiscono un disegno di razionale coerenza. Al riguardo, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 89 ss. e 205 ss. Sull'incidenza della qualifica di una norma come eccezionale ai fini del giudizio sulla possibile elusione, v. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 182 ss., il quale, riconducendo il problema delle elusioni a quello della sostanziale applicazione analogica della norma elusa, esclude che la norma eccezionale possa essere oggetto di frode. Di diverso avviso, G. D'AMICO, *o.c.*, p. 34 ss., più diffusamente, cap. I, par. 7; e A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, 1987, p. 227, nota n. 512, i quali distinguono nettamente i due istituti: anche le norme qualificabili formalmente come eccezionali sono suscettibili di elusione.

difficile coordinamento tra le esigenze sottese al divieto delle alienazioni a scopo di garanzia e la *ratio* delle disposizioni che ammettono, più o meno esplicitamente, negozi di questo tipo: si pensi all'art. 1851 c.c., che disciplina il pegno irregolare a garanzia di anticipazione bancaria; all'art. 2800 ss. c.c. in materia di pegno di crediti, istituto assai vicino, almeno sotto il profilo economico, alla cessione a scopo di garanzia; all'art. 1500 ss. c.c., che ammette *expressis verbis* la vendita con patto di riscatto, la cui generica funzione di garanzia non può essere messa in discussione; nonché all'art. 1548 c.c. in materia di riporto.

Non mancano indirizzi più rigorosi che sottolineano come non sia possibile estendere il campo di applicazione di una norma, che non vieta espressamente un determinato risultato ma si limita a contemplare uno solo dei modi attraverso cui quel determinato risultato può essere raggiunto, fino al punto di sanzionare l'eventuale negozio produttivo di quello scopo ma privo di quella data forma[106].

È pur vero, però, che l'interpretazione logica di una norma eccezionale porta con sé il rischio di una estensione analogica della stessa, ecco perché gli interpreti, pur potendo ampliare l'ambito di applicazione della disposizione a fattispecie diverse da quelle espressamente considerate, devono tuttavia portare avanti la loro attività ermeneutica attenendosi rigorosamente a quella che è la ragione cui la norma è ispirata. Una cosa è estendere la portata applicativa di una norma tenendo conto della sua *ratio* giustificatrice, operazione sempre consentita dall'ordinamento, altra cosa è ricondurre nell'alveo della norma interessata anche i casi simili a quello tipicamente previsto, attività non propriamente interpretativa e, pertanto, non sempre permessa[107]. È possibile applicare estensivamente, per interpretazione logica, una norma che proibisce una determinata forma a tutti i negozi che producono il medesimo effetto del negozio espressamente vietato, ma non è consentito comprendere nel divieto ogni altro effetto che, pur non identico, sia equivalente a quello contemplato. Se così non fosse, verrebbero

---

[106] Emblematica è l'analisi di G. D'AMICO, *o.c.*, p. 22 s., secondo cui «o la legge, infatti, vieta espressamente un determinato risultato, e allora, in presenza del tentativo di raggiungere quel risultato, e quale che sia il mezzo giuridico a tal fine prescelto, ci si troverà di fronte a un negozio senz'altro illecito. Oppure questo espresso divieto manca, essendosi il legislatore limitato a contemplare uno solo dei modi attraverso cui un determinato risultato può essere ottenuto, e allora non resta che prendere atto della imperfezione della legge, non essendo per contro consentita una applicazione estensiva di una norma proibitiva». In modo analogo, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992 p. 516, nota n. 82, il quale, partendo dal presupposto dell'esistenza nel nostro sistema di regole generali di carattere liberale e del principio della libertà di iniziativa privata, afferma che la norma proibitiva non può essere interpretata ampiamente o riferita a casi analoghi.

[107] Sulla tradizionale distinzione tra interpretazione estensiva e procedimento analogico cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 138 ss.; ID., *Analogia*, voce del *Nov. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, p. 605.

oltrepassati i limiti della corretta interpretazione di una norma eccezionale, trasbordando nel campo dell'analogia quale fenomeno di autointegrazione dell'ordinamento giuridico[108].

Se la distinzione tra interpretazione estensiva e procedimento analogico, sotto il profilo concettuale, appare alquanto semplice, non altrettanto può dirsi sul piano pratico. Ciò spiega le notevoli difficoltà incontrate dalla giurisprudenza e dalla stessa dottrina al momento della messa in atto di tale ripartizione: accade di frequente che quest'ultime eseguano delle vere e proprie attività integrative mascherandole sotto l'etichetta di interpretazioni estensive.

Nel tentativo di fare chiarezza, si è suggerito di distinguere le due operazioni sulla base di un criterio di tipo quantitativo: la forte somiglianza tra la fattispecie contemplata nella norma e quella simile da regolare costituisce un indice sintomatico dell'esercizio di una mera attività di interpretazione estensiva; al contrario, la poca somiglianza tra le due fattispecie rivela un'applicazione analogica della norma interessata.

Sul piano logico-qualitativo si è osservato, invece, come l'applicazione estensiva sia un'attività volta ad accertare un significato già intrinsecamente contenuto nella norma, diversamente dal procedimento analogico che attraverso un complesso sillogismo provvede a individuare un principio giuridico sovraordinato e tale da ricomprendere anche il caso dubbio[109].

Tutto ciò riduce di molto l'operatività del procedimento analogico, rivelando come i comportamenti elusivi non siano quasi mai suscettibili di essere sanzionati facendo ricorso allo strumento di cui all'art. 14 disp. prel. c.c. Per certi versi, potrebbe dirsi che la tecnica della frode alla legge e quella dell'analogia hanno sul piano pratico presupposti applicativi antitetici: la frode presuppone la infrazione di una norma imperativa, la quale è di frequente una norma eccezionale. Il tutto esclude che l'analogia possa rivelarsi uno strumento utile per arrestare il fenomeno elusivo. Per converso, la censurabilità di un comportamento fraudolento mediante il ricorso alla ordinaria tecnica di integrazione della legge – l'analogia – testimonia la

---

[108] Per un'approfondita disamina della distinzione tra autointegrazione ed eterointegrazione dell'ordinamento giuridico, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 89.

[109] Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 528 ss.; ID., *L'interpretazione e l'integrazione delle norme tributarie*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, II, pp. 111 ss. e 120, il quale afferma che l'analogia «innova nel mondo giuridico, ponendo una proposizione giuridica per l'innanzi non esistente o non formulata». Sulla inidoneità di tali approcci alla risoluzione dei problemi di tipo pratico-applicativo, v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 144; ID., *Analogia*, cit., p. 605, il quale finiva con l'ammettere l'impossibilità di distinguere sul piano logico l'analogia dalla estensione. In modo sostanzialmente analogo, L. CAIANI, *Analogia, (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1958, p. 354, nonché E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 134 e 142.

sussistenza di un negozio non propriamente in frode, che potremmo definire «elusivo improprio»[110].

Rassumendo, il problema della frode è ontologicamente distinto da quello dell'interpretazione[111]. Laddove la condotta venga colpita mediante un'operazione di interpretazione estensiva della norma elusa – operazione sempre consentita – quella stessa condotta può dirsi sanzionata non perché in frode ma perché direttamente illecita. La frode nasce laddove finisce l'interpretazione: si ha frode solo quando non è possibile colpire la condotta attraverso una mera attività ermeneutica. Non è di aiuto neanche l'analogia, giacchè le ipotesi di frode escludono, in linea generale, l'esistenza di una lacuna in senso proprio. A ciò si aggiunga che la maggior parte delle norme eluse sono eccezionali, norme la cui rigida interpretazione è imposta da esigenze formali del sistema. Si consideri altresì che l'eventuale censurabilità di una fattispecie alla luce del solo strumento analogico esclude, come già osservato, l'esistenza di un negozio propriamente elusivo.

La distinzione tra le ordinarie tecniche di interpretazione e integrazione della legge e l'istituto della frode, però, non deve indurre a ritenere che il fenomeno elusivo sia un problema la cui soluzione non vada demandata agli interpreti del diritto. È utopistico pensare che il legislatore possa estinguere il rischio dell'elusione attraverso l'uso della tecnica legislativa; questa, per quanto raffinata e perfezionata, non potrà mai riuscire a prevedere un'esaustiva elencazione di tutte le possibili forme mediante le quali i privati possono riuscire a conseguire il risultato vietato dal legislatore. Al contrario, la frode alla legge rappresenta per l'interprete l'occasione per contribuire positivamente alla costruzione e al rinnovamento del diritto[112]. L'esigenza di colpire i più

---

[110] L'espressione «elusione impropria» appartiene a R. WESTERHOFF, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung*, Hamburg, 1966, p. 47. Cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 41, secondo cui «proprio perché in queste ipotesi non si rivela necessario ricorrere a tecniche particolari, qual è quella della frode alla legge, ma è sufficiente l'impiego delle normali tecniche di interpretazione e di integrazione della legge, non ci si troverà, a rigore, di fronte a veri e propri casi di negozio in frode alla legge, ma al fenomeno che potremmo definire di elusione impropria».

[111] Negli stessi termini, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 203 ss. In giurisprudenza, distingue espressamente il piano dell'interpretazione da quello dell'impiego della tecnica della frode CGCE, sentenza 2 maggio 1996 (punto 10), causa C-206/94, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, in Racc., p. I-2357 ss. Riconduce la frode alla legge nell'ambito di un più generale problema di interpretazione delle leggi, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, pp. 45 e 182. In senso conforme: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., § 50, p. 324 ss.; J.G. FUCHS, *Pseudonyime Rechtsgeschäfte*, in *Arch. f. die civ. Praxis*, 115, 1917, p. 84 ss.; ID., *Umgehung des Gesetzes* (fraus legis facta), Göttingen, 1917, p. 15 ss.; FRANKE, *Zur Frage des Scheincharakters der Umgehungsgeschäfte*, in *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 1149 ss.

[112] Sulla scarsa efficacia di una normativa antielusiva di tipo casistico, cfr. G. ROTONDI, *Atti in frode alla legge*, cit., p. 225; A. CESSARI, *La struttura della fraus legi*, cit., p. 1092; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema della elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 129 s.

disparati tentativi di frode deve indurre la dottrina e la giurisprudenza ad affinare l'arte interpretativa, sì da rendere la legge idonea a smascherare le nuove insidie tese dai privati.

L'operazione che si richiede agli interpreti è fuor di dubbio tutt'altro che agevole; non può ignorarsi, infatti, l'esistenza in tutti gli ordinamenti di disposizioni particolarmente restie ad essere applicate al di là delle ipotesi espressamente previste – norme eccezionali, tributarie[113], penali – rispetto alle quali il giudice è chiamato ad operare con molta prudenza, attenendosi rigorosamente ai criteri di stretta interpretazione della legge. Si consideri poi che l'individuazione di tali norme e degli interessi sottesi a queste è alquanto opinabile, essendo rimessa a complessi apprezzamenti di tipo politico, sociale, economico e sistematico.

SEZIONE II

ESPERIENZA COMPARATISTICA

1. *Frode alla legge e ordinamenti che non recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Francia.*

L'avvio alle più significative elaborazioni della teoria della frode alla legge si deve alla dottrina francese; è grazie all'operato di quest'ultima che la tecnica antielusiva si è notevolmente diffusa nell'area giurisprudenziale, nonostante l'assenza di una esplicita base legislativa.

L'esistenza di un autonomo problema di frode alla legge ha costituito la necessaria premessa di quelle concezioni che hanno ravvisato nella repressione

---

Sul punto cfr. altresì G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi*, cit., p. 72, il quale osserva che « […] nell'epoca romana le frodi alla legge furono più morali della legge stessa»; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, cit., p. 149 ss.; nonché L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 4, il quale sottolinea come il legislatore, per quanto abile nella formulazione della norma, difficilmente possa prevedere tutti i mezzi che l'interesse individuale suggerisce per eludere l'applicazione di questa. L'a. evidenzia poi l'importanza del ruolo della giurisprudenza nel riconoscere il fondamento dell'invalidità del negozio fraudolento e nello stabilire quando un negozio debba considerarsi tale.

[113] Sulla necessità di una stretta interpretazione della legge fiscale cfr., per il diritto romano, M.E. LUCIFREDI-PETERLONGO, *In dubio contra fiscum?*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, I, p. 81 ss.; per il diritto attuale v., invece, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle norme tributarie*, in *Riv. dir. fin.*, 1941, I, 1, pp. 95 e 170 ss.; A. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli, 1965; MICHELI, *Appunti sull'interpretazione e l'integrazione della legge tributaria*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, 1973-74, IV, p. 3717 ss.; M. TRIMELONI, *L'interpretazione del diritto tributario*, Padova, 1979.

della frode l'attuazione di «principi» o di clausole generali dell'ordinamento. In particolare, il riferimento va a quella corrente dottrinale che, facendo ricorso alla formula, invero generica, «*fraus omnia corrumpit*»[114], ha sostenuto la vigenza di un generale principio di repressione della frode alla legge.

Numerose sono state le obiezioni sollevate a seguito dell'utilizzo di una simile regola; prima fra tutte, la mancanza di una norma che recepisse espressamente la massima di cui ci si occupa, ma anche l'eccessiva vaghezza della formula e il rischio di attribuire al giudice mediante la stessa un potere eccessivamente arbitrario. Si è replicato che la regola doveva ritenersi comunque vigente, in quanto fondata sul c.d. «*droit non écrit*». Segnatamente, atteso che le fonti ricomprese nel concetto di «*droit non écrit*» sono la consuetudine in senso stretto, la giurisprudenza e i principi generali del diritto, escluso che l'autorità della massima possa essere ricollegata al c.d. «potere normativo della giurisprudenza» e che il valore della stessa possa essere ricondotto a quello di una norma consuetudinaria, dal momento che non è ammessa una consuetudine *contra legem*, il fondamento della regola sembrava doversi individuare nei principi generali del diritto[115]. Autorevoli studiosi hanno sottolineato come l'esigenza di repressione della frode possa ritenersi ancorata alla nozione stessa di ordinamento, come il non sanzionamento delle fattispecie fraudolente – che permettono di eludere il carattere obbligatorio delle disposizioni di legge – rappresenti la negazione dell'ordinamento giuridico, imperfetto per natura[116].

---

[114] Sul punto, v. l'importante contributo di F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, cit. Il brocardo «*fraus omnia corrumpit*» è la riformulazione di un principio enunciato per la prima volta da CUJACIO, *Notae in codicem justiniani ad libr. prim. Tit. IV de transactionibus*, in *Opera*, vol VIII, c. 1392, in materia di transazione, e successivamente ripreso e ampliato nella sua portata applicativa dalle *summae* e raccolte di massime a contenuto prevalentemente pratico, molto usate nei secoli XVIII e XIX.

[115] Cfr. F. VIDAL, *o.c.*, p. 384 s.

[116] Così testualmente F. VIDAL, *o.c.*, pp. 386 e 212 s.: «*l'absence d'une sanction de la fraude, parce qu'elle permettrait d'éluder le caractère obligatoire des règles juridiques, sérait la négation du Droit lui-même, impératif par nature*»; «*la répression de la fraude est rendue nécessaire par le trouble social qui résulterait d'une telle tolérance. Elle se justifie par la nécessité de maintenir le caractère obligatoire de la règle juridique qui sans cela risquerait d'être trop souvent rendue inefficace si les sujets de droit pouvaient facilement éluder son exécution. Sans sous-estimer la portée morale de la théorie de la fraude, c'est en définitive l'efficacité de la règle juridique que celle-ci a pour mission d'assurer*». Considerano la massima «*fraus omnia corrumpit*» espressione di un principio superiore che rappresenta l'ossatura del nostro diritto L. JOSSERAND, *Cours de droit positif francais*, t. I, n. 29, p. 11; nonché, F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. V, p. 469; J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, p. 59 s.; J. SCHIMIDT, *Essai sur la notion de principe juridique. Contribution à l'étude des principes généraux du droit en droit positif francais*, thèse, Paris, 1955, p. 241 s. Sul punto, cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 91 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Grenoble, 14 août 1869, in *Dalloz*, 1870, pt. 2, p.151; Trib. Dijon, 24 juill. 1885, in *Dalloz*, 1886, pt. 2, p. 217.

Quanto fin qui osservato è sufficiente per affermare che la dottrina francese si è posta in una prospettiva diversa da quella che ha animato l'elaborazione nel nostro ordinamento delle due tradizionali teorie sulla frode. La scelta degli operatori francesi di individuare il fondamento della repressione del fenomeno elusivo nell'attuazione di un principio generale del diritto nasconde la volontà di rifuggire da una eccessiva concettualizzazione del problema – la quale non può che sfociare nell'inutile tentativo di racchiudere in una rigida formula la definizione dell'istituto – dotando l'interprete di un maggiore spazio di libertà, in relazione al quale, tuttavia, diviene correlativamente necessario esplicitare di volta in volta le ragioni che giustificano l'applicazione del principio[117].

Secondo le parole di un insigne studioso francese, perché possa parlarsi di frode alla legge in senso tecnico-giuridico occorre che le parti invochino «regole legali (e forme legali) per eludere un'altra regola legale, traendone indebiti vantaggi»[118]. Non solo, la dottrina[119] e la dominante giurisprudenza francesi concordano sulla necessità della prova dell'esistenza di un intento elusivo, sottolineando, al contempo, come il motivo fraudolento debba essere l'unico motivo ad avere determinato le parti all'adozione di taluni procedimenti ovvero al compimento di taluni atti. La risposta sanzionatoria approntata dall'ordinamento francese a fronte del contratto in frode alla legge è l'inefficacia[120], da intendersi quale rimedio che meglio soddisfa e il principio di proporzionalità tra sanzione e vizio dell'atto e il principio dell'equo contemperamento tra le contrapposte esigenze. L'applicazione della medesima disposizione di legge che le parti intendevano eludere permette di rispettare sia la volontà delle parti che i legittimi affidamenti dei terzi. Fa eccezione il contratto in frode alla legge che mette in pericolo i principi di ordine pubblico – si pensi alla frode elettorale o monetaria – il quale si ritiene debba reputarsi

---

[117] Cfr. G. D'AMICO, *o.c.*, p. 95.

[118] F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, *o.l.c.*

[119] In tal senso, F. VIDAL, *o.c.*, p. 212 s., il quale, pur aderendo alla teoria soggettiva, una volta individuata la *ratio* della repressione della frode nell'esigenza di evitare il *trouble social* che deriverebbe dalla tolleranza di comportamenti elusivi, è costretto ad ammettere che la valutazione da compiersi allorché si decida di reprimere una frode non riguarda tanto gli atteggiamenti psicologici delle parti, ma la previsione circa la possibile generalizzazione del procedimento da queste posto in essere e il pericolo conseguente di uno svuotamento della norma elusa; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, p. 208, il quale afferma: «*il faut, pour encourir la sanction de la fraude que on se rende coupable […] d'un manquement o la morale juridique […] la fraude est située au confluent de la morale e du droit…le droit n'est pas un mécanique aveugle*»; G. RIPERT, *La régle morale dans les obligations civiles*, 4, Paris, 1949, secondo cui, attese le diversità strutturali tra frode alla legge e negozio simulato, lo strumento impiegato per il perseguimento della frode deve essere in sé lecito, efficace e reale. Minoritaria è la posizione di J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, 2, I, *Le contrat*, 586 ss., che propende per un'impostazione oggettiva della frode alla legge.

[120] Cfr., per tutti, J. GHESTIN, *o.c.*, e F. VIDAL, *o.c.*

nullo per illiceità della causa. Va da sé che la frode così come intesa nell'ordinamento francese finisce con il ricomprendere ipotesi tra loro profondamente diverse: dai casi di frode ai diritti dei creditori al singolo procedimento ideato dal privato al fine di sottrarsi all'esecuzione di una regola obbligatoria. Non stupisce, pertanto, che la formula «*fraus omnia corrumpit*» sia stata applicata di frequente e in relazione a casi talmente diversi da attenuare di molto l'utilità di una elaborazione unitaria.

1.1. *Germania.*

In una prospettiva in parte analoga si colloca l'esperienza giuridica della frode alla legge nell'ordinamento tedesco dove le formule «abuso delle forme di diritto civile» e «abuso del diritto» sono state diffusamente impiegate, soprattutto nel settore del diritto tributario[121] e in quello del diritto internazionale privato, al fine di reprimere numerosi comportamenti elusivi[122].

---

[121] L'attenzione, sempre maggiore, nei confronti della base economica dei fenomeni giuridici aveva portato alla creazione di un movimento che era sfociato, grazie all'influsso di Enno Becker, *Senatpräsident* del *Reichsfinanzhof*, incaricato di redigere il progetto della prima *Reichsabgabeordnung*, nell'approvazione di due importanti articoli della *Reichsabgabeordnung* (RAO) del 13 gennaio 1919, poi trasposti nei §§ 1 e 6 della *Steueranpassungsgesetz* (StAnG) del 16 ottobre 1934. La prima disposizione (§ 1 StAnG), ideata da Becker nel tentativo di estendere l'arsenale degli strumenti giudiziari di lotta alle elusioni (E. BECKER, *Accertamento e sviluppo del diritto tributario tedesco*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, I, p. 155 ss.; ID., *Applicazione dell'imposta secondo criteri economici obiettivi nella Corte Finanziaria del Reich*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, II, p. 220 ss.), sanciva che le leggi tributarie andavano interpretate, al di là dei canoni tradizionali, alla luce del loro significato economico, tenendo altresì conto delle contingenti esigenze politiche ed economiche, dello sviluppo degli istituti giuridici nei loro riflessi economici, nonchè della buona fede. Ciò aveva portato ad una certa *souplesse* nell'interpretazione delle norme tributarie tale da determinare una notevole autonomia del giudice e una conseguente maggiore capacità di adattamento delle leggi alle esigenze della vita economica (nella nostra dottrina, sulla interpretazione della legge tributaria secondo la portata economica degli atti posti in essere dalle parti, v., per tutti, B. GRIZIOTTI, *Pragmatismo e giurisprudenza fiscale,* in *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958, p. 178 ss.). La seconda disposizione (§ 6 StAnG) reprimeva, invece, le elusioni di imposta perpretrate attraverso l'abuso delle forme civili (§ 6: «I. *L'obbligo di imposta non può essere eluso in tutto o in parte attraverso l'abuso di forme o possibilità di adattamento del diritto civile.* II. *Se sussiste un abuso le imposte devono essere riscosse così come lo sarebbero per un assetto giuridico adeguato agli avvenimenti, fatti e rapporti economici*»). Sull'interpretazione di quest'ultima diposizione, cfr. E. BECKER, *Die Reichsabgabeordnung, Kommentar*, Berlin, 1930, *sub* § 10 RAO, Anm. 5; RIEWALD, *Reichsabgabeordnung und Steueranpassungsgesetz Kommentar*, parte I, Berlin-Köln, 1956, § 6, StAnG, Anm. 2; THOMA, *Grundsätzliches zur Frage des Mißbrauchs von Formen und Gestaltungsmöglischkeiten in Steurrecht*, in *Festschrift fur Ottmar Buhler*, Berlin, 1954, p. 233 ss.; KÜHN, *Reichsabgabenordnung–Steueranpassungsgesetz– Finanzverwaltunggsgesetz – Nebengesetz*, Stuttgart, 1958, *sub* § 6 StAnG, Anm 1 ss., p. 616 ss.; A. HENSEL, *Diritto tributario*, trad. it. Jarach, Milano, 1956, p. 142 ss.; E. BLUMENSTEIN, *Sistema del diritto delle imposte*, trad. it. Forte, Milano, 1954, p. 28 ss. che identificano l'abuso (*Missbruch*) delle forme civili

nell'impiego di procedimenti che, considerate le circostanze economiche di fondo, appaiono come anormali, tali, cioè, da raggiungere lo stesso scopo economico per il quale normalmente si seguono altre vie, senza eccessivi pregiudizi per l'autore dell'iniziativa. *Contra*, TEICHMANN, *Die Gesetzesumgehung*, cit., p. 72; P. BOEHMER, *Erfüllung und Umgehung des Steuertatbestandes*, Düsseldorf, 1958, p. 89; R. WESTERHOFF, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung*, cit., p. 152; PAULICK, *Steuereinsparung und Steuerumgehung*, in *StbJb*, 1963-64, p. 385 ss., i quali osservano come una simile impostazione finisca con il determinare una limitazione dell'autonomia contrattuale difficilmente giustificabile, giacchè l'adozione di una forma, per così dire, anomala non costituisce di per sé un disvalore. Ravvisa l'abuso nella mancata corrispondenza tra la forma esteriore dell'atto posto in essere dalle parti valutato nel suo contenuto economico tipico e la reale situazione economica di fondo esistente tra le stesse parti, VON WALLIS, in *hubschmann-hepp-spitaler*, *Kommentar zur Reichsabgabeordnung*, Köln, 1954, *Losenblattausgabe*, § 10, Anm. 4. Per un'esame delle premesse concettuali e delle critiche avanzate a questo orientamento, cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 110 s. Le due disposizioni poco sopra richiamate, unitamente a una copiosa giurisprudenza del *Reichsfinanzshof* e alle importanti riforme introdotte sui doveri di informazione, gravemente sanzionati, di privati ed enti pubblici hanno dato origine ad un'importante corrente dottrinale volta allo sviluppo di un completo e originale sistema di lotta alle elusioni fiscali (sulla distinzione concettuale tra «evasione fiscale», «risparmio d'imposta», che è considerato lecito, ed «elusione o frode fiscale», la quale implica la sottrazione di una ricchezza tassabile al pagamento del tributo previsto e come tale costituisce un vero e proprio illecito o un reato tributario, a seconda che sia prevista una sanzione pecuniaria o penale, cfr. F. GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 377 ss.; A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss.). Tuttavia, le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali hanno dato l'avvio a un processo di progressiva disapplicazione del § 6 StAnG, culminato nel periodo immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale.

[122] Al riguardo, cfr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 276, il quale sottolinea come l'esistenza della libertà di compiere atti giuridici implichi anche l'esistenza di un diritto. L'a., nel ribadire la necessità della prova dell'intento elusivo, evidenzia altresì come chi intende eludere la norma perviene a questo risultato impiegando un mezzo lecito e quindi usando un proprio diritto. Si dichiarano contrari alla riconduzione del fenomeno elusivo nell'ambito della più generale figura dell'abuso del diritto L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 74 s., e F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, cit., p. 355 ss., i quali osservano come la facoltà del soggetto di scegliere il mezzo per la realizzazione dei propri interessi non integri il contenuto di un diritto soggettivo, costituendo piuttosto l'espressione della libertà individuale del soggetto medesimo, e concludono nel senso della impossibilità di configurare un «abuso della libertà». In particolare, sulla distinzione nella dottrina francese tra *droits déterminés* e *droits indéterminés* cfr., per tutti, F. VIDAL, *o.l.c.*, il quale, muovendo dalla nozione di libertà e dall'esigenza di distinguerla dai diritti, afferma che a fronte dei diritti direttamente stabiliti dalla legge, che ne determina altresì il contenuto preciso, vi sono dei diritti non espressamente previsti dal legislatore e dai contorni piuttosto generici, cui più propriamente si addice la denominazione di libertà. La stretta affinità dell'abuso del diritto con il fenomeno della frode alla legge è messa in luce da E. PORCHEROT, *L'abus de droit*, Dijon, 1901, p. 215, che afferma: «Si abusa del proprio diritto, allorché, pur restando nei limiti dello stesso, si persegue uno scopo diverso da quello che aveva presente il legislatore, sviando per così dire il diritto dalla destinazione normale per la quale esso è stato creato». In modo sostanzialmente analogo, R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, 1904, n. 310, p. 370, secondo cui l'abuso

La dottrina tedesca, preso atto della mancanza di una espressa base legislativa in materia di frode, ha ravvisato il fondamento della repressione del fenomeno elusivo nell'esistenza di un principio generale dell'ordinamento, richiamando la discussa formula dell'«abuso del diritto».

In verità, l'elaborazione di una vera e propria teoria dell'abuso si deve al ruolo creativo della giurisprudenza francese, la quale, nel tentativo di reagire alla concezione assolutistica dei diritti, e in particolare del diritto di proprietà, propria del Codice Napoleone, ha sviluppato, dapprima in relazione al solo diritto dominicale e poi con riferimento a tutti i settori del diritto privato, forme di controllo piuttosto penetranti sul concreto esercizio dei diritti soggettivi[123]. La teorica dell'abuso del diritto, iniziata a formarsi nella dottrina e nella giurisprudenza francesi del XIX secolo, è poi diventata oggetto di espressa disciplina nel codice civile tedesco[124] e in quello svizzero[125]. Sebbene

---

del diritto consiste «*dans l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou social du droit subjectif*». Sull'individuazione delle situazioni giuridiche, o meglio delle c.dd. «prerogative giuridiche», suscettibili di abuso, cfr. P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, in *Arch. de philos du droit*, 1960, pp. 65 ss. e 102, che, nel criticare l'esclusione delle c.dd. «libertà» dall'ambito applicativo dell'«abuso del diritto», ha evidenziato come storicamente «il problema dell'abuso nasce nella società liberale […] proprio con riguardo a talune forme di esercizio delle libertà individuali e delle libertà corporative riconosciute nel sistema». Nella dottrina italiana, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. I, pp. 210 ss. e 234, il quale afferma: «se l'esercizio del diritto si compie (almeno per ciò che riguarda la possibilità di modificare o di estinguere un precedente rapporto negoziale) attraverso un negozio giuridico, e cioè attraverso un atto di autonomia (e quindi di libertà), è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni "in corso di effetto", ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni».

[123] Per un'attenta ricostruzione storica della teoria dell'abuso del diritto, v., per tutti, N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, Milano, 1962, p. 45 ss.; nonchè A. DE VITA, *La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, p. 175 ss. In dottrina, sul concetto di abuso del diritto, si registrano opinioni differenti. Taluni autori, nonostante gli sviluppi della giurisprudenza, propendono per una concezione restrittiva, ai sensi della quale l'istituto varrebbe esclusivamente a reprimere gli atti emulativi, ossia quegli atti compiuti con la sola intenzione di nuocere. Altri autori, invece, inquadrano l'abuso nell'alveo della colpa e, in definitiva, della responsabilità civile. Non mancano correnti di pensiero altrettanto autorevoli che, prendendo spunto dalla prassi giudiziaria, hanno elaborato teorie più ampie, finalizzate a sanzionare l'uso antisociale dei diritti soggettivi ovvero l'esercizio di una prerogativa individuale in contrasto con lo scopo per il quale la stessa è stata riconosciuta dalla norma giuridica.

[124] § 226 BGB «*die Ausübung eines Rechtes ist unzulässing, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*».

[125] Art. 2 c.c. svizzero: «Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento degli obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge». Particolarmente significativa appare la scelta del legislatore greco di inserire nel codice civile, adottato nel 1940, un'apposita norma in materia di abuso. Il riferimento va, in particolare, all'art. 281 del medesimo codice che,

nell'accogliere una formulazione ancor più ampia di quella contenuta nel § 226 BGB, sancisce il divieto di esercitare un diritto, qualora tale esercizio ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica del diritto medesimo. È chiaramente ispirata al modello greco la definizione di abuso del diritto contenuta nell'art. 334 del Codice civile portoghese del 1966, ove si legge che l'esercizio di un diritto è illegittimo allorché il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi o dallo scopo sociale o economico del diritto. Per la verità, la dottrina e, sia pure con maggiore diffidenza, la giurisprudenza portoghesi avevano riconosciuto rilevanza giuridica alla figura dell'abuso già in epoca precodicistica. La prima regolamentazione espressa dell'abuso del diritto si era avuta grazie all'influsso di Vaz Serra, che, nel redigere il progetto preliminare del codice, si era preoccupato di delineare in modo analitico le diverse figure di esercizio abusivo. La commissione ministeriale, in sede di stesura della norma definitiva aveva optato, invece, per il modello greco, inserendo la definizione tuttora contenuta nell'art. 334, il quale, attese la pluralità e l'alternatività dei criteri di individuazione delle fattispecie abusive in questo contenuti, si rivela una disposizione di notevole apertura nei confronti degli spazi, spesso assai angusti, riservati al giudice. Dopo la riforma delle disposizioni preliminari al Codice civile, in vigore dal 1974, anche l'ordinamento spagnolo aveva recepito sul piano legislativo la nozione generale di abuso del diritto. Analogamente a quanto osservato con riferimento all'ordinamento portoghese, la dottrina e la giurisprudenza spagnole avevano teorizzato la figura dell'abuso già molto tempo prima della riforma. Vi è di più, la teoria dell'abuso aveva ricevuto l'avallo del legislatore, sia pure con riferimento a pochi e determinati settori. L'art. 7 del nuovo *Titulo Preliminar* al Codice civile pone al primo paragrafo un obbligo generale di esercizio dei diritti conformemente alle esigenze della buona fede, mentre apre il primo capoverso del secondo paragrafo affermando che l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso non sono protetti dalla legge. La disposizione continua asserendo che ogni atto od omissione che per l'intenzione dell'autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizza oltrepassa manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per un terzo, darà luogo a risarcimento, nonché all'adozione dei mezzi giudiziari e amministrativi che impediscano la persistenza dell'abuso. Merita di essere sottolineato come la disposizione in esame estenda il suo ambito oggettivo di applicazione a ogni atto od omissione. Particolarmente controverso è il valore giuridico da attribuire all'inciso «danno per il terzo», contenuto nella seconda parte della disposizione. Al riguardo, la dottrina ha sostenuto fermamente la non essenzialità di tale requisito ai fini della configurazione della fattispecie abusiva, osservando come le ipotesi sprovviste della verificazione di un danno attuale siano coperte dalla prima parte della disposizione. Da ultimo, una definizione della nozione di abuso del diritto è contenuta nel nuovo codice civile olandese, dedicato ai diritti patrimoniali ed entrato in vigore nel 1992. Questo, nel trasporre sul piano normativo quella che era la concreta esperienza giurisprudenziale maturata in sede di applicazione del principio, afferma all'art. 3:13 che il titolare di un diritto non può esercitare il diritto medesimo mediante il compimento di atti che si risolvano in un abuso. La disposizione prosegue con l'indicazione di talune tipologie di esercizio abusivo di diritti soggettivi. In tal senso, è fatta menzione dell'esercizio di un diritto al solo scopo di nuocere altri ovvero per una finalità diversa rispetto a quella per cui il diritto stesso è stato attribuito, nonchè dell'esercizio di un diritto in circostanze in cui il titolare non avrebbe potuto ragionevolmente decidere di esercitarlo, attesa la sproporzione tra l'interesse dell'agente e il danno in tal modo arrecato. Discusse sono le conseguenze pratico-applicative della scelta operata dal legislatore olandese di tipizzare, sulla scorta dei suggerimenti forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le singole fattispecie abusive. Secondo un'opinione largamente condivisa in dottrina, l'elencazione delle ipotesi di abuso

l'ambito di applicazione del § 226 BGB, che vieta la c.d. *Scikane* o gli atti di emulazione, andasse al di là del diritto dominicale, estendendosi a tutti i diritti soggettivi, la disposizione in esame non ha avuto molto riscontro nella concreta prassi giurisprudenziale[126], rivelandosi inidonea a mettere a tacere i contrasti che si erano venuti a formare in relazione al concetto di abuso. Si

---

contenuta nell'art. 3:13 avrebbe un valore meramente esemplificativo, lasciando alla giurisprudenza la facoltà di forgiare nuove fattispecie di abuso. Il principio del divieto di abuso del diritto, codificato dall'art. 3:13, ha una portata applicativa che va ben oltre il settore dei diritti patrimoniali. Esso, infatti, in virtù della disposizione di rinvio di cui all'art. 3:15, opera anche in altri settori del diritto privato, compreso quello delle obbligazioni e dei contratti, ove la sua funzione è svolta dal principio in forza del quale le parti di un rapporto obbligatorio devono comportarsi in modo conforme alle esigenze della «ragione e dell'equità», in altri termini, secondo «buona fede». In tal senso, appare utile ricordare l'art. 248 del libro sesto del codice civile olandese, ai sensi del quale una regola obbligatoria tra le parti di un contratto non dovrà trovare applicazione qualora ciò risulti contrario alla ragionevolezza e all'equità.

[126] Le ragioni di un simile atteggiamento da parte del potere giudiziario pare debbano rinvenirsi nella formulazione della disposizione in esame, la quale richiede la prova dell'esistenza, in capo all'avente diritto, dello scopo esclusivo di nuocere. Il controllo sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, dunque, è stato esercitato sulla base di altre disposizioni codicistiche: il § 826 BGB, in materia di responsabilità civile, il quale sancisce l'obbligo di risarcire il danno causato dolosamente in modo contrario ai «buoni costumi» (§ 826 BGB «*Wer in einer gegen die guten Sitten vertossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet*»), e il § 242 BGB, che codifica il principio generale della buona fede (*rectius*, secondo la terminologia germanica, della *Treu und Glauben*). Quest'ultimo, in particolare, è stato impiegato dalla giurisprudenza al di là della limitata formulazione e della stessa intenzione del legislatore, con riferimento a tutti i settori del diritto privato. È sulla base di tali premesse che i giudici tedeschi sono riusciti a elaborare un articolato sistema di repressione delle forme di inammissibile esercizio dei diritti soggettivi o, secondo una terminologia largamente impiegata, di «abuso del diritto». Invero, l'attività giurisprudenziale si è spinta spesso al di là dei limiti propri dell'attività ermeneutica, assolvendo a un vero e proprio ruolo «creativo». Il numeroso materiale giudiziario è stato poi impiegato dalla dottrina e dalle stesse giurisdizioni superiori per tipizzare talune sotto-figure di esercizio abusivo di diritti soggettivi. Tra queste, le più importanti sono il *venire contra factum proprium*, cioè l'esercitare un diritto qualora ciò risulti in contrasto con un comportamento precedentemente tenuto dal titolare; il richiamarsi a vizi di forma in circostanze in cui ne derivino conseguenze eccessive; l'esercitare un diritto senza alcuna considerazione per i ragionevoli interessi della controparte; il rivendicare un diritto acquisito in modo disonesto; il rivendicare un diritto, dopo che il titolare abbia lasciato trascorrere un congruo periodo di tempo senza compiere atti di esercizio o senza reagire a violazioni, qualora ciò abbia determinato il sorgere di un affidamento in capo alla controparte, e questo ancorchè non sia maturato il termine di prescrizione (c.d. *Verwirkung*). È evidente come una simile attività di tipizzazione delle fattispecie d'inammissibile esercizio di diritti soggettivi, guidando le decisioni dei giudici all'interno di solchi già tracciati, abbia contribuito a salvaguardare i principi della certezza del diritto e della prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali.

giustifica così la scelta operata dal legislatore italiano del 1942 circa il mancato recepimento nel dettato codicistico del principio in esame[127].

Dalla disamina dell'esperienza tedesca emerge come le prime discussioni in tema di frode alla legge hanno avuto origine da taluni casi di usura[128] e di trasferimenti in garanzia. Il mancato riconoscimento nel *Preussische Allgemeiner*

---

[127] Il principio dell'abuso del diritto era contemplato, invece, in una norma del Progetto del codice italo-francese delle obbligazioni, nonché nell'art. 7 del Progetto definitivo del codice civile del 1942, ove si leggeva: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Analogamente a quanto è accaduto in Italia, tanto nel sistema belga quanto in quello austriaco la nozione di abuso del diritto deve la sua formulazione al lavoro svolto dalla giurisprudenza. Emblematica è, al riguardo, una pronuncia del 1917, in riferimento al diritto di proprietà, nella quale la Corte di Cassazione belga ha affermato il principio secondo cui «*entre différéntes facons d'exercer son droit, avec la même utilità, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour altrui*». Per la consacrazione definitiva della teoria dell'abuso del diritto nell'esperienza giuridica belga si è dovuto attendere il 10 settembre 1971, quando la Cassazione ha avuto modo di affermare che l'abuso può derivare non solo dall'esercizio di un diritto con l'esclusiva intenzione di nuocere ma anche «*de l'exercice d'un droit d'une maniére qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une persone prudente et diligente*». Ancor più interessante, sotto il profilo scientifico, è stata una sentenza del 1983 con la quale la Suprema Corte – sia pure con riferimento a una questione attinente all'ambito contrattuale – ha inquadrato, per la prima volta, l'affascinante figura dell'abuso del diritto nell'alveo di quei comportamenti contrari all'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede, positivizzato all'art. 1134 § 3 Codice civile belga. Queste le parole utilizzate dalla Corte: «*le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'art. 1134 du Code civil, interdit à una partie à un contrat d'abuser des droits que lui confére celui-ci*». L'individuazione del principio di buona fede quale strumento di controllo delle forme di esercizio dei diritti contrattuali si è rivelata una scelta condivisa da molti. La dottrina e la giurisprudenza belghe sono solite qualificare l'esercizio abusivo di un diritto di fonte non contrattuale alla stregua di un'ipotesi di responsabilità da fatto illecito (*faute délictuelle*), come esempio di colpa nell'esercizio di un diritto, riconducibile alla disciplina della responsabilità per delitto (art. 1382 Codice civile belga) o quasi–delitto (art. 1383 Codice civile belga). Un'autonoma elaborazione concettuale della teoria dell'abuso non è stata rinvenuta negli ordinamenti di *common law* del Regno Unito e dell'Irlanda. Tuttavia, una parte considerevole della dottrina di questi paesi ha fatto notare come, soprattutto in materia di proprietà e degli altri diritti reali, l'ampia figura del *tort* di *nuisance* venga spesso utilizzata dalla giurisprudenza al fine di reprimere situazioni riconducibili negli ordinamenti continentali al concetto di abuso del diritto. Non mancano autori che, facendo leva su importanti sentenze pronunciate dalla *House of Lords*, ove si legge che l'esercizio di un diritto non diviene illecito anche laddove sia ispirato da motivi riprovevoli o emulativi, hanno negato cittadinanza al principio in esame. In tale contesto, un'importanza decisiva viene attribuita alla mancanza negli ordinamenti di *common law* di un principio corrispondente a quello della buona fede; la giurisprudenza anche più recente è solita attribuire alle parti la piena libertà di esercizio dei diritti di fonte contrattuale, senza che sia possibile individuare alcun limite ricavabile dal concetto di buona fede. Una parte considerevole della dottrina di questi paesi ha affermato, invece, che è possibile individuare applicazioni concrete del principio di buona fede; in tal senso, si osserva come, negli ultimi tempi, il dibattito circa un'autonoma consacrazione del suddetto principio nell'ordinamento inglese si sia sviluppato sempre di più.

[128] Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Sistem des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 324 ss.

Landrecht dello scopo di garanzia quale titolo idoneo per il trasferimento della proprietà aveva indotto i privati a ideare una serie di espedienti diretti al conseguimento dello scopo medesimo. Da più parti si affermava che le vendite a scopo di garanzia, soprattutto se abbinate a un costituto possessorio a favore del debitore, contravvenivano, sia pure indirettamente, alle disposizioni sul pegno (§ 1205 BGB), finalizzate a scongiurare il rischio che i terzi potessero fare affidamenti illusori sulla consistenza patrimoniale del debitore[129], e che le alienazioni a scopo di garanzia con annesso patto di retrovendita, sia a contenuto reale che obbligatorio, costituivano un'ipotesi di frode al divieto del patto commissorio (§ 1229 BGB).

L'entrata in vigore del nuovo codice e il recepimento legislativo dell'opposto principio dell'astrattezza nel trasferimento dei diritti reali (v. §§ 875, 925 e 929 BGB) hanno eliminato ogni pericolo di frode. L'esigenza di agevolare il ricorso al credito da parte degli imprenditori e le indiscutibili similitudini tra le alienazioni a scopo di garanzia e la figura normativamente prevista della vendita con riserva di proprietà hanno indotto a ritenere le suddette alienazioni uno strumento negoziale legittimo, salvo però che ricorressero gli estremi dell'usura (§ 138 BGB).

Numerose sono state le applicazioni che la giurisprudenza tedesca ha fatto della nozione di frode alla legge; al riguardo, merita particolare attenzione la questione della elusione dell'art. 48 l. 22 luglio 1896 sulle Borse[130], finalizzata al controllo delle speculazioni sui titoli. Accadeva di frequente che le parti stipulassero il contratto alle condizioni generali delle banche piuttosto che a quelle approntate dall'ufficio di Borsa, sottraendosi abilmente all'applicazione della normativa in esame. In quelle occasioni, la giurisprudenza, facendo ricorso ad una interpretazione non strettamente formale della disposizione, ha affermato che non era certo intenzione del legislatore escludere dall'ambito di operatività della disciplina tutte le altre convenzioni che producessero gli stessi risultati economici[131].

---

[129] Così J. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, cit., p. 151 s.

[130] Art. 48: «Sono considerati contratti a termine di Borsa su merci o titoli, le vendite od i negozi similari con un determinato tempo a termine di consegna, se essi siano stati conclusi secondo le condizioni negoziali approntate dall'ufficio di Borsa per i negozi a termine, e se per tali contratti conclusi a tali condizioni, sia seguito un accertamento ufficiale dei prezzi a termine».

[131] La questione del superamento del testo di legge e delle forme tradizionali del diritto civile si era posta in Germania anche con riferimento alla diffusa pratica del prezzo imposto(*Preisempfehlung*), su cui si rinvia a K. MELLEROWICZ, *Markenartikel – die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung*, München und Berlin, 1955; STEINDORFF, *Zweckmäßigkeit im Wettebewerbsrecht*, Frankfurt, 1959; E.R. HUBER, *Das Empfehlungsverbot*, Stuttgart, 1959; H.W. GIEFERS, *Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht*, Köln, 1960; H. HAX, *Vertikale Preis-und Konditionenbindungen nach deutschen und EWG-Kartellrecht*; Berlin-Frankfurt, 1965. La legge federale antimonopolistica del 27 luglio 1957 (*Gesetz wegen Wettbewerbsbeschränkungen*), al § 1, vietava gli accordi tra imprenditori che

L'applicazione della nozione di frode alla legge si è rivelata utile anche per sanzionare quei comportamenti posti in essere nel settore delle vendite a rate al fine di eludere una legge dettata a tutela del compratore (*Abzahlungsgsetz* del

---

fossero idonei a influenzare il mercato, limitandone la concorrenza, e al § 15 estendeva il divieto anche a quelle intese che imponendo ai rivenditori determinati prezzi ne limitavano la libera formazione. Segnatamente, così affermava il § 15: «I contratti conclusi tra imprenditori aventi ad oggetto merci o servizi che si riferiscono al mercato compreso nell'ambito di applicazione di questa legge sono nulli nella misura in cui limitano la libertà di una parte di fissare i prezzi o le condizioni commerciali di quei contratti che essa abbia concluso con dei terzi ed aventi ad oggetto sia le stesse merci consegnate, che altre merci od altri servizi». Il problema era sorto a causa dell'impiego nella suddetta legge della parola «contratto» (*Vertrag*); una interpretazione meramente formale della normativa avrebbe portato ad affermare la legittimità di tutte quelle pratiche commerciali che, pur non rientrando nello schema giuridico del contratto, erano comunque idonee a falsare il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato. Accadeva spesso, infatti, che l'imprenditore riuscisse a imporre al rivenditore una determinata linea economica, limitandosi, ad esempio, a «raccomandare», «consigliare», «suggerire», «proporre» il prezzo da applicare. I risultati a cui un simile approccio conduceva erano inaccettabili; era chiaro a tutti che, sia pure in mancanza di un impegno giuridicamente vincolante, la presenza di determinate circostanze, quale un legame economico o sociale con il produttore, avrebbe indotto il rivenditore, preoccupato di ricevere sanzioni indirette (boicottaggio, campagne denigratorie, etc.), a seguire la linea economica «suggeritagli». Il successivo § 38 co. II GWB, con formula alquanto artificiosa, stabiliva inoltre che erano contrarie alla legge quelle raccomandazioni mediante le quali taluno si poneva colposamente nella medesima situazione illecita disciplinata dal comma 1; quelle raccomandazioni che realizzassero attraverso una condotta uniforme una elusione ai divieti espressi nella legge o nelle disposizioni prese sulla base della stessa, ovvero quelle raccomandazioni che, attraverso l'adozione di condotte uniformi da parte dei destinatari, si prestassero ad eludere il divieto contenuto nel precedente § 15. La disposizione appena citata aveva determinato la nascita di una serie di discussioni circa il grado di intensità che la raccomandazione doveva avere per potersi qualificare in frode alla legge. Ci si chiedeva, in particolare, se il mero comportamento conforme da parte del rivenditore fosse sufficiente per affermare la illiceità della raccomandazione, ovvero se quest'ultima dovesse raggiungere un'intensità tale da dover considerare il comportamento medesimo quale conseguenza necessaria. Taluni autori sostenevano che ai fini della qualificazione della raccomandazione in termini di frode alla legge bisognasse appurare se i rapporti economici tra il produttore e il rivenditore fossero tali da determinare una effettiva limitazione dell'autonomia di quest'ultimo circa la libera formazione del prezzo. In questo senso, E.R. HUBER, *Das Empfehlungsverbot*, cit., pp. 48 e 56 ss.; LIEBERKNECHT, *Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?*, in *Markenartikel*, 1958, p. 339 ss.; in Italia, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, p. 116 ss. Un'altra parte della dottrina, invece, riteneva sufficiente che la raccomandazione fosse in grado di influenzare la volontà del destinatario circa la formazione del prezzo di rivendita, a prescindere dall'esistenza di un legame tra questi e l'autore della raccomandazione medesima. I sostenitori di tale indirizzo, nel timore di un'eliminazione della concorrenza nella fase della distribuzione, erano giunti ad affermare la natura fraudolenta della stampigliatura del prezzo sugli involucri dei prodotti, dell'invio di listini o *dèpliants* ai commercianti e dell'informazione diretta ai consumatori, colpendo molto più in profondità la pratica del prezzo imposto. Così BÖNTIG, in *BB*, 1960, p. 354 ss.; H.W. GIEFERS, *Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht*, cit., p. 80 ss.

16 maggio 1894). Tra i più recenti sistemi forgiati dai privati con finalità elusive, va ricordato il c.d. «finanziamento del terzo», ossia quell'operazione negoziale caratterizzata formalmente da due contratti: l'uno, di compravendita, l'altro, di mutuo. Il venditore «risultava» pagato interamente da un terzo, spesso un istituto di credito, che mutuava al debitore la somma occorrente, quest'ultimo poi rimborsava ratealmente il prestito al mutuante. Il *Reichsgericht*, prima, e il *Bundesgerichtshof*, dopo, hanno ravvisato nell'operazione un unico contratto in frode alla legge, affermando che la convenzione va valutata nella sua unità economica allorchè sia provata l'identità, una forte dipendenza o un legame contrattuale tra mutuante e venditore.

Notevoli sono state le discussioni maturate con riferimento al c.d. fenomeno dello «svuotamento» del testamento comune. Come è noto nel diritto tedesco è ammesso obbligarsi a testare in un determinato modo, anche con testamento reciproco tra due persone (§ 2274 ss. BGB). Accade spesso, però, che le parti, rimaste libere di disporre per atto tra vivi, impieghino tale libertà in modo da svuotare il contenuto dell'obbligo assunto, magari disponendo, a varie riprese, di tutti i loro beni a favore dei terzi che intendono beneficiare. Il *Bundesgerichtshof*, chiamato a pronunciarsi su tali questioni, ha qualificato gli atti dispositivi così posti in essere come elusivi del divieto di disporre *mortis causa* in modo contrario al testamento reciproco (§ 2286 BGB).

La giurisprudenza tedesca ha fatto largo uso della tecnica della frode alla legge anche al fine di reprimere le elusioni agli obblighi di autorizzazione previsti per le alienazioni di terreni agricoli da una complessa legislazione finalizzata a controllare la frammentazione terriera e la misura ottimale delle aziende agricole (*Grundstückverkehrgesetz* del 28 luglio 1961).

Gli esempi brevemente tracciati dimostrano come la dottrina e la giurisprudenza tedesche abbiano saputo impiegare la tecnica della frode in modo da conseguire risultati assolutamente non perseguibili mediante l'uso degli ordinari strumenti ermeneutici; tuttavia, il concreto atteggiarsi del fenomeno elusivo e la genericità della tecnica suggeriscono l'inidoneità della stessa a risolvere i casi poco sopra prospettati, casi la cui soluzione dipende, più semplicemente, da una corretta intepretazione della legge o del contratto.

2. *Frode alla legge e ordinamenti che recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Spagna e Portogallo.*

La nozione di frode alla legge trova oggi un espresso riconoscimento normativo nell'ordinamento giuridico spagnolo.

Il *Tribunal Supremo* era solito ricorrerre alla tecnica antielusiva ancor prima dell'avvio del processo di codificazione. Il pacifico recepimento della teoria generale della frode alla legge a livello giurisprudenziale aveva condotto i compilatori all'inserimento di un'apposita disposizione. Si allude, in

particolare, all'art. 6, § 4, del *Titulo Preliminar* al Codice civile, ai sensi del quale «*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*». La formulazione letterale della disposizione testimonia la volontà del legislatore spagnolo di adottare una definizione di frode alla legge il più generale possibile. L'istituto viene ancorato, non a caso, alla più ampia categoria giuridica degli atti e il carattere fraudolento di questi viene rinvenuto non tanto nel perseguimento, al riparo del testo di una norma, di un risultato espressamente vietato da una specifica disposizione di legge, quanto nella realizzazione di un risultato contrario ai principi e alle finalità generali dell'ordinamento giuridico.

Controverso è il valore della prova dell'esistenza di un intento fraudolento; segnatamente, ci si chiede se la presenza di un simile fattore soggettivo debba configurarsi quale elemento costitutivo indefettibile della fattispecie elusiva. L'orientamento per così dire «oggettivo» è accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, tuttavia, si fa notare, soprattutto in dottrina, come le parole impiegate nell'art. 6 «*los actos […] que persigan un resultado prohibido*» depongano a favore della tesi subiettiva.

La disposizione in esame appare degna di nota anche nella parte in cui sanziona l'atto fraudolento con l'inefficacia e la conseguente applicazione della previsione che si intendeva eludere.

L'istituto della frode alla legge è espressamente disciplinato anche con riferimento al settore del diritto internazionale privato, ove, a seguito della riforma del 1974, è stato introdotto l'art. 12, § 4, disp. prel. *Código Civil*, ai sensi del quale «*se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa espanola*». Merita di essere rilevato come l'espresso riferimento «*el fin de eludir*» contenuto in tale ultima disposizione normativa abbia indotto buona parte degli operatori del diritto ad accogliere una concezione soggettivistica della frode. La mancanza di un'espressa sanzione nell'art. 12, § 4, disp prel. *Código Civil* viene facilmente superata dalla dottrina mediante un rinvio alla disciplina generale della frode alla legge, contenuta nell'art. 6, § 4, disp. prel. *Código Civil*, di cui l'art. 12, § 4, disp. prel. *Código Civil* è una specifica applicazione.

Il campo del diritto internazionale privato si rivela proficuo per lo studio della tecnica della frode alla legge anche nell'ordinamento giuridico portoghese. Infatti, è proprio con riferimento a questa specifica materia che il legislatore ha avvertito il bisogno di disciplinare l'istituto della frode, sancendo, all'art. 21 *Código Civil português*, la irrilevanza, nell'applicazione delle norme di conflitto, di quelle situazioni di fatto o di diritto congegnate con l'intenzione di evitare l'applicazione della legge altrimenti competente. Ad avviso della dottrina, tale disposizione rappresenta la conferma del riconoscimento nell'ordinamento giuridico portoghese della teoria generale

della frode, nonchè dell'adozione di una concezione subiettiva della frode medesima. Quanto al rimedio sanzionatorio, esso è individuato dall'art. 21 nella sottoposizione della fattispecie alle norme che sarebbero risultate applicabili in difetto della manovra elusiva.

3. *Frode alla legge e ordinamenti di* common law*: Stati Uniti e Gran Bretagna*.

Nei paragrafi che precedono si è avuto modo di osservare come la teoria della frode alla legge – ora grazie all'elaborazione concettuale della giurisprudenza, ora mediante un'espressa previsione legislativa – abbia ottenuto un generale riconoscimento nei vari paesi di *civil law*. Lo stesso non può dirsi con riferimento ai paesi di *common law*, dove, secondo un'opinione largamente condivisa, la teoria in oggetto non può trovare alcuna collocazione[132].

L'atteggiamento di tali paesi, e in particolare degli Stati Uniti, nei confronti dell'istituto in esame trova la sua giustificazione nell'esistenza di un clima culturale incline alla valutazione della realtà economica più che al formalismo; di un sistema attento alla realizzazione della giustizia sostanziale più che alla garanzia della prevedibilità delle decisioni. L'ingresso in un simile quadro di riferimento di movimenti interpretativi come il pragmatismo o il realismo giuridico americano[133], che attribuiscono al giudice, già scarsamente legato alla lettera della legge, un ampio margine di manovra, ha contribuito poi ad eliminare ogni possibilità per i privati di intentare con successo una qualsiasi operazione elusiva.

Nel settore dei contratti, il restringimento dello spazio operativo della tecnica della frode è da attribuire, oltre che allo scarso formalismo del sistema, alla mancanza di istituti riconducibili alla simulazione o al negozio indiretto. L'ampio potere di controllo sull'accordo assegnato al giudice consente a quest'ultimo di superare le forme e le parole impiegate dalle parti, sì da attenuare notevolmente il rapporto dialettico forma/sostanza, condizione essenziale per il maturare di un discorso sulle frodi[134].

---

[132] In questo senso, soprattutto in materia di diritto internazionale privato, v. GRAVESON, *The doctrine of the Evasion of the Law in England and in America*, *Journal Comp. Leg.*, 1937, pp. 21 ss. e 27 ss.; FLEMING, *Evasion of Law and Divorce Adjudication*, *Int. Comp. Law Quart.*, 1952, p. 381 ss.; Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et americain*, Tel Aviv, 1954.

[133] Cfr., al riguardo, G. TARELLO, *Realismo giuridico americano*, Milano, 1962, sp. p. 173 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il realismo giuridico americano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 45 ss.

[134] Emblematico è in tal senso, il caso Moorcock (14 P.D. 64, 1889), risolto mediante un'applicazione piuttosto ampia della tecnica dell'integrazione giudiziale del contratto (*implication*). In tale occasione, la Corte ha deciso di tenere conto di ciò che le parti avrebbero convenuto come uomini di buona fede (*fair ad reasonable*), dando avvio ad una tecnica largamente seguita dalla giurisprudenza successiva. L'esigenza di adattare l'accordo

La particolare posizione assunta dal sistema giuridico americano rispetto al fenomeno della frode alla legge si manifesta in tutta la sua pienezza nel settore tributario, ove il formalismo è, per tradizione comune a tutti gli ordinamenti, particolarmente sentito. L'amministrazione finanziaria e la dottrina praticano anche in questa materia un'interpretazione non meramente formale delle disposizioni di legge, privilegiando la reale sostanza economica dell'affare più che le forme e le parole artificiosamente impiegate dalle parti. Tanto basta per rendersi conto di come in un simile contesto le manovre elusive non possano trovare spazio: il superamento delle forme del diritto civile consente al giudice di andare al di là di quanto artatamente congegnato dalle parti, fornendo un efficace strumento di lotta alle elusioni d'imposta eventualmente intentate dai privati[135]. La garanzia per i contribuenti della prevedibilità delle decisioni è

---

contrattuale alle nuove esigenze ha reso possibile la liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta e per *frustration* o caduta dello scopo contrattuale; l'inserimento nel contenuto del contratto di termini, garanzie (*warranties*), condizioni, obbligazioni collaterali (custodia, conservazione, ecc.), disposizioni a favore del terzo e anche obblighi da arricchimento senza causa (*implied contract*).

[135] Di notevole diffusione nel sistema americano è il test del *good business purpose*, la cui prima formulazione è contenuta nel famoso caso *Gregory v. Helvering*, in *United States Supreme Ciurt Reporter*, vol. 293, 1935, p. 465. Un contribuente, azionista unico della società A, la quale a sua volta era in possesso di tutte le azioni della società B, al fine di eludere l'applicazione dell'imposta sui redditi personali, aveva costituito una terza società C a cui aveva trasferito, tramite A, tutte le azioni di B, in cambio dello *stock* patrimoniale di C. Dopo appena tre giorni di vita, la società C veniva sciolta e il suo attivo – le azioni di B – veniva distribuito al contribuente, il quale aveva tentato di far passare tale incremento come derivante da un'operazione di concentrazione della società C nella società B, tramite cessione di azienda e, dunque, non soggetto a tassazione. Il Procuratore delle imposte, convinto del fatto che la creazione della società C fosse «senza sostanza», aveva considerato la distribuzione delle azioni di B come un dividendo direttamente percepito dalla società e, di conseguenza, aveva sottoposto lo stesso a tassazione. Chiamata ad intervenire, la Corte Suprema, in sede di interpretazione della normativa sulle riorganizzazioni, aveva enunciato il principio secondo cui l'operazione per essere legittima doveva essere sorretta da un «motivo d'affari», c.d. *business purpose*, e non solamente dallo scopo, sia pure in sé legittimo, di realizzare un risparmio d'imposta. Sul caso *Gregory v. Helvering*, v. anche U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 286, nota n. 313, e G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., pp. 113 s. e 116, il quale ricollega la dottrina del *business purpose*, così come la formula dell'«abuso delle forme del diritto civile», alla teoria della «*fraus legi*». Meritevole di attenzione è altresì il test delle operazioni frazionate, c.dd. *step transactions*, che propone di fissare la tassazione in ragione del risultato economico complessivo dell'operazione, al di là della struttura formale prescelta dal contribuente. Il criterio impiegato per stabilire quando il compimento di una pluralità di atti giuridici nasconde l'esistenza di un piano unitario artatamente frazionato sembra essere, alla luce della ricca casistica giurisprudenziale, quello dell'apprezzabile utilità per il contribuente di ogni singolo *step*. In altri termini, la sequenza degli atti posti in essere può dirsi non elusiva laddove ciascun atto della serie, singolarmente considerato, sia sorretto da un'autonoma giustificazione economica. Per un'approfondita disamina dell'argomento si rinvia a G. ZIZZO, *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, in *Rass. trib.*, 1986, pp. 247 ss. e sp. 249 ss. Da ultimo,

affidata all'istituto del *ruling*, che prevede la possibilità per chi intenda compiere un dato affare di sottoporre preventivamente al Fisco un quesito scritto, ottenendo una risposta vincolante entro sessanta giorni.

Considerazioni in parte analoghe possono essere fatte con riferimento all'attuale sistema giuridico anglosassone, connotato, sia pure in forma più moderata, dalla continua ricerca della giustizia sostanziale, anche a costo di sacrificare i principi della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni.

Il tormentato rapporto libertà (contribuente)/autorità (Fisco) che per anni ha caratterizzato il sistema tributario di questo paese merita però un qualche approfondimento. Fino alla fine degli anni settanta in Inghilterra non esisteva un principio generale antielusivo: il richiamato conflitto tra contribuente e amministrazione finanziaria si risolveva nella prevalenza del primo. Il cittadino era reputato libero di compiere tutte quelle operazioni fiscali che gli consentivano di risparmiare più tasse e che non erano espressamente vietate dal testo di legge. La certezza del diritto, soprattutto in materia tributaria, era considerata un bene generale da rispettare, ancorchè ciò potesse risolversi nella impunità delle operazioni fraudolente. I giudici, sulla falsariga del formalismo giuridico, proprio dei paesi dell'Europa continentale, si dichiaravano molto attenti e rispettosi delle forme e del testo di legge[136]. In tale prospettiva si collocava l'orientamento che caldeggiava un'interpretazione restrittiva della legge tributaria, fondata sulla circostanza che solo il Parlamento poteva spostare il punto di equilibrio tra Fisco e contribuente quando nascono dubbi interpretativi. In altri termini, al giudice era demandata la mera applicazione della legge[137], spettava, invece, al Parlamento la chiusura delle maglie troppo larghe della rete fiscale, laddove se ne ravvisasse la necessità. La lotta alle elusioni era rimessa a singoli provvedimenti di legge, di volta in volta emanati sulla base delle esigenze contingenti.

Ben presto, però, la mole di tali provvedimenti, unitamente all'eccessivo tecnicismo degli stessi, attirarono l'antipatia di non pochi giuristi, i quali non mancarono di sottolineare come un sistema così congegnato non fosse affatto

---

va ricordato il test forma/sostanza, molto utilizzato sebbene implichi lo sforzo di stabilire quando è possibile non tenere conto della forma legale della transazione.

[136] Cfr. il *leading case Duke of Westminster v. Commissioner of Inland Revenue*, 19, T.C. 490, riportato da B. GRIZIOTTI, *Pragmatismo e giurisprudenza fiscale*, cit., p. 177 s. Il duca di *Westminster* era riuscito a versare una minore sovraimposta sul reddito (*surtax*), facendo passare i normali stipendi corrisposti ai propri impiegati per valide spese detraibili, versate *una tantum* agli impiegati medesimi a titolo di gratifica.

[137] Così affermava Lord Cairns nel caso Partington: «se la persona che deve essere tassata, deve esserlo in base alla lettera della legge, allora la tassazione deve essere affermata per quanto grande possa apparire il rischio alla mente del giudice. D'altra parte, se la Corona, che cerca di applicare l'imposta, non può ricomprendere il caso nella lettera della legge, il soggetto è libero, anche se il caso potrebbe apparire diverso considerando lo spirito della legge. Una costruzione equitativa non è infatti ammissibile in materia fiscale».

efficace. Le Corti, verosimilmente influenzate dall'atteggiamento piuttosto critico della dottrina, abbandonarono il tradizionale indirizzo e iniziarono a prestare attenzione al risultato economico sostanziale dell'operazione economica di volta in volta implicata. Significativi sono in tal senso i casi *W.T. Ramsay Ltd. v. IRC*[138] e *IRC v. Burmah Oil Ltd*[139], anche se è solo con il caso *Furniss* (*Inspector of Taxes*) *v. Dawson* (1984)[140], di poco successivo ai primi due, che, per la prima volta, viene introdotto nell'ordinamento anglosassone un principio generale antielusivo. Contribuisce a definire il quadro fin qui delineato la decisione della Camera dei *Lords* del 21 luglio 1988 sui tre appelli riuniti, *Crafen (Inspector of Taxes) v. White*; *IRC v. Bowater Property Developments Ltd.*; *Baylis (Inspector of Taxes) v. Gregory*[141].

---

[138] *W.T. Ramsay Ltd. v. IRC* (1981), STC 174 e (1982) c. 300. La questione riguardava un procedimento negoziale complesso, realizzato mediante il compimento di una pluralità di transazioni d'affari nessuna delle quali poteva dirsi simulata, preordinato a produrre una perdita deducibile ai fini dell'imposta sui *capital gains* e un utile di pari importo destinato a compensare la perdita medesima. In altri termini, l'operazione era stata congegnata in modo tale che gli effetti prodotti dal primo contratto venissero annullati dagli effetti prodotti dal secondo (piano circolare), con la conseguenza che la perdita deducibile ai fini dell'imposta sui *capital gaines* non poteva dirsi effettivamente realizzata. Ai giudici fu chiaro che il piano era stato predisposto artatamente al fine di eludere la tassazione prevista.

[139] *IRC v. Burmah Oil Ltd* (1982), STC 30. Una società controllante aveva venduto alla sua controllata, creata proprio a tal fine, un pacchetto di azioni BP a *market-value*. In un secondo tempo, atteso il rischio di insolvenza della controllata, la società controllante aveva riacquistato le azioni dalla sussidiaria, a prezzo di mercato. Quando quest'ultima era stata posta in liquidazione, la perdita era stata allocata sulla società madre che peraltro aveva mantenuto il possesso delle azioni BP. I giudici, convinti dell'esistenza di un piano preordinato ad evidenziare una perdita reale che però non avrebbe potuto essere deducibile fiscalmente, hanno affermato che lo scopo commerciale dell'operazione va valutato in ragione del risultato complessivo, senza tenere conto delle giustificazioni economiche sottese ai singoli atti intermedi.

[140] *Furniss* (*Inspector of Taxes*) *v. Dawson* (1984) STC, 153 e (1984) AC 474. I *Dawson* avevano deciso di trasferire talune azioni della loro società alla *Wood Bastow Holdings Ltd.* per 152.000 sterline, ma, al fine di eludere il pagamento della CGT, avevano fatto ricorso ad un'operazione esente da tale imposta, apportando dapprima le azioni medesime a una società dell'Isola di Man (la *Greenjacket Ltd.*) in cambio di altre azioni. In un secondo momento, le azioni *Dawson* in portafoglio di *Greenjacket* erano state vendute, sempre per 152.000 sterline, alla *Wood Bastow*. Dal momento che il prezzo corrisposto dalla *Wood Bastow* era stato ricevuto e tenuto dalla *Greenjacket*, l'operazione non è stata considerata circolare, come quella del caso *Ramsay*, ma lineare. Un'operazione cioè che trasferisce la ricchezza tassabile dal soggetto che avrebbe dovuto essere tassato ad altro soggetto. La non circolarità del piano non è stata di ostacolo ai giudici che con tale decisione hanno esteso il principio *Ramsay* ai c.dd. piani lineari, ma finalizzati alla elusione delle imposte.

[141] *Crafen (Inspector of Taxes) v. White*; *IRC v. Bowater Property Developments Ltd.*; *Baylis (Inspector of Taxes) v. Gregory* (1988), STC, 443-523. Nel caso *Crafen (Inspector of Taxes) v. White*; *IRC v. Bowater Property Developments Ltd.*, i titolari di un pacchetto azionario della Q Ltd. avevano apportato le azioni a una società dell'Isola di Man – la M Ltd. – appositamente creata. In un secondo momento, gli stessi avevano trasferito le azioni Q Ltd, in portafoglio

L'ordinamento giuridico inglese, al di là di un periodo iniziale, conferma così la tradizione dei paesi di *common law*, proteso com'è alla tutela di esigenze di giustizia sostanziale e al rigetto di un ossequioso rispetto della legge[142].

alla M Ltd., alla J Ltd., per un prezzo identico a quello di acquisto. Successivamente, i ricavi della vendita erano stati dati a mutuo senza interessi dalla M Ltd. agli *ex* titolari delle azioni Q Ltd. Peraltro i titolari delle azioni avevano trasferito i titoli alla M Ltd. prima di essere certi di poter alienare in effetti le azioni stesse a J Ltd. o a qualunque altro soggetto. Nel caso *IRC v. Bowater*, la *Bowater Ltd.* aveva diviso un terreno di sua proprietà in 5 parti, ciascuna delle quali era stata acquistata da 5 società controllate dalla *Bowater Holding*, per un prezzo complessivo del terreno di circa 200.000 sterline, il tutto in vista della futura vendita dell'intero fondo alla MP Ltd. Le ragioni del frazionamento erano da individuarsi nella circostanza che prima del 1980, in base ai meccanismi della *Dev Land Tax*, ogni società aveva a disposizione un *plafond* di esenzione di 50.000 sterline, con la conseguenza che l'operazione posta in essere appariva finalizzata al conseguimento di un mero vantaggio di tassazione. Peraltro, il terreno nella sua interezza era stato alienato alla MP Ltd. solamente un anno dopo. Ai giudici era richiesto di verificare se in tutti i casi sopra menzionati fosse ravvisabile un piano preordinato, sia pure in assenza di un vincolo contrattuale preciso.

[142] Al riguardo, cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 292.

CAPITOLO III

FRODE ALLA LEGGE E ORDINAMENTO INTERNO: QUESTIONI TEORICHE E APPLICAZIONI PRATICHE

SOMMARIO: ▪Sezione I. *Questioni teoriche*▪ – 1. Autonomia privata, contrarietà alle norme imperative e frode alla legge. – 2. Contratto fraudolento e natura giuridica della norma elusa. – 3. Contratto in frode alla legge e tesi «oggettiva». – 3.1. Tesi «soggettiva». – 3.2. Tesi «intermedia» e criteri di valutazione dell'intento elusivo. – 4. Contratto in frode alla legge e frode ai diritti dei terzi. – 4.1. Frode e norme di diritto tributario. – 5. Tecniche elusive, simulazione e negozio indiretto. – 6. Strumenti di attuazione della frode alla legge. – 7. Attività interpretativa e criteri di accertamento delle fattispecie elusive. – ▪Sezione II. *Applicazioni pratiche*▪ – 1. Libertà contrattuale, frode alle norme imperative e prassi giurisprudenziale. – 2. Pratiche elusive e diritto internazionale privato. – 3. Ipotesi applicative: contratti di alienazione in garanzia e trasferimento commissorio. – 3.1. Contratti di alienazione in garanzia risolutivamente condizionati all'adempimento del debitore-venditore. – 3.2. *Sale and lease back*. – 3.3. Oggetto della clausola penale e divieto del patto commissorio. – 3.4. Prelazione agraria. – 3.5. Ulteriori ipotesi applicative. – 4. Collegamento negoziale e «struttura» delle tecniche elusive. – ▪Sezione III. *Autonomia della frode alla legge e prospettive rimediali*▪ – 1. Considerazioni critiche e ricostruzione «in positivo» della frode alla legge. – 2. Contratto fraudolento e tecniche rimediali.

SEZIONE I

QUESTIONI TEORICHE

1. *Autonomia privata, contrarietà alle norme imperative e frode alla legge.*

La trattazione dei temi della causa illecita e della frode alla legge nel nostro ordinamento trova le sue necessarie premesse nella materia dei rapporti fra l'autonomia privata e le valutazioni di illiceità delle operazioni economiche poste in essere alla stregua della suddetta autonomia.

In termini giuridici, il problema è quello di verificare il rapporto tra autonomia e ordinamento, tra autorità e libertà[143]. L'art. 1322 c.c., come tutti ben sanno, attribuisce ai soggetti la libertà di decidere la struttura negoziale, intesa come il potere di compiere, per la realizzazione di un'identica finalità, una duplice opzione: scegliere fra una struttura contrattuale e una struttura negoziale unilaterale ovvero fra diverse strutture contrattuali. Nell'area della libertà di scelta della struttura negoziale si colloca la possibilità riconosciuta ai privati di realizzare il risultato perseguito in via diretta o indiretta, «adattando» allo scopo programmato, mediante l'inserimento di apposite clausole, le

[143] Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 756.

strutture negoziali tipiche o atipiche in astratto destinate a realizzare altre funzioni.

Tale libertà di principio trova il suo limite nel divieto di «eludere l'applicazione di una norma imperativa» (art. 1344 c.c.) e, ancora prima, nella illiceità derivante dalla contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.). Gli atti di autonomia negoziale sono soggetti a un duplice ordine di controlli: quello di meritevolezza, preventivo rispetto al riconoscimento da parte del sistema giuridico dell'atto di autonomia (art. 1322, comma 2, c.c.), e quello di liceità della causa, successivo rispetto alla formazione di quest'ultimo (art. 1343 c.c.). Il primo non è sinonimo del secondo, la non meritevolezza della causa non si risolve necessariamente nella sua contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; diversamente, risulta difficile ipotizzare un contratto illecito che persegua interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico.

Pochi concetti hanno avuto una elaborazione altrettanto travagliata come quello di causa[144], identificata ora con la «funzione economico-sociale», ora con la «funzione economico-individuale» del contratto.

La dominante dottrina, in vigenza del codice civile del 1865, valutava il contratto esclusivamente come fonte di obbligazioni; ciò spiega perché la causa veniva riferita all'obbligazione e definita, in termini c.dd. soggettivi, come lo scopo che induceva il soggetto alla stipula del contratto.

Sotto l'influenza della dottrina tedesca, al concetto di obbligazione cominciò a sostituirsi quello di «prestazione», comprensivo delle vicende non obbligatorie ma immediatamente traslative. Ciò portò al graduale superamento della teoria soggettivistica della causa che iniziò a essere definita come la funzione, la ragione economico-giuridica del contratto[145]. La causa diveniva,

---

[144] Per una prima indicazione bibliografica, v. A. DI MAJO, *Causa del negozio*, in *Enc. giur.* Treccani, VI, Roma, 1988; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547; S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, pp. 75, 105; R. NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1379. In epoca più recente, v. U. BRECCIA, *Causa illecita*, in ALPA, BRECCIA e LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 141 ss. e E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 240, ove si legge: «La causa è in grado di verificare in maniera non rigida, bensì con un sindacato flessibile di tipo oggettivo, la funzionalità di qualunque programma contrattuale le parti intendano liberamente realizzare». Un tale requisito, pertanto, «non ostacola l'autonomia privata né la libertà creativa delle parti, ma impedisce unicamente la programmazione di un affare irrazionale nel quale sia insito il rischio di una sopraffazione di una parte sull'altra o quello di un privilegio dei terzi rispetto ai contraenti».

[145] V., più diffusamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 447 ss., secondo cui: «La definizione della causa come funzione economico-sociale ha espresso anche l'idea della causa come criterio di controllo della meritevolezza degli atti di autonomia privata. La causa non è semplicemente la ragione pratica per la quale le parti stipulano il contratto ma, oltre, la ragione per la quale l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica al contratto»; nonché E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., rist. corretta, in *Tratt.*

dunque, strumento di controllo dell'operare dei singoli all'interno dell'ordinamento giuridico[146].

Successivamente si è affermata una formulazione della causa in termini di funzione economico-sociale, sottintendendo un preciso ruolo attribuito agli atti negoziali, riconosciuti e protetti dall'ordinamento giuridico solamente se idonei a realizzare una funzione socialmente utile. I sostenitori di tale teoria, comprimendo ulteriormente il potere di autoregolamentazione dei privati, reputavano gli schemi atipici predisposti dai contraenti meritevoli di tutela soltanto se non confliggenti con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume e se portatori di finalità generali individuate dall'ordinamento. In tale ottica, la tutela giuridica non poteva mai essere accordata a negozi socialmente improduttivi, giuridicamente indifferenti o economicamente futili. Si comprende, allora, che il passaggio dalla concezione c.d. soggettiva a quella c.d. oggettiva rappresenta lo spostamento della valutazione del contratto dal piano dei contraenti a quello dell'ordinamento. Nella prospettiva pur sempre oggettivistica si colloca anche l'idea della causa quale sintesi degli effetti giuridici diretti ed essenziali del contratto[147].

Queste ultime teorie hanno influito non poco sulla scelta del legislatore del 1942, il quale ha identificato la causa con il tipo contrattuale, cioè con l'astratto schema regolamentare che racchiude l'operazione posta in essere dai privati[148]. Ciò ha comportato non pochi equivoci: chi identifica la causa con la funzione economico-sociale, cioè con il tipo, deve infatti escludere che si possa configurare un problema di illiceità della causa in un contratto

---

dir. civ. it. Vassalli, XV, 2, Torino, 1955, p. 183, il quale ha incisivamente definito la causa come «la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata».

[146] V. E. BETTI, *Causa*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 37.

[147] Cfr. S. PUGLIATTI, *o.l.c.* e G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 85.

[148] Il legislatore nel dettare le disposizioni in materia di causa del contratto dichiara di essersi ispirato alla teoria obiettiva. Ciò si evince chiaramente dalla relazione del Guardasigilli sul primo progetto ministeriale di codice civile (n. 190 s.), in cui si legge :«[…] nei contratti nominati […] la causa è *in re*, dato il riconoscimento esplicito di una tutela allo scopo economico che il contratto intende realizzare […]. La dottrina prevalente […] ha identificato nella causa quel requisito obiettivo del contratto in cui si riassume la condizione della tutela giuridica alla volontà privata. Alla stregua di questa concezione la causa è lo scopo intrinseco socialmente apprezzabile del contratto». Altrettanto significativa è la relazione al Re sul testo del codice (n. 79) in cui si afferma, contro il pregiudizio incline ad identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che «la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto, ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini, e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata». Anche l'inserimento di una disposizione sul motivo, accanto a quella sulla causa, dimostra in modo chiaro come il nuovo testo legislativo si sia ispirato alla teoria obiettiva.

nominato[149]. Da qui la necessità di distinguere tra uno schema causale «astratto», rappresentato dal tipo, cioè dalla causa come funzione economico-sociale, e uno schema causale «concreto», identificato nell'interesse perseguito e regolato mediante il contratto[150].

Venuti meno gli assetti e gli indirizzi ideologici che avevano indotto il sistema politico ad elevare la causa a mezzo di controllo dell'utilità sociale del contratto, s'è ritenuto preferibile ravvisare nella stessa, la funzione economico-individuale[151], vale a dire il valore e la portata che all'operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti[152].

La distinzione tra causa in astratto e causa in concreto, poco sopra accennata, e il conseguente abbandono della identificazione dell'elemento causale con il tipo determinano il superamento delle difficoltà incontrate dalla dottrina tradizionale in ordine all'ammissione della configurabilità di fattispecie contrattuali tipiche aventi causa illecita[153]. Ciò implica la necessità di estendere il controllo sulla liceità dell'elemento causale ai contratti tipizzati dal legislatore.

---

[149] Orientamento peraltro smentito dallo stesso legislatore del 1942, il quale, nel regolare un contratto nominato e tipico come il contratto di lavoro, ha implicitamente ammesso la possibilità che una figura contrattuale prevista dalla legge possa essere nulla per illiceità della causa (art. 2126 c.c.). Sul punto, v. più diffusamente U. BRECCIA, *Causa illecita*, cit., p. 143 ss.

[150] Sulla causa in astratto, v. Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 734. A favore della causa in concreto si è, invece, espressa la giurisprudenza più recente: Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 410, la quale ha affermato che il giudice, nel procedere all'identificazione del rapporto contrattuale, alla sua denominazione e all'individuazione della disciplina che lo regola, deve procedere alla valutazione «in concreto» della causa, quale elemento essenziale del negozio, tenendo presente che essa si prospetta come strumento di accertamento, per l'interprete, della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta effettivamente in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi degli artt. 1343 e 1322, comma 2, c.c. Nella stessa ottica, Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Giur. it.*, 2007, p. 1952, con nota di STRONA, la quale dichiara, con riferimento al *sale and lease back*, che un contratto d'impresa socialmente tipico è in linea di massima astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che il contratto è volto ad aggirare una norma imperativa. In dottrina, con riferimento alla causa in concreto, v. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 364 e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 452 s.

[151] In dottrina si rinvia a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., e, ora, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 124 s.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I-II, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, p. 644; F. CARRESI, *Il contratto*, in Tratt. *dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, vol. XXI, t. 1, Milano, 1987, p. 327. Così si è espressa Cass., Sez. un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Temi*, 1975, p. 44 ss., con nota di A. FRANDI, *Spunti in tema di revisione del concetto di causa. (In margine a una significativa decisione di una controversia di lavoro)*. In senso conforme, Cass., 28 gennaio 1983, n. 808, in *Giust. civ. Mass*., 1983, p. 261 ss.

[152] Al riguardo, cfr. C.M. BIANCA, *o.l.c.*

[153] V. U. BRECCIA, *o.l.c.*

Come la nozione di causa del contratto, anche quella di illiceità risulta storicamente ancorata alla materia delle obbligazioni: «ogni obbligazione deve avere una causa onesta […]. Quando la causa per cui l'obbligazione fu contratta offende la giustizia, la buona fede o i buoni costumi, l'obbligazione è nulla, com'è nullo tutto il contratto», diceva Pothier[154]. L'illiceità della causa per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume trova la sua prima esplicita formulazione nel codice napoleonico, per poi trasporsi nel codice civile del 1865 e, successivamente, nel codice attualmente in vigore.

La più risalente dottrina proponeva di distinguere la categoria unitaria della illiceità negoziale nelle tre figure della violazione di una legge proibitiva d'interesse pubblico (illegalità), dell'urto con la morale (immoralità), della deroga a una legge imperativa (contrarietà all'ordine pubblico)[155]. Tale impostazione non trovava invero alcun riscontro nella terminologia adoperata nel codice, non distinguendo più quest'ultimo le norme proibitive da quelle imperative. Tuttavia, vi è chi continua a collocare la «illegalità» nel più ampio *genus* della illiceità[156], ancorando siffatta differenziazione concettuale al piano dei rimedi approntati dal codice: il contratto contrario a norma imperativa non è necessariamente nullo, poiché la legge stessa ammette che la conseguenza prevista possa essere diversa (art. 1418, comma 1, c.c.); necessariamente nullo è invece il contratto la cui causa sia contraria alla norma imperativa, poiché non potrebbero essere ammesse eccezioni alla conseguenza della nullità (art. 1418, comma 2, c.c.). Il contratto contrario alla norma imperativa, ma non sotto il profilo della causa, è pertanto solo illegale.

I brevi cenni fatti alla causa e alla illiceità di questa costituiscono i presupposti indefettibili per l'inizio di uno studio sul contratto in frode alla legge. Non è un caso che il legislatore abbia espressamente ricondotto tale figura a quella del contratto avente causa illecita. Resta tuttavia da chiarire la portata di un simile rinvio; in altri termini, bisogna appurare se l'art. 1344 c.c., nella parte in cui rimanda implicitamente alla disciplina del contratto avente causa illecita, intenda accomunare le due figure sul piano strutturale – come dire che il contratto in frode alla legge è sempre un contratto affetto da illiceità della sola causa – ovvero sul piano meramente effettuale – come dire che il contratto in frode alla legge, a prescindere dalla qualificazione del vizio da cui è affetto, è sempre nullo al pari del contratto avente causa illecita.

La *fraus legi* si presenta come istituto tipico del diritto privato, correlato all'esercizio dell'autonomia negoziale; è possibile che i privati, avvalendosi dei loro spazi, impieghino un contratto, ovvero come si dirà più avanti anche un atto unilaterale, per il perseguimento di finalità che si pongono in conflitto

---

[154] R.G. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, vers. it. di Francesco Foramiti, I, Venezia, 1833, p. 48 s.; sul punto, cfr. U. BRECCIA, *Causa illecita*, cit., p. 141.

[155] Così F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano*, Padova, 1902, p. 101 ss.

[156] V., per tutti, F. FERRARA, *o.l.c.*

con norme imperative, perché da queste vietate, o comunque considerate sotto aspetti e con modalità diversi da quelli perseguiti dall'agente stesso[157]. Secondo la distinzione accolta dalla dottrina tradizionale, il contratto contrario a norma imperativa (*contra legem*) realizza una violazione diretta della norma, disattendendone la lettera e lo spirito; diversamente, il contratto in frode alla legge realizza una violazione indiretta e mediata della norma, rispettandone la lettera (*salvis verbis legis*) ma disattendendone lo spirito (*sententiam eius circumvenit*). Ambedue le fattispecie contrattuali sono affette da illiceità: la prima è una illiceità per contrasto, la seconda una illiceità per frode[158]. In definitiva, la clausola generale della frode alla legge consente al giudice di dichiarare la nullità di un contratto, secondo il combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c., sebbene questo non contrasti direttamente con il precetto normativo, anche sulla base di una interpretazione non strettamente letterale[159]. Si tratta di una valvola di sicurezza che il legislatore del 1942,

---

[157] V. G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, cit., p. 74. Tale operazione è stata spesso descritta in dottrina con la formula «abuso del tipo contrattuale». Al riguardo, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 172 ss.; C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1978, I, p. 48 ss.; U. BRECCIA, *Causa illecita*, cit., p. 262.

[158] Sotto il profilo dell'essenza sociale del fenomeno elusivo, L. CARRARO, *Valore attuale della massima* «fraus omnia corrumpit», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1943, p. 1 s., osserva: «la volontà del soggetto che, mediante la tutela dell'ordinamento giuridico, può di regola raggiungere liberamente gli scopi che le sono suggeriti dall'interesse individuale, trova talora nello stesso ordinamento un ostacolo a questa attività; può trattarsi di una norma proibitiva che determini l'illiceità del fine perseguito, sia statuendo l'invalidità dell'atto, sia comminando una pena nel caso in cui la proibizione non venga rispettata; può trattarsi anche di una norma precettiva, che consenta il conseguimento del fine solo con l'adozione di una determinata forma […]: la volontà si trova, anche in questo caso, di fronte a un ostacolo, che qualche volta può essere superabile, sia pure con un certo sacrificio, che qualche altra può indurre le parti a desistere dal loro intento in previsione degli svantaggi che deriverebbero dal superamento dell'ostacolo medesimo. Succede talora che il soggetto, quando si trovi di fronte a una situazione di questo genere, anziché sottoporsi alla volontà della legge, cerchi di raggiungere il risultato propostosi malgrado la proibizione o senza adottare la forma prescritta. Ma poiché il tentativo di conseguire quel risultato sarebbe inutile, dato il limite posto all'autonomia privata da una norma inderogabile, il soggetto evita di porsi manifestamente in contrasto con la legge, cerca di sfuggirle creando una situazione che, essendo diversa da quella della fattispecie legislativa, si sottragga alle sanzioni previste da questa: si serve, ad esempio, di un negozio che, sebbene porti tipicamente a un risultato diverso, può essere tuttavia utilizzato per raggiungerne uno equivalente a quello previsto, magari mediante una modificazione della struttura con l'inserzione di una clausola accidentale; oppure si serve di una combinazione di negozi che presi singolarmente sono leciti. In tal modo la fattispecie della norma imperativa resterebbe fuori di considerazione e dovrebbe invece subentrare l'effetto conseguente alla fattispecie adottata».

[159] Così U. BRECCIA, *o.c.*, p. 258. Cfr. altresì G. GIACOBBE, *o.c.*, p. 73 ss.; e, più di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, in CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milano, 1996. In senso critico, L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 47 ss., secondo cui la frode alla legge autorizzerebbe l'interprete a procedere all'applicazione analogica delle norme

diversamente da quello del 1865, ha voluto introdurre nel codice come correttivo allo schema legale tipico e, dunque, alla causa astrattamente intesa come funzione economico-sociale. L'interprete viene così invitato a non reputare lecita la causa di un contratto sol perché questo è espressamente tipizzato dal legislatore; lo stesso è investito del compito di procedere all'accertamento della effettiva consistenza dell'affare.

2. *Contratto fraudolento e natura giuridica della norma elusa.*

In ordine alla individuazione delle disposizioni suscettibili di essere aggirate dai privati si sono registrate opinioni differenti.

Coloro i quali identificano la frode alla legge con una *species* del più ampio *genus* della illiceità sono portati a riconoscere che un problema di elusione può porsi solamente con riferimento alle norme inderogabili[160].

Gli Autori che, invece, rivendicano l'autonomia della figura del negozio in frode alla legge rispetto a quella del negozio illecito qualificano l'istituto delineato dall'art. 1344 c.c. come un *genus* diverso da quello esemplificato nell'art. 1343 c.c., pervenendo a conclusioni differenti. S'è osservato che quando una norma ha carattere dispositivo o suppletivo è lo stesso ordinamento a subordinarne l'applicazione alla volontà delle parti, riconoscendo validità ed efficacia all'eventuale disposizione negoziale contraria alla norma. Pertanto, la figura della frode alla legge sarebbe configurabile solo rispetto a quelle regole dettate a tutela di un interesse pubblico, a prescindere dalla sanzione comminata dalla norma[161].

È stato però sostenuto che di illiceità per illegalità può parlarsi solamente nel caso in cui alla violazione della norma consegua la nullità del negozio, giacchè questa dovrebbe essere la sola sanzione contro la trasgressione di

---

imperative, colpendo quelle operazioni che non potrebbero altrimenti rientrare nel raggio dell'interpretazione estensiva della norma elusa; ID., *Valore della massima «*fraus omnia corrumpit», in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1949, p. 782 ss. Per G. D'AMICO, la funzione dell'art. 1344 c.c. è «complementare» a quella che svolge, con specifico riferimento alla materia dei contratti, la previsione generale dell'ordinamento in ordine al ricorso al procedimento di integrazione analogica. La funzione dell'art. 1344 c.c., in definitiva, sarebbe quella di ampliare la nozione di contrarietà alla legge, così da ricomprendere in essa anche i contratti che pervengono ad un risultato analogo a quello che la legge espressamente vieta (*Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 164). L'a. prosegue affermando che il ruolo assolto dall'art. 1344 c.c. è quello di garantire, in ultima analisi, il rispetto dei contenuti imperativi attraverso la messa a disposizione dell'interprete di uno strumento ulteriore rispetto a quelli dell'interpretazione della legge e dell'interpretazione del negozio. Strumenti, questi ultimi, utili ma insufficienti in molti casi a contrastare i tentativi di elusione posti in essere dai contraenti (p. 175 ss.).

[160] In questo senso, G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, p. 30 s.

[161] Così L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 147.

norme poste a tutela di un interesse sociale. Se ciò fosse vero, dovrebbe escludersi la suscettibilità di frode di quelle norme che comminano una sanzione meno grave della nullità, come l'annullabilità, dal momento che una simile risposta sanzionatoria tradirebbe la tutela di un interesse privato piuttosto che di uno pubblico.

La *querelle* è stata poi superata dallo stesso legislatore che, dichiarando nullo il contratto contrario a norme imperative «salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, comma 1, c.c.), ha confermato la tesi secondo cui la violazione di norme imperative o proibitive poste nell'interesse pubblico non implica necessariamente la sanzione della nullità[162].

Chiarita, dunque, la questione nel senso della irrilevanza della sanzione al fine di riconoscere l'ammissibilità della frode, la dottrina ha iniziato ad interrogarsi circa il significato da attribuire al concetto di «norme imperative», contenuto nell'art. 1344 c.c. Da una parte, si è sostenuta una interpretazione estensiva della disposizione e si è ammessa la configurabilità di un contratto in frode tanto alle norme proibitive quanto a quelle precettive; dall'altra, invece, si è accolta l'opinione più restrittiva, che identifica le norme imperative di cui all'art. 1344 c.c. con le sole norme proibitive, riconoscendo un'impossibilità logica di frode alle norme precettive. Tale impossibilità muoverebbe dal presupposto secondo cui le norme precettive non sono suscettibili di violazione: quando la norma subordina la validità di un atto all'esistenza di un dato elemento, la mancanza di questo non comporta un atto *contra legem*, ma un atto inesistente perché privo di un elemento essenziale. In altri termini, il tentativo di violare la norma precettiva sarebbe inutile, giacchè si risolverebbe in ogni caso nella creazione di un nulla giuridico. L'accoglimento, da parte di questi Autori, della nozione tradizionale della frode alla legge, quale *species* del *contra legem agere*, conduce poi alla negazione di una possibile frode alle norme precettive.

Da più parti s'è osservato come una simile argomentazione non sia universalmente valida; se infatti è certo che le norme che stabiliscono oneri piuttosto che obblighi non sono suscettibili di violazione, così non può dirsi per quelle disposizioni che, seppur precettive, hanno la struttura dell'imperativo categorico. Basterà ricordare, in materia di diritto di famiglia, l'art. 143 ss. c.c. relativo agli obblighi derivanti ai coniugi dal matrimonio, per la violazione dei quali sono previste, a seconda dei casi, sanzioni patrimoniali (art. 146 c.c.) e penali (art. 570 c.c.); l'art. 261 c.c., che estende l'obbligo di mantenimento, previsto dall'art. 147 c.c. a favore della prole legittimata, al

[162] Emblematico è, in tal senso, l'art. 2098 c.c., secondo cui il contratto di lavoro stipulato senza l'osservanza delle norme concernenti la disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro può essere annulato su domanda del pubblico ministero entro l'anno dalla data di assunzione del lavoratore. La sanzione applicata è quella dell'annullabilità, ma la proponibilità della domanda di annullamento da parte del pubblico ministero è la migliore riprova che nella specie si tratta di un comando posto nell'interesse generale.

figlio naturale; l'art. 433 ss. c.c., relativo all'obbligo di prestare gli alimenti; ovvero, in materia di diritto del lavoro, l'art. 2077 c.c., che prevede l'obbligo di uniformare il contratto individuale di lavoro alle norme del contratto collettivo stipulato per la relativa categoria e la sostituzione di diritto di queste alle eventuali clausole difformi del contratto individuale, a meno che esse non contengano condizioni più favorevoli al lavoratore; e l'art. 2098 c.c., che commina la sanzione dell'annullabilità, su domanda del pubblico ministero, al contratto stipulato senza l'osservanza delle disposizioni concernenti la disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro, salva l'applicazione delle sanzioni penali.

Alla luce di ciò, non pare possa ritenersi fondata la tesi volta a negare la configurabilità di un contratto in frode alle norme precettive, quantomeno laddove queste pongono obblighi. Peraltro, le considerazioni svolte circa la impossibilità logica di frode alle norme precettive che stabiliscono oneri si rivelano inutili laddove si consideri la frode come una figura autonoma dal *contra legem agere*. L'impossibilità di violare le norme precettive che stabiliscono oneri comporta automaticamente l'impossibilità di configurare una frode rispetto alle medesime statuizioni solamente allorché si accolga l'idea della frode quale forma di violazione della norma. Subordinare il conseguimento di un certo risultato al rispetto di determinate condizioni, come, ad esempio, l'adozione di una particolare forma negoziale, e l'irrilevanza di una contraria volontà delle parti dimostrano che la disposizione è dettata in ragione di un interesse generale: il risultato conseguito mediante l'utilizzo della tecnica della frode urterebbe appunto contro tale interesse. La ragione che ha indotto il legislatore a sanzionare il negozio fraudolento sussisterebbe allora anche in tale circostanza, giustificando così l'applicazione dell'art. 1344 c.c. non solo rispetto alle norme proibitive e a quelle precettive dalle quali derivano obblighi, ma anche alle norme precettive che pongono oneri.

3. *Contratto in frode alla legge e tesi «oggettiva».*

A fronte della complessità dell'argomento, si tenterà di ricostruire il problematico istituto della frode alla legge, partendo dall'analisi delle posizioni della dottrina e delle decisioni della giurisprudenza.

Con riferimento alla dottrina, si segnalano due principali contrapposti orientamenti: l'uno c.d. «oggettivo» e l'altro c.d. «soggettivo»[163].

---

[163] Sui meccanismi e le tecniche di attuazione della *fraus legi*, v. anche G. PALERMO, *Il problema costruttivo della frode alla legge e il principio tradizionale dell'irrilevanza del motivo*, in *Gli allievi romani in memoria di F. Calasso*, Roma, 1967; ID., *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, 1970; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; ID., voce *Negozio in frode alla legge*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1999, p. 80; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, 12, 573. Per

I sostenitori del primo, riprendendo la concezione propria della dottrina classica – che va dai giuristi romani ai pandettisti, e in particolare a Bähr e Kohler – , affermano che *in fraudem legis agere* significa perseguire il fine vietato in modo occulto, rispettando i *verba legis* e violandone la *sententia*; laddove, invece, il *contra legem agere* consiste nel violare i *verba* della norma imperativa in modo palese e diretto[164]. Il contratto in frode alla legge realizza un risultato economico identico a quello vietato dalla norma elusa – e non finalità analoghe che non potrebbero a rigore essere vietate per il principio generale di cui all'art. 14 disp. prel. c.c. – ma, diversamente dal contratto contro la legge, che concretizza le suddette finalità in via immediata, lo realizza in via mediata, vuoi per il carattere indiretto o fiduciario del contratto stesso[165], vuoi per il

---

una vasta ricognizione dottrinale e giurisprudenziale della casistica, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit.

[164] Di tale avviso, G. MESSINA, *Sulla frode alla legge nel negozio giuridico di diritto privato*, in *Circolo giur.*, XXXVIII, 1907, p. 211 ss.; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1909, p. 67; ID., voce *Frode alla legge* (Atti in), in *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. III, parte I, 1923, p. 200; G. OPPO, *Recensione a Carraro*, *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 177 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto Civile. Saggi*, 1951, p. 341 ss.; A. CESSARI, *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1073 ss. Per meglio comprendere come al rispetto della lettera della legge possa non corrispondere il rispetto dello spirito di questa, si rinvia alla più diffusa trattazione contenuta nel cap. II, sez. I, § 4, sulla distinzione delle norme imperative in norme c.dd. formali e norme c.dd. materiali. Le prime ricomprendono quelle norme che vietano di realizzare un risultato con determinati mezzi, ammettendo implicitamente di perseguirlo altrimenti: le parti restano libere di raggiungere il risultato economico a cui tendono avendo semplicemente l'accortezza di ricorrere a procedure differenti da quelle proibite. In tali ipotesi, il rispetto della lettera della legge comporta necessariamente il rispetto della sostanza e la frode non è configurabile. Le seconde ricomprendono quelle norme che vietano non tanto il comportamento in esse descritto quanto il risultato economico che il comportamento medesimo permette di realizzare. In tali casi, il perseguimento del risultato vietato mediante l'utilizzo di procedure differenti da quella espressamente descritta nella disposizione integra un comportamento fraudolento in quanto seppur apparentemente rispettoso della legge ne viola lo spirito. Cfr su questa distinzione L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto Civile*, vol. I, tomo II, Milano, 1986, p. 727; nonchè U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 19. Sull'argomento si richiama anche G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 86 s., il quale, spinto dalla necessità di non confondere lo scopo della norma con il suo oggetto, osserva come sia ben possibile che lo scopo di una norma sia quello di vietare il conseguimento di un determinato risultato economico pratico, senza che tuttavia la norma abbia previsto e ricompresso nella proibizione tutte le forme giuridiche che possono condurre ad esso. In tal caso, continua l'a., ove le parti pongano in essere un negozio diverso da quello espressamente contemplato dalla norma proibitiva, conseguono certamente un risultato identico a quello vietato, ma con altrettanta certezza può dirsi che al loro comportamento non è direttamente applicabile la norma che quel risultato intendeva proibire.

[165] Così, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U.NATOLI, *Diritto Civile*, cit., p. 726 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 967;

suo collegamento con atti e contratti ulteriori[166]. In altri termini, l'elemento che caratterizza la frode sarebbe costituito dall'agire nascosto, indipendentemente dalla valutazione dei moventi soggettivi che codesto agire hanno determinato[167].

Taluni Autori, però, hanno evidenziato come la tesi su richiamata, partendo dal presupposto secondo cui il contratto in frode perviene al medesimo risultato del contratto contro la legge, ben possa condurre a delle conclusioni giuridicamente errate: prima fra tutte, la negazione di una sostanziale autonomia alla figura del contratto in frode alla legge. Sostenere, si osservava, che il contratto in frode permette il conseguimento dello stesso risultato economico-pratico del contratto contro la legge equivale a dire che il contratto in frode è esso stesso un contratto contro la legge[168].

Cass., 11 gennaio 1971, n. 63, in *Temi*, 1975, p. 44 ss.; Cass., 28 novembre 1957, n. 1719; Cass., 19 maggio 1956, n. 1711.

[166] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III*, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 586.

[167] Al riguardo, v. G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, cit., p. 79; A. CESSARI, *La struttura della* fraus legi, cit., p. 1071 ss.; ID., *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959. Fra i sostenitori della teoria oggettiva, v. G. PACCHIONI, *Sull'«*in fraudem legis agere*»*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 337 ss.; G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi fra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909, p. 33 ss.; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, cit., p. 134 ss.

[168] Scrive L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 16 s: «l'obiezione fondamentale che si può muovere a questa concezione è che in tal modo si fanno coincidere gli atti in frode con quelli contrari alla legge […]. L'a. per confutare i principi su cui si fonda la dottrina sostenitrice della teoria obiettiva evidenzia altresì la scarsa utilità pratica di un simile indirizzo nella lotta al fenomeno elusivo. Ad avviso di Carraro, la contrapposta teoria non sarebbe idonea ad assicurare un'adeguata risposta sanzionatoria, non consentendo di dichiarare la nullità di taluni atti, ancorché questi siano diretti ad eludere l'applicazione di una norma imperativa. L'esempio prospettato è quello delle c.dd. frodi pie. La l. 7 luglio 1866 n. 3036 aveva privato della personalità giuridica gli ordini, le corporazioni e le congregazioni religiose, impedendo conseguentemente a quest'ultimi di essere titolari di un patrimonio proprio. Si era avvertita, dunque, la necessità di far pervenire a tali enti, sia pure indirettamente, i mezzi patrimoniali necessari per il perseguimento dei fini prescritti dall'ordinamento canonico. A tal uopo, era accaduto di frequente che i beni venissero trasferiti ad una persona fisica appartenente alla comunità religiosa soppressa, la quale, almeno nominalmente, li amministrava, devolvendone le rendite alla comunità medesima. Inoltre, l'investito della titolarità di questi beni ne disponeva eventualmente la trasmissione *mortis causa* ad altro membro della stessa comunità. Era allora evidente come la pratica delle c.dd. frodi pie, nonostante la soppresione di tali enti, riuscisse a realizzare uno scopo equivalente, dal punto di vista economico, a quello che si sarebbe ottenuto mediante una diretta attribuzione patrimoniale all'ente. Le finalità della legge eversiva degli enti ecclesiastici erano così frustrate. Al contempo, era certo che tali procedure non potevano essere invalidate sulla base di una interpretazione logica della medesima legge, giacchè il risultato economico conseguibile con la pratica delle frodi pie, sebbene entro certi limiti equivalente, non poteva ritenersi identico a quello scongiurato dalle leggi di soppressione. Altro è il semplice godimento in comune, per parte di un'associazione di fatto, di beni che giuridicamente spettano a un individuo e, per conseguenza, seguono le sorti di ogni

L'approccio oggettivistico, lungi dal fondarsi su rigorose basi dogmatiche e strettamente legato al dato squisitamente fenomenico, finisce con il ricondurre il fenomeno elusivo ad una questione di corretta interpretazione della norma materiale violata, attribuendo all'interprete, mediante il procedimento ermeneutico, il compito ultimo di individuare, caso per caso, i *verba* e la *sententia legis*, al fine di stabilire sino a che punto il rispetto dei primi coincida con l'attuazione della seconda[169].

La problematica della frode alla legge, in base a questa concezione, andrebbe risolta, dunque, mediante l'interpretazione della norma che si ritiene elusa: laddove in via ermeneutica risulti possibile attribuire alla norma imperativa un significato più ampio rispetto a quello desumibile dall'analisi meramente letterale, tutti gli atti che violano la reale volontà legislativa potranno essere dichiarati nulli perché *contra legem*. In definitiva, tale teoria si ferma all'apparenza del fenomeno, senza però approfondire opportunamente gli elementi strutturali dell'atto fraudolento.

L'obiezione deriva direttamente dai principi relativi all'interpretazione della norma giuridica, principi sui quali si basa la stessa teoria che arriva alla conclusione in esame. Non si può infatti disconoscere che sia un canone fondamentale d'interpretazione quello secondo cui la volontà obiettiva della legge non può essere ricavata solo dal significato letterale delle parole usate dal legislatore, ma anche mediante una interpretazione logica, la quale si presenta principalmente come interpretazione sistematica e storica. Ogni qual volta l'interprete, mediante un uso corretto degli strumenti volti ad individuare il vero senso della legge, affermi che questo non coincide con l'espressione letterale impiegata dal legislatore, ma per ipotesi sia più ampio di quella, non aggiunge qualcosa di estraneo alla norma, ma, rimanendo fedele allo spirito di questa, ne chiarisce la portata: in tal senso si afferma, a ragione, che,

---

proprietà individuale, e altro è la manomorta con le sue proprie conseguenze economiche e giuridiche. Di frodi pie si è parlato anche con riferimento ad altre due questioni: l'istituzione o l'acquisto per interposta persona da parte di un ente non riconosciuto e i procedimenti intesi ad eludere l'obbligo di autorizzazione per gli acquisti di persone giuridiche. Nel primo caso, era stato sostenuto che il procedimento doveva considerarsi in frode alla legge in quanto finalizzato a sottrarre l'acquisto al controllo e all'autorizzazione richiesta dall'art. 10 l. 27 maggio del 1929 n. 484 e dall'art. 17 c.c. Buona parte degli autori, però, aveva sottolineato che le ragioni del controllo non sussistevano per gli enti non riconosciuti, giacchè gli atti a favore delle persone interposte erano soggetti alla disciplina di diritto comune, con tutti i rischi e gli aggravi della proprietà privata. Il secondo caso atteneva, invece, ai procedimenti di acquisto tramite interposta persona attivati dagli enti riconosciuti al fine di apparire più poveri e ottenere i supplementi previsti dal fondo per il culto, ovvero di non sottostare al controllo statale. Per un'approfondimento sul complesso fenomeno delle c.dd. frodi pie si rinvia a BERTOLA, *Persona interposta (lasciti o acquisti per)*, in *Nov. Dig. it.*, vol XII, Torino, 1965, p. 1072 ss.; e S. LARICCIA, *Osservazioni in tema di disposizioni fiduciarie a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Foro it.*, 1965, I, c. 654 ss.

[169] Nello stesso senso, G. GIACOBBE, *o.c.*, p. 80.

qualunque sia il risultato cui si perviene mediante l'interpretazione, sia esso restrittivo o estensivo, questa è sempre dichiarativa. Alla luce di ciò, appare difficile intendere quale sia il fondamento di una distinzione fra atti contrari alla legge e atti in frode alla legge[170].

3.1. *Tesi «soggettiva».*

Il secondo degli orientamenti poco sopra indicati, in chiave soggettivistica, individua il dato caratterizzante il comportamento fraudolento nell'intenzione dell'agente di sfuggire all'applicazione della norma imperativa[171]. Tale requisito finalistico, la cui rilevanza costituisce di per sé una novità rispetto alla teoria oggettiva, si atteggia peraltro in modo particolare, indirizzando le parti al perseguimento di uno scopo analogo – ma egualmente dannoso – a quello conseguibile mediante la violazione diretta della norma. In definitiva, per i sostenitori dell'indirizzo soggettivo, il contratto è in frode alla legge allorquando le parti, mosse da un intento elusivo, conseguono finalità «analoghe» e non «identiche» a quelle vietate dalla disposizione di legge violata[172], rendendo così in parte vana la formulazione della disposizione medesima.

---

[170] Cfr. L. CARRARO, *Valore attuale della massima* «fraus omnia corrumpit», cit., p. 16 s. Analoghe considerazioni sono state svolte da G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 3, il quale afferma: «se si conviene che l'attività ermeneutica non è ricerca di un significato angustamente e formalisticamente legato ai *verba*, e se si concepisce la *sententia* o *mens legis* come qualcosa che sta dentro la legge e non al di fuori di essa, la contrapposizione tra *contra legem agere* e *in fraudem legis agere* non può che svanire, perché contrario alla legge è non soltanto l'atto che ne viola i *verba*, ma altresì quello che ne tradisce la *mens*; anzi, a ben vedere, un giudizio di contrarietà alla legge può correttamente formularsi (in positivo o in negativo) solo quando, superato il livello della mera interpretazione letterale (o lessicale), si sia ricostruito compiutamente con l'ausilio di tutti gli strumenti ermeneutici a disposizione dell'interprete il significato effettivo della disposizione di legge che si assume violata. Non esiste, allora, un autonomo problema che si celi sotto il *nomen* frode alla legge: per combattere le elusioni non è necessario costruire un istituto autonomo, né è necessario (od opportuno) che il legislatore detti delle norme specifiche».

[171] Per la teoria soggettiva, v. A. GIOVENE, *Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 84; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 20; L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., *passim*; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 630 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3, Milano, 1952, p. 285; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 3, Napoli, 1986, p. 191. In Francia, v., per tutti, F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, Paris, 1957. Per una più attenta disamina dell'origine storica della teoria subiettiva, v. L. CARRARO, voce *Frode alla legge*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1960, p. 648.

[172] Su queste posizioni, P. FEDOZZI, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, p. 361; G. PACCHIONI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Padova, 1930, p. 223 s.; L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 191; F.

Il contratto quale mezzo per il raggiungimento di un risultato economico-pratico equivalente a quello scongiurato dalla norma viola esplicitamente quest'ultima: perché possa parlarsi di frode in senso tecnico giuridico occorre che le parti, approfittando dell'imperfetta formulazione della legge, ottengano dei risultati che, pur violando le ragioni ultime del divieto, si pongono al di fuori dello spazio protetto dalla norma imperativa mal formulata. Sono tutti comportamenti non sanzionabili sia alla luce delle tecniche di interpretazione che di quelle di integrazione della norma giuridica. In particolare, all'operatività di quest'ultime, in ipotesi di tal genere, si oppone il divieto di interpretazione analogica delle norme eccezionali – quali sono, nel diritto privato, quelle che limitano la generale libertà riconosciuta dall'art. 1322 c.c. – posto dall'art. 14 disp. prel. c.c. È proprio in ragione del fatto che l'art. 1344 c.c. non autorizza una deroga al suddetto divieto che i sostenitori dell'approccio soggettivo hanno avvertito la necessità dell'intento elusivo quale elemento costitutivo subiettivo che va ad aggiungersi a quello oggettivo dello scopo analogo a quello proibito.

L'indefettibilità dell'intento fraudolento sarebbe desumibile, secondo tale indirizzo, dalla stessa formulazione dell'art. 1344 c.c., il quale ritenendo in frode il contratto impiegato quale mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, lascia intendere la necessità dell'esistenza nelle parti di un motivo che le abbia indotte a scegliere un determinato risultato, conseguibile mediante un dato negozio, perché il risultato analogo, al quale esse tenderebbero principalmente, è contrario a una norma imperativa.

S'è criticamente osservato che l'intento fraudolento sembra sovrapporsi alla figura del motivo illecito determinante e comune alle parti di cui all'art. 1345 c.c. Coloro i quali incoraggiano un approccio di tipo soggettivo al problema della frode precisano, invece, che le parti sono animate da due intenti: quello di conseguire un risultato analogo a quello proibito e quello di eludere la norma che pone il divieto. In altri termini, lo scopo di aggirare il divieto posto dalla norma, accompagnandosi al motivo ultimo di ottenere il risultato analogo a quello vietato, costituirebbe per i contraenti un motivo importante ma non esclusivo, non integrando così i requisiti di legge sul motivo illecito[173].

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt.* Cicu-Messineo, Milano, 1988, p. 250 ss. Nella dottrina tedesca, v. I. PFAFF, *Zur Lehre von sogenannten «in fraudem legis agere»*, Vienna, 1892, p. 83 ss.; BARTHELMES, *Das Handeln in fraudem legis*, Göttingen, 1889, p. 8 ss.; MADAY, *Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht*, diss. Bern, 1941, p. 40 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, cit.; Cass., 9 dicembre 1974, n. 3568, cit.; Cass., 9 novembre 1971, n. 3166, in in *Foro it*, 1972, I, c. 1644.

[173] «Il motivo primo dal quale le parti sono state indotte ad emettere la dichiarazione di volontà non è certo quello di frodare la legge, ma deve piuttosto riconnettersi al risultato pratico cui esse mirano. Quando però risulti che la loro dichiarazione di volontà sarebbe stata diversa in mancanza della norma imperativa elusa, quando più precisamente risulti che la loro volontà si sarebbe indirizzata verso il risultato previsto dalla norma imperativa, si deve riconoscere che il motivo per cui le parti si sono indotte a scegliere una via diversa è

Si tratta di una ricostruzione che tende a spostare l'incidenza dell'analisi dell'atto fraudolento dagli elementi strutturali oggettivi del comportamento, valutati in relazione alla norma imperativa che si intende violare, al movente che ha spinto il soggetto ad agire.

Tale indirizzo sembra inidoneo a dare una visione organica del fenomeno sotto il profilo strettamente giuridico e oltretutto si scontra con la posizione della dottrina, quanto meno di quella tradizionale, ferma nel negare rilevanza giuridica al motivo[174].

L'approccio soggettivo non riesce inoltre a spiegare come l'intenzione fraudolenta che anima i contraenti possa rendere illecito un comportamento che in assenza di essa è pienamente conforme al dettato normativo[175]. Si obietta che è assurdo far dipendere la qualifica di un negozio quale fraudolento in ragione della mera valutazione che il soggetto interessato fa del proprio comportamento[176].

Per converso, altrettanto discutibile è rinunciare a sanzionare quelle procedure negoziali che realizzano, sia pure in via indiretta, un risultato contrario ad una norma imperativa in ragione del mancato raggiungimento della prova circa l'esistenza dell'intenzione fraudolenta, attese anche le difficoltà probatorie che sempre si presentano quando si ha a che fare con requisiti di carattere soggettivo-psicologico. Così facendo infatti – fatta salva l'ipotesi in cui sia la stessa norma violata a reclamare la presenza dell'elemento intenzionale – si finisce con l'esigere un di più rispetto a ciò che si richiede perché si abbia una violazione diretta della legge. Per di più, la frode così intesa contrasta con un principio cardine del nostro ordinamento, riassunto nell'antico brocardo «*ignorantia legis non excusat*», secondo cui l'ignoranza della legge non esclude l'applicazione della sanzione prevista per il caso di

---

quello di sfuggire all'applicazione della norma imperativa. Sicchè, accanto al motivo o ai motivi primi che, essendo vari da caso a caso, non possono essere individuati, si ha, nel negozio fraudolento, anche quest'altro motivo, che è poi quello preso in considerazione nell'art. 1344 e che deve a sua volta considerarsi come motivo principale rispetto alla scelta della forma negoziale utilizzata per la realizzazione dell'interesse delle parti» (L. CARRARO, *Valore attuale della massima* «fraus omnia corrumpit», cit., p. 83 s.). In senso contrario, G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1968, p. 20, il quale obietta che l'intento di frodare è, invero, l'unico motivo che induce le parti all'adozione della forma o del procedimento contrattuale di aggiramento. Ad avviso dell'a., in definitiva, il contratto o il procedimento negoziale fraudolento è scelto e posto in essere per un unico, decisivo, motivo: aggirare il divieto legale. Il movente finale, identificato nel bene della vita in tal modo conseguito, è in realtà lo scopo concreto avuto di mira dalla parti: non un ulteriore motivo ma la causa del contratto.

[174] Cfr. G. GIACOBBE, *o.l.c.*

[175] In questo senso si veda A. FALZEA, *I fatti di sentimento*, in *Scritti in onore di F. Santoro-Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, p. 374.

[176] Così, in termini fortemente critici, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 393; G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 276; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 337.

violazione della stessa. Da qui, l'inammisibilità di un trattamento più favorevole per le ipotesi di elusione involontaria, commessa cioè da chi ignorava l'esistenza della norma elusa o non era comunque consapevole di aggirare la legge[177].

Per altri versi, si osserva come il requisito oggettivo del raggiungimento di uno scopo analogo a quello vietato dalla disposizione di legge mal si concili con le istanze di certezza del diritto e di garanzia della libertà, le quali sembrano invece deporre a favore di un'idea di frode quale conseguimento di un risultato equivalente a quello vietato per vie non previste dal legislatore[178].

Nel tentativo di superare le contraddizioni e i limiti delle tesi sopra richiamate, il Carraro[179], partendo dalla contrapposizione tra illiceità «effettiva» della causa, perché derivante dalla violazione diretta delle norme imperative (art. 1343 c.c.), e illiceità «reputata», perché derivante dalla violazione indiretta o fraudolenta delle medesime norme (art. 1344 c.c.), perviene ad una teoria per così dire intermedia.

Secondo l'Autore, la fattispecie di cui all'art. 1344 c.c. si qualifica per l'intento fraudolento del comportamento dell'agente e per il risultato dell'atto che si pone come «analogo» o «equivalente» rispetto all'effetto vietato[180]. La riferita costruzione distingue nettamente la fattispecie della frode alla legge da quella disciplinata all'art. 1343 c.c.; secondo tale impostazione l'art. 1344 c.c. non avrebbe una funzione meramente descrittiva, bensì l'importante ruolo di qualificare un comportamento come attività diversa dalla violazione della legge. Ai fini della suddetta distinzione, non rileverebbe poi la modalità (occulta o palese) attraverso la quale la violazione della norma imperativa viene consumata: una volta compresi la portata della norma e i rapporti da questa regolati, non può ritenersi che la norma medesima possa essere violata in modo coperto. Deve reputarsi manifestamente contrario alla legge ogni atto che pur non urtando contro la lettera di questa, ne tradisce tuttavia la volontà. Diversamente opinando, si finirebbe con l'attribuire effetti diversi a una stessa norma, a secondo che questa sia presa in considerazione nel suo elemento letterale o nel suo effettivo significato, trascurando l'impossibilità logica di separare la lettera di una disposizione dalla reale portata della stessa.

L'Autore fonda la non riconducibilità della figura della frode alla legge al *contra legem agere* sulla nozione di negozio fraudolento. Se la causa del contratto che elude l'applicazione di una norma imperativa «si reputa» illecita vuol dire

---

[177] In modo convincente, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 73. Cfr. anche J. VETSCH, *Die Umgehung des Gesetzes*, diss. Zürich, 1917, p. 217.

[178] Così D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 629.

[179] L. CARRARO, *Frode alla legge*, cit., p. 647 ss.

[180] Sul punto, v., più diffusamente, L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 649.

che essa è considerata dalla legge come se fosse illecita, ancorché non lo sia[181]. Poiché, continua il Carraro, la causa contraria alla legge è illecita (art. 1343 c.c.), si deve concludere che il negozio fraudolento non è un negozio *contra legem*. Secondo tale impostazione, quindi, la frode alla legge costituirebbe una figura autonoma rispetto alla fattispecie della contrarietà alla legge: la violazione della norma imperativa, seppure occulta e indiretta, non integra l'ipotesi disciplinata dall'art. 1344 c.c. quanto quella della contrarietà alla legge di cui all'art. 1343 c.c. In definitiva, «gli atti in frode alla legge cui si riferisce l'art. 1344 c.c. non sono quelli mediante i quali si viola nascostamente una norma imperativa, ma quelli mediante i quali viene elusa la sua applicazione, perché il loro effetto, pur essendo idoneo a soddisfare l'interesse delle parti, non rientra nella previsione della norma imperativa, neppure interpretata estensivamente»[182]. Il criterio discretivo tra atti contrari alla legge e atti in frode alla legge, sostanziandosi ambedue nella violazione di una norma giuridica, va ricercato sul piano meramente formale.

---

[181] Anacronistica è l'osservazione fatta dal Carraro, il quale nel tentativo di spiegare la «strana» formula impiegata dal legislatore afferma: «Se dunque, dal punto di vista legislativo, la causa è lo scopo economico sociale cui il negozio è obiettivamente rivolto, è certo che non può essere illecita la causa di un negozio nominato. Quindi, allorché il negozio adottato per eludere la norma sia un negozio nominato, esso non può avere causa illecita. È quindi certo che la poco felice formulazione usata nell'art. 1344 c.c. non può essere interpretata nel senso che il negozio fraudolento abbia causa illecita» (*Negozio in frode alla legge*, cit., p. 59). Per F. GALGANO*, Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in Galgano (a cura di), *Comm. cod. civ.* Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 251, l'espressione «si reputa altresì illecita la causa» contenuta nell'art. 1344 c.c. sembra essere null'altro che una non controllata emersione della legislativamente accantonata concezione soggettiva della causa. Ad avviso di U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 504, nota n. 16, la formula «si reputa» sarebbe giustificata dalla opportunità di non affrontare il problema se il negozio indiretto dovesse ritenersi un diverso negozio atipico rispetto al negozio mezzo con causa unitaria, oppure un negozio tipico con finalità ulteriori; o un procedimento composto da due negozi collegati.

[182] L. CARRARO, *Frode alla legge*, cit., p. 649. In senso critico, G. OPPO, *Recensione a Carraro*, cit., p. 177 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 363 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 243 ss.; G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, cit., p. 81 s., il quale osserva: «costituendo la illiceità un effetto giuridico normativo, conseguente ad una determinata valutazione legale tipica, il fatto che la norma «reputi» la causa come illecita significa che essa è qualificata secondo quell'effetto. Cioè, l'effetto dell'illiceità porta alle stesse conseguenze sul piano pratico e normativo, vuoi se previsto come tale, vuoi se "reputato", laddove il "reputato", costituendo valutazione effettuale normativa, si pone come dato qualificante della fattispecie, differenziato sì dall'ipotesi prevista dall'art. 1343 c.c., ma non già per elementi intrinseci che ne alterino la natura, bensì per dati strutturali ed estrinseci, connessi al meccanismo operativo della fattispecie». In ultima analisi, ad avviso dell'a., la parificazione degli effetti equivale, sostanzialmente, alla parificazione delle fattispecie, potendosi così affermare che la *fraus legi* importa per effetto della parificazione normativa, la qualificazione di illiceità della causa.

È ancora sulla distinzione tra illiceità «reale» e illiceità solo «reputata» della causa che si fonda il convincimento di chi ritiene possibile individuare il fondamento della nullità di cui all'art. 1344 c.c. anche al di fuori dell'elemento causale[183]. Partendo dal presupposto secondo cui la causa del negozio elusivo non è illecita, si è sostenuto che la frode alla legge è una causa a sé stante d'invalidità del negozio; posizione questa corroborata anche dalla circostanza che, nel dettare la disposizione di cui all'art. 1344 c.c., si è pensato al solo caso di illegalità del negozio per causa *contra legem*[184].

Atteso che l'invalidità del negozio fraudolento deriva direttamente dall'illegalità dello stesso e che tale illegalità può anche prescindere dall'elemento causale, non si vede quale sia il significato proprio del richiamo alla illiceità della causa. In tal senso sembrano deporre anche le vicissitudini relative ai due progetti ministeriali di codice civile che hanno preceduto la definitiva formulazione dell'art. 1344 c.c. Il primo progetto ministeriale, e segnatamente l'art. 116 di esso, vedeva inserita nel libro delle obbligazioni, nella sezione relativa alla causa, la seguente disposizione: «Il contratto è nullo quando, pur avendo di per sé causa lecita, costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa o proibitiva». L'infelice collocazione della norma non tardò ad essere rilevata: a coloro i quali giustificavano tale collocazione sulla base di quell'accenno alla causa lecita che non può impedire la dichiarazione di nullità del negozio fraudolento si replicava che questo criterio negativo avrebbe potuto essere adattato per ogni altra specie di invalidità estranea alla causa. Il secondo progetto ministeriale – art. 241 – in modo più ragionevole, vedeva inserita, non più nella sezione della causa, ma in quella relativa alla nullità del contratto, la seguente disposizione: «Oltre che nei

---

[183] Così L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 52.

[184] Ancora, L. CARRARO, *Valore attuale della massima* «fraus omnia corrumpit», cit., p. 69 s. *Contra*, S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Saggi*, 1934, pp. 75 ss. e 83 ss., secondo cui la frode alla legge rappresenta «un'infermità specifica […] dell'elemento della causa e rientra nel concetto più largo di illiceità della causa»; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 284 s.; e, già prima dell'entrata in vigore dell'art. 1344 c.c., G. MESSINA, *Sulla frode alla legge*, cit., pp. 93 ss., 201 ss. e 237 ss., il quale individua nell'illiceità della causa il fondamento della nullità del negozio fraudolento. L'a., muovendo da una concezione soggettiva della causa definisce il negozio in frode alla legge come un negozio la cui «causa apparente» non è contraria ad alcuna norma d'ordine pubblico, ma la causa vera è diretta a produrre un effetto positivo o negativo vietato. Il Carraro, in senso critico, sottolinea come tale definizione implica che il negozio fraudolento nella sostanza è sempre un negozio simulato, laddove invece il negozio fraudolento è un negozio seriamente concluso, gli effetti del quale sono seriamente voluti dalle parti. L'a. aggiunge poi che la teoria del Messina non è stata accolta da legislatore del 1942, giacchè se così fosse si sarebbe detto che la causa del negozio in frode alla legge è, e non si reputa, illecita. Sul negozio fraudolento quale negozio realmente voluto dalle parti, v., nello stesso senso, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 506. In giurisprudenza, cfr, Cass., 17 febbraio 1965, n. 266; Cass., 23 luglio 1968, n. 2660; Cass., 7 aprile 1971, n. 1027.

casi espressamente previsti dalla legge, il contratto è nullo […] quando costituisce il mezzo per eludere disposizioni imperative o proibitive della legge o di norme collettive». Tale formulazione appariva più corretta della precedente dal momento che, ferma restando la sanzione di nullità, non accostava minimamente il negozio in frode alla legge alla teoria della causa, lasciando così l'interprete libero d'individuare il fondamento dell'invalidità del negozio elusivo. Il suddetto testo legislativo nella stesura definitiva veniva poi ulteriormente modificato: la norma riguardante il negozio fraudolento veniva posta di nuovo nella sezione della causa, lasciando intendere, in modo tutt'altro che corretto, che il fondamento d'invalidità del negozio elusivo andava ravvisato in un vizio funzionale. Invero, secondo una diversa lettura, dalla formulazione dell'art. 1344 c.c. dovrebbe piuttosto desumersi che lo scopo del legislatore era quello di stabilire la nullità del negozio fraudolento, da qui l'accostamento di questo al contratto avente causa illecita, sanzionato appunto con la nullità (art. 1418, comma 2, c.c.).

Ancora, a sostegno della teoria della frode alla legge quale vizio d'invalidità indipendente dall'elemento causale, è stato richiamato, tra gli altri, l'art. 2097 c.c. (oggi abrogato) che reputava a tempo indeterminato il contratto di lavoro il cui termine non risultasse dalla specialità del rapporto o da atto scritto. A norma del comma 2 del medesimo articolo, l'eventuale apposizione di un termine fatta per eludere le disposizioni in tema di contratto a tempo indeterminato era da ritenersi inefficace. La disposizione mirava a garantire l'osservanza degli artt. 2118 e 2120 c.c., che prevedono rispettivamente l'obbligo, per il contraente che intenda recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, di dare il preavviso o, in mancanza, di corrispondere una indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, e il diritto del prestatore di lavoro, in caso di cessazione del contratto, ad avere un trattamento di fine rapporto[185].

---

[185] Integra un'ipotesi di negozio in frode alla legge il licenziamento del lavoratore subordinato seguito dalla sua immediata riassunzione, giacchè posto in essere in violazione dell'art. 2120 c.c., che assicura al dipendente il diritto inderogabile all'indennità di anzianità proporzionata all'effettiva durata del rapporto. In tal senso, Cass., 5 febbraio 1968, n. 367, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, «*Lavoro* (*rapporto*)», nn. 424-425-430; Cass., 12 dicembre 1967, n. 2924, *ivi*, 1967, «*Comp. Civ.*», n. 400; Cass., 29 luglio 1966, n. 2098, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, «*Lavoro (rapporto)*», n. 280; Cass., 14 febbraio 1966, n. 450, *ivi*, 1966, «*Lavoro (rapporto)*», n. 281; Cass., 9 gennaio 1964, n. 34, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 581. Fra le disposizioni di legge menzionate dal CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 176 ss., quali norme oggetto di frequenti elusioni si ricorda anche l'art. 2077 c.c., che impone l'obbligo di uniformare i contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo alle disposizioni di questo. L'a. osserva come la singolarità del rimedio previsto per la violazione della disposizione – le clausole difformi del contratto individuale che prevedono condizioni meno favorevoli per i prestatori di lavoro sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo – non possa tuttavia escludere la possibilità per la stessa di essere elusa. Le parti potrebbero costituire un rapporto diverso da quello di lavoro, che

Al di là della specificità del rimedio sanzionatorio previsto – irrilevanza dell'apposizione del termine e conservazione del contratto – la disposizione in esame è stata presa ad esempio per dimostrare come il fenomeno della frode alla legge possa realizzarsi anche a prescindere dall'elemento causale: non può qualificarsi illecita la causa del contratto di lavoro, giacchè se così fosse il legislatore avrebbe sanzionato con l'inefficacia l'intero contratto e non la mera apposizione del termine; al contempo, non si può discorrere di causa illecita rispetto all'apposizione del termine, dal momento che questo è un elemento del negozio rispetto al quale non sarebbe corretto parlare di causa in senso tecnico. Considerazioni analoghe valgono per ogni altro caso in cui la frode alla legge dipenda da una clausola particolare del negozio, così che, data la nullità di questa, il negozio possa produrre i suoi effetti come negozio puro e semplice.

3.2. *Tesi «intermedia» e criteri di valutazione dell'intento elusivo.*

---

permetta di raggiungere risultati analoghi: uno fra tutti il rapporto derivante da un contratto di appalto. Una situazione di tal genere, sottolinea il Carraro, in cui le norme corporative non possono trovare applicazione, consentirebbe alle parti di realizzare un risultato normalmente ottenibile mediante un contratto di lavoro, senza però dover sottostare a quanto prescritto dalla contrattazione collettiva. Una volta accertata la fraudolenza, il contratto sarà dichiarato nullo, tuttavia il lavoratore potrà ugualmente vantare il suo diritto alla retribuzione, ai sensi dell'art. 2126, comma 2, c.c. Interessanti sono altresì le considerazioni svolte dal Carraro in merito all'art. 2265 c.c. che, riproducendo sostanzialmente l'art. 1719 del vecchio codice, dichiara la nullità del patto col quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite (c.d. patto leonino). L'a. esamina le *rationes* sottese al divieto di ambedue le fattispecie considerate dalla norma – esclusione di uno o più soci dai guadagni ed esclusione di uno o più soci dalle perdite – sottolineando, con riferimento alla seconda, come la ragione della nullità di un simile patto debba ricercarsi nella tutela di un interesse generale. Il contratto che abbia l'effetto di escludere uno o più soci dalla partecipazione alle perdite sarebbe illecito perché contrario a una norma imperativa e conseguentemente nullo. La stessa ragione che sta alla base del divieto di esclusione di uno o più soci dalla partecipazione alle perdite, continua l'a., è sufficiente per ritenere che lo stesso si riferisca ad ogni negozio mediante il quale sia possibile ottenere quel risultato. È proprio in tale ottica che il Carraro, discostandosi dal tradizionale orientamento dell'epoca, arriva a sostenere che il divieto contenuto nell'art. 2265 possa ritenersi eluso anche laddove l'esclusione dalle perdite sia l'effetto di un accordo autonomo rispetto al contratto di società. L'a. fa l'esempio di un'anonima che per aumentare il proprio capitale mediante una emissione di nuove azioni aveva indotto un terzo ad acquistarle, con l'impegno, assunto da tutti i precedenti azionisti, di esonerarlo da ogni contribuzione nelle perdite. In tale ipotesi l'impegno non era stato assunto dai soci come tali, così che nulla risultava dai titoli azionari e dai libri della società, ma al contempo era indubbia l'esistenza di un collegamento teleologico tra il patto di esonero e il conferimento (il primo era stato concluso per rendere possibile il secondo). Il Carraro, partendo dal presupposto secondo cui è stato comunque l'interesse sociale ad avere spinto i primitivi azionisti ad assumere personalmente l'onere dell'indennizzo delle perdite, pur di aumentare il capitale della società, arriva a sostenere la invalidità per frode di un simile accordo, sia pure in mancanza di un patto sociale propriamente inteso.

Meritevole di interesse è la posizione del Morello, il quale, nel tentativo di superare la *impasse* a cui aveva condotto la teoria soggettiva, propone una rivisitazione del concetto di intento fraudolento. Questo non andrebbe inteso quale stato subiettivo appartenente alla sfera introspettiva delle parti, quale concreta volontà delle stesse di porsi al di fuori dall'area di applicazione della norma, ma andrebbe più correttamente desunto dalla presenza di elementi sintomatici oggettivi – quale, ad esempio, il carattere peculiare delle clausole, che deviano inspiegabilmente da quelle tipiche e ricorrenti dell'istituto adottato – facilmente ricavabili dall'esame delle caratteristiche estrinseche del contratto o dei contratti posti in essere[186].

La prova dell'intento fraudolento risulterebbe così alleggerita, libera da quelle difficoltà che sempre si presentano quando si ha a che fare con requisiti di carattere soggettivo-psicologico. L'esistenza di uno scopo unico e determinante delle parti di aggirare la norma imperativa, infatti, ben potrebbe essere provato dalla mancanza di un interesse meritevole di queste allo specifico contratto. L'intento elusivo, epurato da quella connotazione squisitamente psicologica, diventa suscettibile di essere provato sulla base dei soli elementi oggettivi desunti dalla situazione economica e dagli interessi in gioco, ovvero dal modo stesso con cui è congegnata l'operazione negoziale[187].

Volendo riassumere l'attività richiesta all'interprete ai fini del raggiungimento della prova dell'intento elusivo, si potrebbe dire che essa si sostanzia principalmente nell'accertamento della surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito; nell'accertamento della mancanza di un legittimo interesse delle parti; nell'accertamento dei rischi e del costo del procedimento impiegato, al fine di stabilire se l'elusione è espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidabile[188].

Con riferimento all'elemento oggettivo andrebbe considerato, invece, se alla luce della *ratio* della norma interessata il divieto posto dalla stessa debba intendersi limitato al risultato specificamente sanzionato ovvero estendersi a risultati analoghi. Va da sé che la frode potrà realizzarsi solamente nella

---

[186] Ad esempio, nell'ipotesi di patto commissorio, gli indici più importanti sono la sproporzione tra prezzo e valore del bene e l'esistenza di un rapporto obbligatorio in epoca antecedente alla vendita: è su questi elementi che va dunque impostato il superamento delle forme e l'individuazione di una frode.

[187] Si veda J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, Parigi, p. 295 ss., il quale, criticando Vidal, sostiene che la questione sta nelle operazioni che il giudice deve compiere nell'esaminare la legge e non negli stati soggettivi delle parti.

[188] In tale ottica, se si accerta che le alienazioni a scopo di garanzia vengono normalmente poste in essere dagli uomini d'affari al solo fine di eludere il divieto di cui all'art. 2744 c.c., si dirà che esiste una frode e, conseguentemente, un intento delle parti di eludere la legge, sol che si provhi l'esistenza di un tale negozio al di là delle forme espressamente dichiarate.

seconda ipotesi, dal momento che la prima lascia spazio alle sole fattispecie ascrivibili alla categoria della violazione diretta.

L'esistenza nel nostro ordinamento di numerose aree c.dd. conservative, particolarmente restie a tecniche di interpretazione estensiva e/o di integrazione, non impedisce tuttavia al giudice di colpire, sia pure in via eccezionale, le operazioni fraudolente laddove la norma che si ritiene elusa, pur facendo parte di un settore di *jus strictum*, abbia una sua completezza e razionalità, esprima una direttiva dell'ordinamento, formi cioè «sistema»[189]. Le esigenze sottese all'imposizione di forme di stretta interpretazione cedono a fronte delle istanze legate all'emanazione delle norme imperative: il rischio di uno svuotamento della disposizione che la facilità e generalizzabilità del procedimento elusivo può comportare impone di superare le forme civili, al di là e spesso anche contro la volontà espressa dalle parti, e di integrare, se del caso, la norma elusa.

L'orientamento qui esposto, pur avendo il merito di avere esternato i procedimenti mentali già da tempo seguiti, sia pure a livello inconscio, dalla costante giurisprudenza, non riesce, però, o meglio non si preoccupa affatto, forse anche a causa di un dichiarato scetticismo nei confronti di convenienti sistemazioni teoriche della questione, di individuare il fondamento dogmatico della repressione del contratto in frode alla legge[190].

4. *Contratto in frode alla legge e frode ai diritti dei terzi*.

L'istituto della frode alla legge va tenuto distinto da quello, per certi versi similare, della frode in danno dei terzi[191]. La ravvisabilità di un carattere fraudolento in entrambe le operazioni ha indotto parte della più risalente

---

[189] U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 335 s., nonché p. 268.

[190] Sul punto cfr. U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 35 s., il quale afferma :«A questo punto ci sembra veramente che il discorso sulle elusioni divenga insolubile sul piano dogmatico, per l'intrecciarsi di tutta una serie di contraddizioni ora logiche ora più marcatamente tecnico-giuridiche».

[191] Si ha frode ai terzi quando l'operazione fraudolenta mira a frustrare l'esercizio legittimo che il terzo farebbe del suo diritto. Ad esempio, sono in frode ai terzi quei contratti diretti ad eludere il diritto di prelazione agraria, in materia di compravendita di fondi agricoli. Caso tipico, l'alienazione del fondo esclusa una esigua striscia di terreno confinante con il fondo del vicino – utile a far venire meno il requisito della contiguità tra fondi richiesto dalla legge (art. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590 e art. 7 l. 14 agosto 1971, n. 817) per la sussistenza del diritto di prelazione all'acquisto in capo al proprietario del fondo contiguo – con l'intesa, fra venditore e compratore, che il secondo occuperà anche la parte del fondo non trasferita, acquistandola infine per usucapione (Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 960).

dottrina[192] a unificare le due figure giuridiche, osservando che una distinzione netta tra frode alla legge e frode ai terzi era impossibile.

Nonostante i numerosi tentativi di unificazione, la dottrina maggioritaria ha continuato ad affermare con forza la necessità di separare i due piani, sottolineando come la distinzione tra frode alla legge e frode ai diritti dei terzi, qualora si tratti di terzi creditori[193], trovi fondamento nella mancanza nel nostro sistema di una regola generale azionabile dai creditori avverso i procedimenti o i contratti elusivi eventualmente posti in essere dal debitore al fine di sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni[194]. La violazione indiretta di disposizioni poste a presidio di interessi particolari, quali sono quelli dei terzi creditori, non è ricompresa nel divieto di cui all'art. 1344 c.c., il quale opera solamente in caso di violazione di una norma imperativa, né può ritenersi ammissibile un'applicazione analogica dello stesso, atteso il disposto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c. I creditori, semmai, potranno proporre le azioni di nullità per simulazione o le azioni revocatorie, ordinarie e fallimentari,

---

[192] Per tutti, SAIGET, *Le Contrat immoral*, Parigi, 1939, p. 159 s.
Con riferimento al contratto di locazione stipulato dall'usufruttuario in frode alle ragioni del nudo proprietario, cfr. Cass., 31 agosto 1966, n. 2300, in *Foro it.*, 1967, I, c. 52, che ha riconosciuto l'esistenza di un'azione di impugnativa delle locazioni stipulate dall'usufruttuario in pregiudizio del nudo proprietario diversa e concorrente con l'azione specifica di cui all'art. 999 c.c. *Contra*, Cass., 25 luglio 2003, n. 11561, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 351 e, da ultimo, Cass., 20 marzo 2008, n. 7485, in *Dir. giust.*, 2008, la quale ha affermato che «non esiste nell'ordinamento positivo un'azione di impugnativa della locazione, stipulata dall'usufruttuario, per frode in danno del nudo proprietario. L'unico strumento previsto a tutela di quest'ultimo è l'art. 999 c.c., che stabilisce, oltre che le condizioni di forma e di sostanza richieste per l'opponibilità al proprietario del contratto costitutivo del diritto personale di godimento, la durata massima del rapporto di locazione dopo la cessazione dell'usufrutto. Né la mancata configurazione, a tutela del proprietario, accanto e ad integrazione di quanto derivante dalla previsione contenuta nel citato art. 999 c.c., di un'azione diretta a far valere la nullità per frode della locazione stipulata dall'usufruttuario, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 42 cost., essendo la disciplina in materia frutto di un equilibrato contemperamento dei vari interessi in gioco. […] Se a tutela delle ragioni del nudo proprietario – pregiudicate da atti di frode dell'usufruttuario – già esiste, nel sistema positivo, una norma espressa (cioè l'art. 999 c.c.) è palese che è contrario a quelle che sono le regole generali in tema di interpretazione delle norme giuridiche ritenere che in realtà, ancorché inespressa e, quindi, per implicito, esiste anche altra tutela, concorrente. […]. Deve ribadirsi che non esiste alcuna norma che sancisca in via generale la nullità del contratto in frode dei terzi, i quali sono tutelati soltanto in particolari situazioni e cioè con l'azione di nullità, ove questa sussista, oppure con l'azione revocatoria. Nell'ordinamento vigente, in altri termini, non esiste alcuna norma che sancisca la nullità del contratto in frode ai terzi, essendo prevista espressamente solo la nullità del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.)».

[194] Di tale avviso, L. CARRARO, *Valore attuale della massima* «fraus omnia corrumpit», cit., p. 792, il quale, partendo dal presupposto della isolata presenza di rimedi specifici a tutela dei diritti dei terzi creditori, afferma l'inesistenza nel nostro ordinamento di un divieto generale di frode ai terzi.

contro gli atti di disposizione che rechino loro pregiudizio[195]. Resta fermo che il contratto in frode ai terzi, avendo una portata lesiva di situazioni soggettive tutelate, rientra nei fatti illeciti sanzionati dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. Il terzo danneggiato può esperire, dunque, la tutela aquiliana nei confronti delle parti che, contrattando, hanno violato un diritto soggettivo a lui riconosciuto dall'ordinamento.

Nel tentativo di mantenere ben presente la distinzione tra i due istituti, si è altresì sottolineata la diversità dei rimedi sanzionatori predisposti dall'ordinamento a fronte di questi: il negozio in frode alla legge è nullo, diversamente, quello in frode ai creditori è semplicemente non opponibile ai medesimi. Da qui l'impossibilità di ritenere che frode alla legge e frode ai creditori siano due *species* dello stesso *genus* e che esse possano coesistere all'interno dello stesso negozio[196]. La stessa giurisprudenza, partendo dal presupposto secondo cui la portata illecita di un contratto è determinata dal perseguimento di una finalità riprovata dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero diretta ad eludere, mediante la stipulazione di un contratto lecito, una norma imperativa, ha più volte escluso l'applicabilità ai contratti in frode ai terzi creditori del rimedio sanzionatorio della nullità. In mancanza di una disposizione che, analogamente a quanto previsto per il contratto in frode alla legge, sancisce l'invalidità del contratto in frode ai terzi creditori, a quest'ultimi non resta che attivare gli altri rimedi specificamente previsti, quali le azioni revocatorie o il diritto di riscatto, strumento di tutela avverso la frode ai diritti del prelazionario legale[197].

---

[195] In tal senso, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 506. Sulla tutela dei diritti dei terzi, v. anche I. BUGANI, *La nullità del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da Galgano, Padova, 1990, p. 105. In giurisprudenza cfr. Cass., 16 giugno 1981, n. 3905, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 250: «Qualora, pertanto, debba escludersi che il contratto costituisca un mezzo per eludere una norma imperativa, i diritti dei terzi sono tutelati da specifiche norme in relazione a specifiche situazioni, le quali consentono loro di reagire contro l'apparenza contrattuale e farne valere la nullità (per simulazione o contrasto con norme imperative) o di far dichiarare l'inefficacia del negozio a loro danno (azioni revocatorie o pauliane). In senso conforme, Cass., 27 ottobre 1984, n. 5515. Diverso è il sistema francese, dove un discorso più ampio, tratto dalla massima «*fraus omnia corrumpit*», è stato tentato. Cfr., in tal senso, F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, cit.

[196] Sul punto cfr. L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 89.

[197] Sulla elusione del diritto di prelazione agraria, v. Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 960, la quale afferma: «la vendita di un fondo, compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione di cui agli artt. 8 l. n. 590 del 1965 e 7 l. n. 817 del 1971, non è viziata da nullità, né ai sensi dell'art. 1418, né ai sensi dell'art. 1344, comportando quella violazione non l'invalidità della vendita bensì l'eventuale esercizio del diritto di riscatto del fondo da parte dell'avente titolo alla prelazione che produce la sostituzione *ex tunc* di detto titolare pretermesso nella stessa posizione del terzo acquirente nel negozio concluso. Pertanto, l'esercizio del diritto di riscatto deve effettuarsi non con la sola indicazione dei

Taluni autori hanno poi individuato il criterio distintivo tra frode alla legge e frode ai terzi creditori nel diverso modo di atteggiarsi delle due figure rispetto alla norma interessata. Segnatamente, è stato osservato che a differenza della frode alla legge, la quale impedisce che la norma elusa venga applicata, la frode ai creditori non comporta l'inapplicabilità della disposizione, limitandone semmai la portata applicativa[198]. In altri termini, il debitore che trasferisce fraudolentemente il bene ad un terzo non impedisce l'applicazione della norma secondo cui lo stesso garantisce con tutti i suoi beni presenti e futuri, ma si limita a sottrarre all'applicazione della norma medesima il bene alienato. In definitiva, si ha frode alla legge quando la norma non riesce a trovare attuazione, mentre si ha frode ai terzi creditori allorchè la norma potrebbe ancora trovare applicazione.

Ad avviso di una parte della dottrina[199], tale indirizzo ha il merito di avere intuito il fondamento della distinzione tra le due figure giuridiche esaminate, tuttavia lo stesso appare criticabile sotto taluni aspetti. Si potrebbe obiettare, infatti, che il diritto di garanzia dei creditori sulla generalità dei beni di proprietà del debitore intanto esiste in quanto è riconosciuto da una espressa disposizione e che, per tale ragione, la violazione del diritto dei creditori integrerebbe al contempo la violazione della norma attributiva del diritto medesimo. La critica appena mossa verrebbe a cadere se solo l'indirizzo appena attenzionato tenesse conto della natura della norma violata, se solo precisasse che la frode alla legge può configurarsi esclusivamente rispetto alle norme imperative e dunque inderogabili. La non inderogabilità dell'art. 2740

---

fondi per i quali il diritto di prelazione è stato violato, ma anche con riferimento allo specifico negozio od ai molteplici negozi di alienazione conclusi dal concedente con i terzi (rimanendo – in difetto – immutata la loro piena validità), atteso che di questi negozi – e non del preliminare comunicato all'affittuario – si persegue in giudizio la modificazione soggettiva del relativo effetto traslativo, non mediante una condanna degli acquirenti al trasferimento dei fondi, bensì attraverso una pronuncia che accerti l'avvenuto trasferimento, a favore del retraente, con il titolo contrattuale specificamente individuato, del diritto di proprietà sui beni che ne sono stati oggetto. Cfr. anche Cass., Sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Corr. giur.*, 1994, p. 181, la quale ha chiarito che né l'intento di frodare i creditori (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie), né l'intento di vanificare un'aspettativa giuridica (tutelata, ad es., *ex* art. 1359 c.c.), né, infine, lo scopo di impedire l'esercizio di un diritto, quale, ad esempio, il diritto di prelazione nella vendita di un fondo rustico (tutelato mediante il diritto di riscatto) danno luogo a nullità del contratto, dal momento che in tali ipotesi l'illiceità del motivo non è riscontrabile neppure sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico. Non esiste infatti nell'ordinamento un principio generale di questo tipo che imponga di ritenere illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune delle parti di un contratto di per sé lecito di prevalere con questo mezzo sui diritti privati di origine negoziale. In dottrina, v. per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 192.

[198] In questo senso I. PFAFF, *Zur Lehre*, cit., § 15, p. 114.

[199] Il riferimento va a L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 91 s.

c.c. – riconosciuta dalla migliore dottrina[200] – su cui si fonda il diritto leso dal debitore con l'alienazione fraudolenta, sarebbe sufficiente, in tal senso, ad escludere la possibilità di elusione di una norma imperativa nella frode ai creditori.

In conclusione, il criterio distintivo tra frode alla legge e frode ai creditori sembrerebbe doversi ravvisare essenzialmente nella natura imperativa o meno della disposizione interessata: si dovrà parlare di frode alla legge allorché l'attività delle parti impedisca l'applicazione di una norma imperativa; diversamente, dovrà parlarsi di frode pauliana in presenza di una norma non imperativa attributiva del diritto soggettivo dei creditori[201].

Considerazioni in parte analoghe valgono per la frode ai terzi, laddove si consideri l'ordinamento come soggetto terzo rispetto al negozio elusivo. Lo stesso art. 397 c.p.c., che riconosce al pubblico ministero la legittimazione a proporre la revocazione della sentenza allorché questa sia il frutto di un'operazione illecita in quanto posta in essere dalle parti per frodare la legge, non può essere di aiuto ai fini del riconoscimento al pubblico ministero di un potere generale d'impugnazione degli atti in frode alla legge. A tale disposizione non è possibile attribuire una portata generale; questa opera nei soli casi di frode processuale, relativamente alle cause nelle quali l'intervento del pubblico ministero è obbligatorio.

4.1. *Frode e norme di diritto tributario.*

Caratteristiche del tutto peculiari ha il contratto in frode a quel particolare terzo che è il fisco. Tale contratto, che mira a produrre i suoi effetti senza che a questi corrispondano i dovuti oneri fiscali, è infatti diretto ad eludere un

---

[200] L'art. 2740 c.c. nella parte in cui aggiunge che le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge vuol esprimere solo il principio secondo cui il debitore non può, con atto unilaterale, sottrarre taluni beni alla garanzia generica, senza con ciò voler dire che è inefficace un eventuale accordo – ad effetti obbligatori – in questo senso fra debitore e creditore.

[201] Così L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 93, il quale individua ulteriori differenze tra gli istituti tanto nell'elemento oggettivo quanto in quello soggettivo. L'a. sottolinea, sul piano oggettivo, come di danno in senso tecnico-giuridico, inteso come lesione dell'altrui diritto, possa parlarsi solamente con riferimento alla frode pauliana, non potendosi qualificare in modo analogo il danno arrecato all'ordinamento giuridico dall'attività posta in frode alla norma imperativa. Sul piano soggettivo (*consilium fraudis*), l'a. evidenzia come la mancanza dell'elemento intenzionale determini la liceità dell'azione in entrambe le fattispecie, sottolineando al contempo il diverso modo di atteggiarsi e la conseguente diversità di funzione dell'elemento medesimo nelle due ipotesi: nella frode pauliana l'elemento soggettivo può consistere anche nella colpa, dal momento che questa rappresenta un sufficiente criterio di imputazione dell'evento dannoso, mentre nella frode alla legge, la colpa non ha alcuna rilevanza.

particolare gruppo di norme, quelle fiscali appunto, ed è dalla natura attribuita a queste che dipende la sanzione ad esso applicabile.

La necessità di assoggettare la legge fiscale a forme di stretta interpretazione era stata già avvertita in epoca romana[202]. Il rigido formalismo del settore era stato mantenuto nell'esperienza francese del XVIII e XIX secolo, divenendo così un carattere proprio della tradizione di quasi tutti gli ordinamenti di *civil law*[203].

L'esigenza di garantire la prevedibilità delle decisioni, consentendo così allo Stato una certa stabilità di bilancio e ai privati attendibili preventivi di spesa per le iniziative economiche da intraprendere, ha particolarmente influenzato tale ramo del diritto, contribuendo alla nascita di una vasta area conservativa all'interno della quale non pare ammissibile l'esercizio di un potere giudiziale ampio. La configurabilità di un simile potere finirebbe con il rendere mobile, ora a favore del contribuente ora a favore del fisco, un delicato punto di equilibrio che è bene venga determinato una volta e per tutte dal legislatore.

Si comprende, quindi, come le norme di diritto tributario ben si prestino ad essere eluse dai privati, i quali possono approfittare del rispetto delle forme civili dichiarate, confidando in un esame del giudice che si fermi al dato formale, al tipo espressamente dichiarato, senza scendere ad accertare la rispondenza di questo con la situazione economica effettivamente esistente e ricavabile da una più attenta valutazione degli interessi in gioco.

L'opinione[204] secondo cui una rigida interpretazione della legge meglio tutela il contribuente ha peraltro condotto, specie in Italia e in Francia, a un eccessivo irrigidimento del formalismo, che a sua volta si è risolto nel considerare legali gli stessi interventi elusivi.

Ha fatto eccezione un altrettanto autorevole movimento di pensiero, confluito nella Scuola Pavese, che, riprendendo il sistema proprio dell'ordinamento giuridico tedesco il quale ammette un'interpretazione ampia delle leggi tributarie (§ 1 StAnG) e la facoltà di superamento delle forme civili

---

[202] V., per tutti, M.E. LUCIFREDI-PETERLONGO, *In dubio contra fiscum?*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, I, p. 81 ss.

[203] Sull'argomento, v. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle norme tributarie*, in *Riv. dir. fin.*, 1941, I, 1, pp. 95 e 170 ss.; A. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli, 1965; MICHELI, *Appunti sull'intepretazione e l'integrazione della legge tributaria*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, 1973-74, IV, p. 3717 ss.; M. TRIMELONI, *L'interpretazione del diritto tributario*, Padova, 1979.

[204] In tal senso, cfr. v. SCAILTEUR, *La frode legale*, in *Dir. e prat. trib.*, 1955, I, p. 269 ss.; V. UCKMAR, *La società a ristretta base azionaria*, Padova, 1966, pp. 164 e 188 ss. Per la Francia, cfr. L. BALMÈS, *L'interprétation des actes et convention en droit fiscal*, Bordeaux, 1914, p. 53 ss.; BESSON, *Les rédactions frudoleuses des actes soumis à l'énregistrement*, Paris, 1928; G. LEROUGE, *Théorie de la fraude en droit fiscal*, Paris, 1944; F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, cit., p. 96 ss.

(§ 6 StAnG)[205], ha avallato la teoria dell'interpretazione c.d. funzionale delle norme tributarie[206], legittimando così l'esercizio di un'attività ermeneutica più libera, che tenga conto dello scopo politico ed economico che le norme mirano a perseguire.

Ad avviso della costante giurisprudenza e di una parte della dottrina, le norme fiscali non sono da ritenere, a stretto rigore, norme imperative, ma norme che si limitano a imporre oneri o pesi a carico del contribuente. Da qui l'orientamento che nega la nullità, per frode alla legge, del contratto diretto ad eludere l'imposta di registro o l'IVA, limitandosi a sanzionare quest'ultimo nell'ambito dei rispettivi rapporti tributari[207].

Altra parte, altrettanto autorevole, della dottrina ritiene, invece, che l'art. 1344 c.c. vada applicato anche ai contratti in frode al fisco, dal momento che questi più che ledere i diritti di un privato, violano i fini generali dell'ordinamento, integrando così un'ipotesi di illiceità per contrarietà, sia pure indiretta, all'ordine pubblico. Non può infatti ignorarsi che l'art. 53 cost., in attuazione del dovere inderogabile di solidarietà posto dall'art. 2 cost., fissa l'obbligo per ciascun contribuente di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva. Il contratto determinato all'unico scopo di frodare il fisco viola oggettivamente gli interessi fondamentali della collettività e dovrebbe coerentemente essere considerato illecito. Non può infatti negarsi che il contratto quale strumento di realizzazione dell'elusione fiscale, dando luogo ad una situazione contraria a quanto imposto dalla legge, è privo di una causa meritevole di tutela e, pertanto, ben può essere oggetto di una declaratoria di nullità[208].

---

[205] Da sottolineare è il carattere di eccezionalità dei paragrafi citati all'interno di un sistema tutto sommato piuttosto rigido, connotato dalla regola del rispetto delle forme.

[206] Sul punto, interessante è il pensiero di B. GRIZIOTTI, *Lo studio funzionale dei fatti finanziari*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1940, I, p. 306; ID., *Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario*, Milano, 1953, p. 417 ss.; ID., *Pragmatismo e giurisprudenza fiscale*, in *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958, p. 171, secondo cui le imposte vanno applicate alla luce della realtà economica e non secondo le forme civili e le espressioni legislative. Cfr. altresì G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'evasione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, pp. 369 ss. e 374, il quale definisce il problema delle elusioni tributarie uno pseudoproblema dal momento che la norma tributaria non presuppone quella civilistica ma è retta da principi e categorie autonomi; e G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 119 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

[207] Così, Cass., 28 giugno 1976, n. 2464, in *Mass. Giur. it.*, 1976, p. 628; e Cass., 5 maggio 1989, n. 2127, in *Riv. not.*, 1989, p. 930; in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 1053. *Contra*, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 532 s., il quale, partendo dal presupposto secondo cui qualunque norma o regola fiscale che stabilisca tassazioni o maggiori tassazioni ai contribuenti può essere oggetto di elusione, osserva come non debba necessariamente individuarsi una norma imperativa o un principio generale di ordine pubblico che le parti avrebbero eluso.

[208] Sul punto, cfr. E. VANONI, *Natura e interpretazione della legge tributaria*, Milano, 1961; F. GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, 1989, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 377; i quali, superando la pretesa assenza di imperatività della norma tributaria, ammettono la nullità del

L'esigenza di ammettere l'operatività di una clausola generale antielusiva nel sistema di diritto tributario appare peraltro corroborata dai risultati positivi cui l'applicazione di una simile clausola ha condotto negli ordinamenti stranieri di maggior rilievo, quali Stati Uniti, Inghilterra, Germania e Francia. La clausola generale antielusiva porta ad una pluralità di benefici: rappresenta un efficace deterrente alle elusioni, migliora la soglia di correttezza dei contribuenti; dissuade il legislatore dalla proliferazione di norme antielusive, norme spesso confuse che comunque lasciano spazio ad altre forme di elusione diverse da quelle espressamente considerate; impone all'amministrazione finanziaria di documentare e provare le proprie affermazioni, anziché motivare in modo generico e poco persuasivo, con riferimento a questa o quella norma antielusiva, con grossi vantaggi per la trasparenza fiscale[209].

In tale ottica, l'art. 10 l. 29 dicembre 1990, n. 408, ha introdotto un principio antielusivo che ha attribuito all'amministrazione finanziaria il potere di «disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta». Ne consegue che anche le norme non propriamente imperative, come le norme fiscali, possono essere oggetto di elusione e che i contratti posti in essere dalle parti al fine di eludere una regola a queste sfavorevole sono da ritenere semplicemente inefficaci con la conseguente applicazione della norma elusa[210].

La tendenza, registrata nella prassi giurisprudenziale, a utilizzare l'istituto della frode alla legge in modo alquanto sporadico è espressione di quell'orientamento, prevalente nell'attuale sistema del diritto tributario, che considera l'imposizione fiscale legata alle forme civilistiche impiegate dalle parti e non alla sostanza economica degli affari compiuti da queste[211]. Si ricordi che una parte della dottrina nega l'utilità, se non addirittura la legittimità, di una clausola generale antielusiva all'interno del sistema tributario[212], evidenziando come le specifiche presunzioni legali antielusive e le modalità di determinazione induttiva e sintetica del reddito diano luogo a un

---

contratto in frode alla legge fiscale. In senso analogo, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 253 s.

[209] In modo convincente, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 533.

[210] Così U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 535, e F. GALLO, *Evasione, elusione e risparmio d'imposta*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 377 ss.

[211] In tal senso, V. UCKMAR, *Le società a stretta base azionaria*, cit., pp. 164 e 168 ss.; e ANTONINI, *Gli atti simulati e l'imposta di registro sulle successioni*, in *Giur. it.*, 1959, IV, p. 59 ss.

[212] Di tale avviso, S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin.*, 1988, p. 122 ss., e in *Digesto/Comm.*, V, Torino, 1989, p. 220 ss.; F. GALLO, *Evasione, elusione e risparmio d'imposta*, cit., p. 377.

apparato autosufficiente nella lotta alle elusioni. Ciò spiega il frequente ricorso ad una interpretazione di tipo estensivo delle norme quale strumento di ausilio nella lotta alle frodi[213]. Accade spesso che il giudice, nel tentativo di combattere le elusioni, faccia uso di una serie di tecniche e strumenti – circolari, leggi, provvedimenti speciali – che appaiono pienamente rispettosi delle forme prescelte dai contribuenti, ma che in realtà costituiscono i mezzi attraverso cui dare rilevanza alla sostanza economica dell'affare[214].

In tale ottica, va apprezzata la scelta operata dal legislatore francese dei primi anni 60 di emanare una norma specifica che, in attuazione della clausola generale della *fraude à la loi*, si preoccupasse di disciplinare le modalità di esercizio e i limiti dei poteri di intervento dell'amministrazione, a garanzia dei contribuenti[215]. La disposizione cui si fa riferimento è l'art. 1469 *quinquies*

---

[213] V. i casi richiamati da A. LOVISOLO, *L'evasione e l'elusione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1979, p. 1288 ss. Cfr. anche G. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988. Per facilitare la scoperta del significato economico effettivo delle operazioni poste in essere dalle parti, assoggettando quest'ultime a tassazione, si è di sovente fatto uso delle tecniche della simulazione o del negozio indiretto. Tra le operazioni economiche più diffuse nella prassi ai fini elusivi, vanno annoverate la trasformazione di s.r.l. in s.n.c. e la conseguente assegnazione di beni, per eludere le tassazioni più gravose delle assegnazioni da persone giuridiche; nonchè la donazione di BOT dal padre ai figli e la contestuale permuta tra bene immobile del padre e BOT donati per eludere la più gravosa tassazione delle donazioni immobiliari.

[214] È in tale ottica che vanno letti, ad esempio, quei sistemi diretti a colpire i vantaggi che i soci possono conseguire dalle società c.dd. familiari o a ristretta base azionaria. Ai fini del calcolo dell'imposta complementare e di famiglia deve guardarsi soltanto ai dividendi e alle altre somme effettivamente percepite dai soci (cfr. art. 135 T.U. delle Leggi sulle Imposte Indirette), senza che a tal fine possa rilevare il reddito prodotto dalla società, atteso che la netta distinzione tra questa e le persone dei soci non permette di ritenere che il reddito della prima appartenga senz'altro alle seconde. Nonostante ciò, secondo un indirizzo oramai consolidato della giurisprudenza fiscale, quando la società è familiare (di persone o per azioni c.d. a ristretta base azionaria) il riscontro, ai fini della ricchezza mobile, di un reddito superiore a quello iscritto in bilancio, costituisce una presunzione grave e concordante (art. 2729 c.c.), tale da far ritenere distribuito ai soci l'intero utile accertato. Cfr., *ex multis*, Cass., 9 marzo 1961, n. 519, in *Dir. e prat. trib.*, 1961, II, p. 396 ss. Ad avviso di Cass., 3 maggio 1966, n. 1454, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 684 ss., laddove il bilancio appaia non attendibile e faccia presumere l'esistenza di una frode fiscale è possibile prescindere dal bilancio stesso, per procedere all'accertamento in via induttiva. Talvolta i privati tentano di sottrarsi alle imposte complementari e di famiglia intestando immobili a società straniere, per lo più *holdings* svizzere, prassi elusiva che si cerca di contrastare applicando l'imposta sulle società, con criterio assai discutibile in astratto, per il semplice fatto che la *holding* risulta proprietaria di immobili situati sul territorio nazionale.

[215] Sul tema della elusione nel sistema tributario francese, cfr. G. LEROUGE, *Théorie de la fraude en droit fiscal*, cit.; B. TADDEI, *La fraude fiscale*, Paris, 1974; M. COZIAN, *Abus de droit, simulation et fiscal planning*, in *Bull. fisc.*, F. Lefevbre, 1984, p. 623 ss.; ID., *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 2, Paris, 1986, p. 39 ss.; ID., *Précis de fiscalité des entreprises*, 2, Paris, 1988, p. 205, par. 599 ss.; J.J. BIENVENU, *Droit fiscal*, Paris, 1987, p. 134 ss.; C. DAVID-O. FOUQUET- M.A. LATOURNERIE-B. PLAGNET, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris,

B *Code général des Impôts* – ora art. 64 Libro delle procedure fiscali – il quale dispone che «Non possono essere opposti all'Amministrazione delle Imposte gli atti che dissimulano la reale portata di un contratto o di una convenzione in relazione a clausole: *a*) che comportano un'imposta di registro o una tassa di pubblicità fondiaria meno elevata; *b*) che mascherano sia il realizzo che il trasferimento di benefici o di ricavi; *c*) che permettono di evitare, in tutto o in parte, il pagamento di tasse sul volume d'affari corrispondente alle operazioni effettuate in esecuzione di un contratto o di una convenzione. L'Amministrazione ha il diritto di restituire il suo carattere reale all'operazione posta in essere».

L'art. 64 A aggiunge che «la procedura di repressione degli abusi di diritto, definita all'art. 64 è applicabile al controllo dell'imposta sul patrimonio». Laddove l'abuso venga dimostrato, l'Amministrazione applicherà l'ammenda del 200% di cui alll'art. 1372 *Code général des Impôts*. È opportuno sottolineare come l'abuso del diritto menzionato dalla norma costituisca un fenomeno ben diverso dalla frode fiscale propriamente intesa, dal momento che del primo può parlarsi allorchè il contribuente simuli passività o non dichiari entrate; del secondo, invece, quando si è in presenza di un atto apparentemente corretto, che l'amministrazione ha però il diritto/dovere di riqualificare al fine di assicurarsi la riscossione dell'imposta elusa o dissimulata[216].

5. *Tecniche elusive, simulazione e negozio indiretto.*

Per molto tempo, la dottrina ha negato l'esistenza della frode alla legge quale istituto autonomo, riconducendola, probabilmente anche per ragioni di opportunità, nell'alveo di quelle questioni interpretative risolubili mediante le tecniche della simulazione[217] e del negozio indiretto[218].

1988, pp. 83 ss. e 223 ss.; A. HARRIS, *C'est la lutte fiscale*, Paris, 1988; G. GEST-G. TIXIER, *Manuel de droit fiscal*, Paris, 1986, p. 260 ss.

[216] Così U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 538, il quale precisa che la formula «*abus de droit*» rappresenta una tecnica idonea a colpire, dichiarandolo inefficace, l'esercizio di diritti non fondati su motivi giusti o ragionevoli. Tale formula, continua l'a., ha un campo di applicazione differente da quello della frode; ad essa, tuttavia, va riconosciuto il merito di avere riunito, sul piano pratico, diverse ipotesi di elusioni e di fatti o atti fittizi.

[217] Così F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, § 50, p. 324 ss., che colloca il problema della frode alla legge nel capitolo dell'interpretazione del negozio giuridico, facendo applicazione del principio della simulazione. In senso conforme, J.G. FUCHS, *Pseudonyime Rechtsgeschäfte*, in *Arch. f. die civ. Praxis*, 115, 1917, p. 84 ss.; ID.,*Umgehung des Gesetzes* (fraus legis facta), Göttingen, 1917, p. 15 ss.; e FRANKE, *Zur Frage des Scheincharakters der Umgehungsgeschäfte*, in *Juristische Wochenschrift*, 1934, p. 1149 ss. Sul punto, cfr. anche G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 45. Per un approfondito studio sul tema della simulazione, v. A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, *passim*; ID., voce *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto*, IV,

La tendenza, comune ai giudici, di combattere il fenomeno elusivo facendo largo uso della tecnica della simulazione negoziale si prestava tuttavia a numerose obiezioni. Si sottolineava, in particolare, come il meccanismo simulatorio conducesse alla creazione di un negozio apparente, alle cui conseguenze giuridiche le parti non intendevano in realtà assoggettarsi; diversamente dalla tecnica della frode che portava alla stipulazione di un negozio effettivamente voluto e alle cui conseguenze giuridiche le parti intendevano sottostare[219].

La necessità di una netta distinzione tra simulazione e frode è stata poi avvertita anche dalla dottrina più moderna[220], la quale ha individuato il fondamento della separazione fra i due istituti nella mancanza, nel negozio fraudolento, di quella difformità fra voluto e dichiarato, che rappresenta una costante del negozio simulato. La frode si distinguerebbe dalla simulazione assoluta, dal momento che la seconda dà luogo, per usare la caratteristica espressione di Baldo, a un *corpus sine spiritu*, ovvero a un'apparenza di negozio che in realtà non esiste e non deve produrre alcun effetto, diversamente dalla prima che si concretizza nella creazione di un negozio realmente voluto e destinato, pertanto, a produrre una modificazione nel mondo giuridico.

La frode si differenzierebbe anche dalla simulazione relativa, giacchè, a differenza di quest'ultima, che è diretta a creare un'apparenza diversa dalla realtà, a far apparire l'esistenza di un negozio (simulato) diverso da quello che deve invece valere (dissimulato), è finalizzata a produrre una situazione la cui sostanza corrisponde all'apparenza, nel senso che il negozio fraudolento è voluto realmente quale esso appare e per gli effetti che gli sono propri. In particolare, nell'ipotesi dell'interposizione fittizia, una volta appurato che il soggetto interposto è una persona priva di qualunque interesse all'operazione e che il suo ruolo è quindi puramente passivo, gli effetti del contratto si producono direttamente in capo al reale titolare. Laddove si accerti che l'interposizione è stata congegnata al fine di eludere talune norme imperative,

---

Torino, 1999; ID., *Simulazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, p. 485 ss.

218 Il negozio indiretto si differenzia dal negozio simulato in quanto è un negozio effettivamente voluto dalla parti, sia pure per il conseguimento di uno scopo economico ulteriore rispetto a quello tipico.

219 In tal senso, O. BÄHR, *Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte*, in *Entscheidungen des Reichsgericht mit Besprechung*, München u. Leipzig, 1883, p. 59 ss.

220 V., in particolare, TEICHMANN, *Die Gesetzesumgehung*, Göttingen, 1962, p. 7 ss.; R. WESTERHOFF, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung*, Hamburg, 1966, p. 77 ss.; F. FERRARA, *Della simulazione*, cit., p. 70 s.; G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, cit., p. 40 ss.; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, cit., p. 177 ss.; L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 104 ss.

dovrà procedersi alla diretta applicazione di queste ultime, tenendo conto della situazione effettiva[221].

Si può forse affermare che un problema di frode alla legge non sia configurabile con riferimento ad un contratto simulato, dal momento che questo è apparente e, una volta accertata la simulazione, non produce effetti. Diversa è la questione se si guarda al contratto dissimulato che, in quanto effettivamente voluto dalle parti ed efficace, può essere tanto fraudolento quanto direttamente illecito.

Nonostante l'impegno della dottrina, le distinzioni tra il meccanismo elusivo e quello simulatorio non sembrano però così chiare: accade spesso che la Suprema Corte, con notevoli confusioni di linguaggio, collochi nell'ambito della frode alla legge casi che a rigore andrebbero ricondotti all'istituto della simulazione o viceversa[222].

Inquadrano la frode alla legge nel solco di una questione di corretta interpretazione anche coloro i quali ritengono di poterla ricondurre nell'ambito della figura del negozio indiretto[223]. In tale prospettiva, si è sostenuto che il comportamento fraudolento delle parti si concretizza nel celare dietro una forma negoziale tipica l'effettiva sostanza economica dell'affare posto in essere, confidando nel rispetto delle forme da parte del giudice più che nella rigida interpretazione della norma imperativa.

In altri termini, la condotta fraudolenta consisterebbe nell'uso di un negozio tipico per il raggiungimento di uno scopo atipico, riscontrabile solo a seguito di un'attenta valutazione[224], analogamente al negozio indiretto che è espressione della possibile divergenza tra lo scopo pratico ultimo che le parti si propongono e quello normalmente attuato attraverso il negozio adottato[225].

---

[221] Diversamente, G. MESSINA, *Sulla frode alla legge*, cit., p. 217 s., secondo cui la differenza fra simulazione relativa e frode alla legge consisterebbe nella liceità o illiceità del negozio simulato, ammettendo così implicitamente l'identità di struttura tra le due figure.

[222] In materia di elusione del divieto di patto commissorio, cfr. Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. Macario; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, *ivi*, 1987, I, c. 799; in *Corriere giur.*, 1987, p. 287, con nota di V. Mariconda; Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428 ss., con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, *ivi*, 1990, I, c. 205 ss., con nota di G. VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario.*

[223] In tal senso, F. FERRARA, *Della simulazione*, cit., p. 71; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931; P. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pp. 771 ss. e 781 ss.; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 119 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 52 ss.; ID., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 616 ss.

[224] Cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 51, il quale a sua volta cita U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 184.

[225] Così T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, cit., p. 163 s., secondo cui «se ciascun negozio si caratterizza per uno scopo tipico che esso mira ad attuare e nel quale si identifica appunto la

Tale dottrina era solita spiegare l'adeguamento del negozio al conseguimento dello scopo ulteriore con la rilevanza, sia pure eccezionale, dei motivi comuni ad entrambe le parti. A questo indirizzo era stata mossa ben presto un'obiezione che si era rivelata decisiva: si rischiava di cadere nella contrapposizione tra i motivi mediati e la causa giuridica del negozio, contrapposizione che in un negozio diretto non crea, di regola, particolari effetti giuridici, ma che può rendere giuridicamente irrilevante, nonchè inafferrabile nei suoi precisi contorni la figura del negozio indiretto[226].

L'inquadramento della frode alla legge nell'alveo della figura del negozio indiretto desta non poche perplessità: non va trascurato il dato, di indubbia rilevanza pratica, che non tutti i negozi indiretti sono per ciò solo in frode alla legge. In un ordinamento come il nostro, che ammette la creazione di contratti atipici, seppur a determinate condizioni, non pare possa escludersi la facoltà per i privati di autoregolamentarsi, se del caso modellando le rigide strutture dei contratti tipici in ragione degli interessi concreti di volta in volta perseguiti.

Sembra doversi ammettere, anche sotto questo profilo, la necessità di riconoscere nella frode alla legge un istituto autonomo ed una tecnica specifica, sì da colpire le elusioni al di là dei limiti connaturati al concetto di interpretazione negoziale e all'operatività delle altre tecniche tradizionali (simulazione, negozio indiretto).

Si può semmai discutere, ma è un problema differente, circa l'utilizzabilità della tecnica del negozio indiretto come anche dell'istituto della simulazione quali meccanismi per mettere in atto la frode.

6. *Strumenti di attuazione della frode alla legge.*

L'esame dei mezzi idonei ad eludere l'applicazione di una norma imperativa costituisce un capitolo tradizionale dell'indagine sulla frode alla legge.

Il negozio mediante il quale realizzare la frode può essere indifferentemente tipico o atipico, mai nullo, giacchè il rimedio sanzionatorio della nullità, comportandone l'inefficacia, lo rende inidoneo a svolgere la funzione cui è destinato dalle parti, impedendogli così di dare luogo ad una qualsiasi situazione fraudolenta. Diversamente, la piena efficacia del negozio annullabile o comunque suscettibile di impugnazione – revoca, rescissione, risoluzione, ecc. – impone di ricomprendere quest'ultimo tra i validi mezzi di attuazione della frode.

---

sua causa economica e giuridica, nulla vieta però che, sia pure entro limiti determinati, esso venga configurato dalle parti in modo tale da realizzare, non solo immediatamente quello che costituisce il suo scopo tipico, ma altresì mediatamente degli scopi ulteriori che sono quelli che nella volontà delle parti acquistano poi la prevalenza».

[226] Di tale avviso, P. GRECO, *o.c.*, p. 772; nonché F. SANTORO-PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 177.

Già i glossatori, partendo dalle celebri definizioni contenute nel Digesto (l. 29,30 D. I, 3), conformemente alla loro tendenza verso lo schematismo, proponevano la seguente quadripartizione delle forme di frode alla legge: *de re ad rem*, *de persona ad personam*, *de uno contractu ad alium contractum*, *de uno contractu ad eumdem contractum*. La prima ipotesi veniva illustrata con la l. 7 § 3 D. 14,6 (mutuo di frumento, vino, olio al *filius familias* per sfuggire al difetto d'azione comminato dal S.C. Macedoniano ai mutui di danaro); la seconda con la l. 5 pr. D. 24, I (interposizione di persona per sfuggire al divieto di donazioni fra coniugi); la terza con la l. 5 § 5 D. 14, I (simulazione di compravendita per sfuggire al medesimo divieto); la quarta con la l. 8 § 14 D. 16, I (assunzione personale del mutuo da parte della donna per sfuggire al divieto di prestare garanzia per altri).

La letteratura giuridica successiva fino al secolo scorso, prendendo a modello la quadripartizione di Accursio, si è anch'essa soffermata sulla questione concernente la possibilità di realizzare una frode alla legge mediante un uso accorto della tecnica simulatoria. Riconosciuta la necessità di distinguere l'istituto della frode dalla simulazione, ci si è preoccupati di verificare se quest'ultima potesse costituire un mezzo valido per eludere la legge.

Prima facie, la risposta al quesito sembra dover essere positiva; tuttavia, un'analisi più accurata del fenomeno consente di affermare che la tecnica della simulazione, semmai, può rappresentare per i privati un ausilio ai fini della copertura dell'operazione fraudolenta, fornendo uno schermo il cui superamento richiede uno sforzo ulteriore da parte dell'interprete. Se, dunque, è indubbio che le parti possono anche «mascherare» il negozio elusivo con un negozio simulato, in modo da complicare lo svolgimento delle operazioni necessarie allo svelamento della frode, al contempo non può negarsi che in tali casi non è il negozio simulato in sé a determinare la creazione di una situazione giuridica elusiva. La frode alla legge non si realizza mediante la simulazione, l'antico brocardo *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur* ci insegna che il negozio simulato non serve a modificare la vera natura del negozio dissimulato[227], la cui eventuale portata fraudolenta va appurata in via autonoma, alla stregua di ogni negozio dissimulato: il carattere fraudolento del negozio dissimulato di certo non è attribuibile alla circostanza che le parti lo hanno tenuto nascosto. Semplificando, potremmo dire che il procedimento simulatorio può sì servire ad occultare l'esistenza di una frode, ma non anche a realizzarla[228].

L'orientamento contrario affonda le sue radici nella inadeguata nozione di negozio in frode alla legge, secondo cui il negozio elusivo va distinto da quello direttamente illecito per la sola circostanza che la violazione della norma è

[227] In senso conforme, L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 107 s.

[228] In modo convincente G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 48, nota 9.

occulta[229]. Da qui la tendenza degli studiosi a qualificare come fraudolente anche quelle operazioni la cui apparente difformità tra fattispecie legale e fattispecie concreta dipende da una fittizia alterazione di quest'ultima. Al contrario, il riconoscimento della frode alla legge quale istituto concettualmente autonomo da quello del *contra legem agere* porta ad escludere la simulazione dai mezzi idonei a perpetrarla.

Ai privati che intendano eludere l'applicazione di una norma imperativa può essere di ausilio anche l'inserimento nel contratto di un elemento accidentale, quali, ad esempio, la condizione, il termine ovvero taluni patti speciali, anche se legislativamente previsti. Accade di frequente che l'elemento inserito nel contratto sia di per sè lecito e che a realizzare la frode sia piuttosto il contratto, così come modificato da tale elemento. È ciò che succede nella vendita con patto di riscatto concluso in frode al divieto di patto commissorio aggiunto al pegno.

Può anche verificarsi che a realizzare la frode sia direttamente l'apposizione di un elemento accidentale; è il caso in cui la norma imperativa vieta l'inserimento nel contratto di una determinata condizione e le parti provvedono a sottoporre l'efficacia o l'inefficacia dello stesso contratto a un evento futuro e incerto che pur non avendo un contenuto identico a quello vietato dalla legge, realizza lo stesso risultato[230]. Ancora, la frode si può attuare inserendo nel contratto una condizione che consenta di realizzare lo stesso assetto di interessi che la norma vieta di conseguire attraverso l'apposizione di un termine. Vi sono negozi ai quali non è consentito apporre un termine superiore o inferiore a quello previsto per legge; si pensi alle disposizioni normative in materia di locazioni immobiliari, che, nell'ottica della tutela del contraente debole (conduttore), sanzionano l'eventuale inserimento di un termine inferiore a quello legale mediante la sostituzione automatica del primo con il secondo (art. 27, comma 4, l. n. 392 del 1978). In tali ipotesi, le parti ben potrebbero realizzare una frode sottoponendo il contratto ad una condizione potestativa risolutiva, idonea a provocare una cessazione del rapporto prima dello scadere del periodo legale. Né una simile condizione potrebbe essere considerata *contra legem*, attese le diversità concettuali ed

---

[229] Di tale avviso, G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, cit., p. 179 s.

[230] Sul punto, v. più diffusamente L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 114 ss. Un esempio è tratto dalle fonti romane (l. 65 D. 35, I): il testatore, per eludere il divieto di apposizione della condizione «*si non nupserit*» all'istituzione di erede, appone la condizione, formalmente diversa, «*si Ariciae non nupserit*», conscio del fatto che l'istituita non potrà passare a nozze che ad Aricia. Lo stesso può dirsi a proposito dell'art. 636 c.c. che sancisce la illiceità della condizione che impedisce le prime nozze o le ulteriori. Della possibilità di frodare la legge mediante l'apposizione di un termine ci fornisce un esempio l'art. 2097 c.c., oggi abrogato dall'art. 9, l. 18 aprile 1962, n. 230, secondo cui l'apposizione del termine al contratto di lavoro era priva di effetto, se fatta per eludere le disposizioni riguardanti il contratto a tempo indeterminato.

effettuali intercorrenti fra il termine e la condizione e l'impossibilità di estendere analogicamente alla condizione le limitazioni relative al termine, che in quanto restrittive della libertà contrattuale sono eccezionali.

Alle due diverse modalità di attuazione della frode corrisponderebbero due diverse risposte sanzionatorie: la circostanza che l'elemento accidentale concorre insieme al negozio ad attuare la frode ben giustifica il ricorso all'art. 1344 c.c. e la conseguente dichiarazione di nullità del negozio stesso; al contrario, l'applicazione di un simile rimedio invalidante apparirebbe oltremodo ingiustificata nelle ipotesi di attuazione della frode mediante il solo elemento accidentale, salvo che la natura di questo non rifletta l'illiceità su tutto il negozio[231]. Tale è il caso disciplinato dall'art. 1354 c.c., il quale dispone che la condizione illecita rende nullo il negozio *inter vivos* o il patto singolo del negozio stesso al quale è apposta. In applicazione di tale principio, deve ritenersi che all'apposizione di una condizione illecita, quale è quella in frode alla legge, segue la nullità dell'intero negozio ovvero, nei limiti di cui all'art. 1354, comma 3, c.c. del singolo patto negoziale. L'apposizione di una condizione illecita ai negozi *mortis causa* porta, invece, alla mera caducazione della condizione medesima (art. 634 c.c.).

Non pare possa giungersi alle medesime conclusioni in caso di apposizione fraudolenta di un termine. Attese la mancanza di una disposizione apposita e l'impossibilità di applicare alla questione in esame la disciplina prevista per la condizione illecita, sembrerebbe doversi fare rinvio alla norma in tema di frode. Una soluzione di tal genere si presta, però, a numerose obiezioni; una fra tutte l'impossibilità di equiparare il negozio con apposizione fraudolenta di un termine al negozio avente causa illecita, cui è espressamente parificato il negozio in frode alla legge. A ciò si aggiunga che l'art. 1344 c.c., dettato in materia di contratti, non può essere applicato agli atti non negoziali, quale è il termine. V'è anche chi ha proposto di applicare, attesa l'identità di *ratio*, l'art. 2097 c.c., in tema di contratto di lavoro, oggi però abrogato dall'art. 9 l. 18 aprile 1962, n. 230[232].

Sempre più spesso accade che i privati realizzino risultati fraudolenti mediante la predisposizione di un collegamento negoziale. Si tratta di uno strumento particolarmente sofisticato, frutto dell'autonomia privata e congegnato in modo da garantire un'alta probabilità di riuscita[233]. Lo

---

[231] Di tale avviso L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 118.

[232] Ancora L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 119.

[233] Al riguardo, v. le osservazioni di G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, cit., c. 277. Interessante è la posizione di C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 254; secondo cui «Il negozio isolato, valutato secondo un giudizio di idoneità rispetto all'evento vietato, non può essere altrimenti che idoneo ovvero no a realizzare tale evento»; ID., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 587 s. Condivide tale impostazione P. UBALDI, *Frode alla legge*, in *AA.VV.*, *I contratti in generale* a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1990, III, p. 632 ss., il quale afferma che «Se la categoria della frode alla legge ha configurazione autonoma

smascheramento della frode da parte del giudice, infatti, incontra in tali casi il limite rappresentato dal fatto che i singoli negozi impiegati nella procedura, se esaminati separatamente l'uno dall'altro, sono pienamente conformi al dettato normativo. È solo da un'attenta valutazione della procedura negoziale nel suo complesso che è possibile accertare se il risultato finale consente o meno di soddisfare un interesse ritenuto meritevole di protezione da parte dell'ordinamento. In caso di esito negativo, all'interprete non resta che sanzionare il collegamento ai sensi dell'art. 1344 c.c. Nè può rappresentare un ostacolo alla sanzionabilità la circostanza che i negozi singolarmente considerati non costituiscono elemento obiettivo di frode, giacchè, atteso il carattere meramente strumentale di ciascun negozio, è il risultato finale che va preso in considerazione[234].

Trova la sua sede naturale nel collegamento negoziale il negozio fiduciario[235]. La dottrina ha individuato il criterio distintivo tra questo ed il

---

rispetto alla qualifica di illiceità per contrarietà alle norme imperative, l'identificazione della stessa va effettuata mediante una soluzione che restringa l'ambito di tale fenomeno alle fattispecie in cui sussiste una combinazione negoziale, idonea a realizzare il medesimo risultato vietato.

[234] I sostenitori della teoria «soggettiva» della frode alla legge osservano come l'illiceità della causa di un contratto implichi necessariamente l'illiceità dell'interesse di entrambi i contraenti, diversamente dal carattere fraudolento di un contratto che, laddove emerga dal coordinamento con altri atti, può anche derivare da atti posti in essere da uno solo dei contraenti ovvero da contratti intercorsi con una parte differente. A ciò consegue la necessità da parte del giudice che intenda dichiarare la nullità dell'operazione negoziale fraudolenta di accertare prioritariamente la mancanza di un incolpevole affidamento della parte eventualmente estranea all'intento fraudolento. Sarebbe questa la spiegazione di un passo della Relazione al re (n. 614) che ai fini della declaratoria di nullità *ex* art. 1344 c.c. richiede l'esistenza di un «presupposto concorde delle parti di far servire il contratto quale mezzo per la realizzazione di una finalità riprovata dall'ordinamento giuridico». In altri termini, gli autori che aderiscono alla concezione «soggettiva» della frode alla legge intendono evidenziare la possibile non corrispondenza nella prassi tra questa e l'istituto del motivo illecito comune ad entrambe le parti – uno dei contraenti potrebbe infatti essere estraneo all'intento fraudolento – , sottolineando la necessità di scongiurare una declaratoria di nullità che sia volta a colpire anche l'illiceità del motivo che stimolò soltanto una delle parti, sacrificando la buona fede del contraente che ha operato, invece, per scopi protetti dalla legge. Ai fini della dichiarazione di nullità sarà necessario verificare l'insussistenza nei contraenti di affidamenti meritevoli di protezione. Sull'argomento cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., p. 632, ad avviso del quale non è accettabile spingere l'impostazione «soggettiva» fino a richiedere la specificità dell'intenzione dei contraenti di eludere l'applicazione di una norma imperativa. Invero, osserva l'a., così come non è necessario perché il contratto sia nullo che le parti lo stipulino nella consapevolezza dell'illiceità della causa, non si vede perché dovrebbe assumere rilevanza, oltre al perseguimento dell'obiettivo fraudolento, anche la conoscenza della contrarietà di quell'obiettivo alla legge.

[235] Sulla natura del negozio fiduciario, cfr. L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 123, nota n. 35, il quale concepisce il negozio fiduciario come la combinazione di un negozio con efficacia reale e un negozio con efficacia obbligatoria. *Contra*, C. GRASSETTI, *Del negozio*

negozio in frode alla legge nella liceità o illiceità dello scopo perseguito. Tuttavia, tale distinzione non sembra del tutto corretta, giacchè è innegabile che anche il negozio fiduciario, se impiegato come mezzo per perseguire un risultato fraudolento, può essere animato da uno scopo illecito[236]. Posto che in astratto il negozio fiduciario può certamente essere un valido strumento di realizzazione della frode, occorre verificare se lo stesso conduca effettivamente ad un risultato fraudolento ovvero ad un risultato contrario alla norma imperativa. È stato osservato[237] che quando l'intento ulteriore si manifesta nella stessa struttura del negozio, mediante l'inserimento di clausole, il negozio non può servire ad eludere la legge, giacchè privo del carattere occulto. Ciò accade, ad esempio, nel caso del negozio fiduciario in cui l'effetto reale dell'attribuzione viene limitato dal negozio obbligatorio che determina gli scopi per cui l'attribuzione stessa è attuata.

L'interposizione reale di persona quale mezzo di attuazione della frode, al di là dell'ipotesi appena esaminata del negozio fiduciario, può altresì realizzarsi, ad esempio, facendo ricorso all'istituto del mandato senza rappresentanza. Di interposizione reale di persona si può anche parlare quando il bene viene trasferito non a colui che secondo l'intenzione del disponente deve fruire dei benefici dell'atto di disposizione, ma a un terzo che ne conserva la proprietà e che ha l'obbligo di erogare gli utili dell'attribuzione patrimoniale a favore del beneficiario. A questa ipotesi si riferisce l'art. 599 c.c.

L'interposizione di persona non va confusa con la c.d. intestazione in altra persona, che si verifica allorché l'acquisto viene fatto con denaro proprio in nome di un terzo, ovvero direttamente dal terzo in nome proprio con denaro

---

fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 363 s., che considera il negozio fiduciario come un negozio unico.

[236] *Contra*, L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 124 ss., il quale non ammette la figura del negozio fiduciario nel nostro ordinamento. L'a. ricorda che il negozio fiduciario ha avuto origine e sviluppo in quegli ordinamenti in cui è ammesso come figura generale il negozio astratto, sottolineando al contempo come non sarebbe corretto parlare di negozio fiduciario qualora il trasferimento del diritto avvenisse mediante un negozio tipico con efficacia reale, dal momento che in tali ipotesi il risultato raggiunto non sarebbe quello proprio del negozio fiduciario. Esclusa l'ammissibilità del negozio astratto nel nostro ordinamento, esclusa la possibilità che il risultato del negozio fiduciario sia conseguibile mediante l'adozione di un negozio causale tipico, l'a. procede alla critica di quell'orientamento dottrinale che qualifica il negozio fiduciario come un negozio causale atipico, la cui causa consisterebbe nella fiducia. Ad avviso dell'a. la *causa fiduciae* non sarebbe idonea al trasferimento della proprietà:una causa che per sua natura dovrebbe produrre solo un trasferimento con effetti limitati nel tempo non può essere idonea a trasferire un diritto che per sua natura è perpetuo e illimitato. Per altri versi, non è ammissibile parlare di una proprietà fiduciaria, nel senso di proprietà limitata dallo scopo per il quale questo diritto viene trasmesso, dal momento che una simile figura si porrebbe in contrasto con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. L'inammissibilità del negozio fiduciario nel nostro ordinamento porta l'a. ad escludere che questo possa essere un mezzo idoneo ad eludere la legge.

[237] Così P. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, cit., p. 772.

procuratogli a tale fine dal donante. In ogni caso, il risultato che ne consegue è contrario alla legge e non fraudolento[238].

7. *Attività interpretativa e criteri di accertamento delle fattispecie elusive.*

La presenza di numerose aree conservative all'interno degli ordinamenti dei principali paesi dell'Europa continentale, come si è già avuto modo di osservare, rende particolarmente faticoso il lavoro dell'interprete nell'ambito della lotta alle frodi. Il tutto è complicato dall'assenza di una norma che indichi compiutamente i criteri da seguire nell'accertamento del fenomeno elusivo. Lo stesso art. 1344 c.c., che racchiude in sé la clausola generale della frode alla legge, nulla dice a riguardo, preoccupandosi piuttosto di qualificare come illecito il contratto fraudolento[239]. Né deve stupire che il contratto in frode alla legge viene descritto nella Relazione al Re (nn. 172 e 173) come un caso di rilevanza del motivo illecito comune ad entrambe le parti, dal momento che nella Relazione al codice il termine «motivo» viene utilizzato quale sinonimo di causa, da intendersi in senso soggettivo, secondo la risalente tradizione francese.

La formulazione dell'art. 1344 c.c. testimonia la scelta dogmatica compiuta dal legislatore, tale scelta, anche in considerazione della controversa nozione di causa esistente nel nostro ordinamento[240], non esclude, però, la possibilità per l'interprete di affermare l'esistenza di un più generale principio antielusivo che si estenda al di là dell'ambito contrattuale cui fa riferimento la norma in esame. La genericità da cui è contraddistinta la disposizione sul contratto in frode alla legge connota anche le ulteriori previsioni codicistiche riconducibili in qualche modo alla materia trattata. In tal senso, l'art. 2097, comma 2, oggi abrogato dalla l. 18 aprile 1962, n. 230, che ha compiutamente regolato il

---

238 Sul punto, cfr. L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 135.

239 La tesi che ricollega la frode alla legge ad un vizio della causa si deve in Italia a G. MESSINA, *Sulla frode alla legge*, cit., p. 211 ss. In senso critico, L. CARRARO, *o.u.c.*, p. 55 ss.

240 Per M. GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, pp. 46 ss. e 66 ss.; e P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1965, p. 11 ss., il termine causa sta ad indicare la giustificazione dello spostamento patrimoniale derivante dall'atto. Ad avviso di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, sp. p. 263 ss., la causa si risolve nella controprestazione (la *consideration* del *common law*), divenendo così il criterio in base al quale distinguere gli atti a titolo oneroso da quelli a titolo gratuito, come la donazione, che in base a tale ricostruzione risultano essere sprovvisti di causa. La causa può anche attenere al problema dell'illiceità del negozio atipico o della serietà del vincolo, ovvero del contenuto del contratto, della costruzione del vero affare voluto dalle parti, allorchè la situazione economica prodotta dal negozio non corrisponda a quella del tipo contrattuale di riferimento. Si pensi, in particolare, alla rilevanza o irrilevanza dei motivi del negozio simulato o del negozio indiretto.

contratto di lavoro a tempo determinato, nulla prevedeva in ordine alle condizioni in presenza delle quali era possibile affermare con certezza l'esistenza di una frode, limitandosi a sancire l'inefficacia del termine apposto al solo fine di eludere le disposizioni inderogabili sul contratto di lavoro a tempo indeterminato. La stessa considerazione può essere fatta con riferimento a quelle norme dirette a colpire gli acquisti effettuati tramite persona interposta al solo scopo di eludere l'incapacità di acquistare.

In presenza di un dato legislativo privo di spunti interessanti dai quali poter elaborare criteri e direttive utili al giudice ai fini dell'individuazione della frode, non resta che ricostruire i suddetti strumenti di valutazione dalle regole concrete fornite dalla prassi giudiziaria in materia.

Preliminarmente, occorrerà verificare la natura della norma che si sospetta elusa, valutando attentamente se questa intende sanzionare una modalità contrattuale, uno specifico comportamento ovvero un risultato economico perseguibile anche mediante il compimento di condotte diverse da quelle espressamente proibite[241].

Il secondo criterio guida impiegato dalla giurisprudenza quale indice sintomatico dell'esistenza di un atto fraudolento è la surrogabilità in senso economico del procedimento posto in essere dalle parti con quello espressamente proibito dalla norma imperativa. L'attività richiesta non consiste tanto nella verifica formale del grado di somiglianza tra la fattispecie posta in essere dai privati e quella sanzionata dall'ordinamento, quanto nell'accertare la sostanziale affinità tra il risultato economico concretamente realizzato dalle parti e l'assetto di interessi che la disposizione imperativa mirava a scongiurare, tenendo conto, ai fini del giudizio complessivo, dell'uso che i privati sono soliti fare del procedimento negoziale interessato. In altri termini, occorrerà appurare, alla luce degli usi commerciali e dell'apprezzamento dell'uomo d'affari medio, se quella determinata procedura viene nella prassi utilizzata al fine di eludere la legge, ovvero se i soggetti vi fanno ricorso raramente non reputandola idonea al conseguimento di soluzioni appaganti. La mancanza di un apprezzabile interesse delle parti alla creazione dell'assetto economico determinato dal procedimento negoziale dichiarato costituisce una spia ulteriore dell'esistenza di una condotta fraudolenta. Assai delicata è la questione relativa alla ricostruzione dell'affare realmente posto in essere dalle parti, in disprezzo della forma negoziale espressamente dichiarata da queste. Il giudice dovrà procedere con molta cautela, alla ricerca del difficile punto di equilibrio tra «libertà contrattuale» e «autorità della legge», tra necessità di non autorizzare condotte maliziosamente

---

[241] In questo senso G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 153 ss., il quale sostiene che un problema di frode alla legge possa porsi in concreto solo ove sia stata accertata l'appartenenza della norma che si pretende elusa ad un'area di *strictum jus*, come tale implicante un accentuato vincolo di fedeltà dell'interprete al testo di legge.

poste in essere dalle parti al fine di mettere in scacco la legge ed esigenza di non colpire comportamenti leciti, frutto delle possibilità concesse ai privati dallo stesso ordinamento giuridico[242].

Al di là dei rischi connessi al superamento delle forme, è interessante sottolineare come in realtà esistano alcune norme codicistiche che sembrano legittimare nel nostro ordinamento forme di integrazione o addirittura di costruzione mediante le quali adeguare giudizialmente i contratti formalmente dichiarati alla realtà economica sottostante[243]. Ai nostri fini, basterà ricordare l'art. 1372 c.c., che annovera gli usi e l'equità tra le fonti di integrazione del contratto; gli artt. 1182, 1326, 1329, 1333 c.c., che si occupano dell'integrazione di singoli elementi del contratto quali rispettivamente il luogo dell'adempimento, il termine entro il quale deve giungere l'accettazione, il termine della proposta irrevocabile – laddove non espressamente previsti – e il termine entro il quale si può rifiutare la proposta di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente; nonché gli artt. 1330, 1360, 1469 e 1569 c.c. Il frequente richiamo alla «natura dell'affare», «del contratto» o «del rapporto» testimonia la rilevanza che le circostanze economiche e gli interessi in gioco hanno nella ricostruzione della reale operazione compiuta dalle parti.

L'analisi fin qui condotta, pertanto, ci induce a ritenere che laddove dall'esame delle clausole sia possibile dedurre il legittimo sospetto di un travisamento del tipo contrattuale l'interprete possa disattendere la volontà

---

[242] Di tale opinione G. D'AMICO, *o.c.*, p. 126, per il quale, pur non essendo permesso tutto ciò che non è espressamente vietato, è da evitare un allargamento eccessivo dell'ambito entro cui poter sanzionare comportamenti che, almeno formalmente, non si pongono in contrasto con alcuna norma imperativa dell'ordinamento giuridico. In modo sostanzialmente analogo, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1988, t. 2, p. 280, secondo cui «la produzione di risultati simili a quelli vietati dalla legge, nonché l'adozione di procedimenti simili a quelli che il legislatore ha vietato e condannato all'irrilevanza possono costituire – ma non costituiscono necessariamente – l'elusione giuridicamente repressa». Il problema consiste, per utilizzare ancora le parole dell'a., «nell'individuare l'elemento specifico, in presenza del quale la generica rassomiglianza fra due risultati o due procedimenti acquista il carattere della similarità elusiva e pertanto fraudolenta». La preoccupazione di un'eccessiva compressione della libertà contrattuale è avvertita anche da V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 93, il quale sottolinea, sia pure in altro contesto, la necessità di non fermarsi, alla valutazione causale di un atto, al singolo negozio, ma di considerare l'intera «operazione economica».

[243] Scarso rilievo assume l'art. 1366 c.c. che si muove pur sempre nell'ambito dell'interpretazione del contratto e non in quello della sua costruzione in mancanza di una chiara volontà volontà delle parti. L'esistenza di direttive generali di superamento delle forme, che si fondano sulla valutazione degli interessi in gioco (natura delle cose, dell'affare, del contratto, ecc.), sugli *standards* della correttezza e degli usi del traffico, è evidenziata da U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 328. In tema di interpretazione e integrazione del contratto v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il Contratto*, Trattato a cura di P. Rescigno, Torino, 1999; ID., *L'interpretazione del contratto*, *ivi.*

manifestata dalle parti, ricostruendo il procedimento negoziale interessato in ragione della portata economica delle situazioni concrete. Va da sé che l'esame deve essere molto accurato, deve tener conto del comune impiego tra gli uomini d'affari di certe clausole o di certe combinazioni negoziali, al fine di scongiurare che i normali contrasti tra le tipizzazioni giuridiche, necessariamente astratte, e la reale situazione economica vengano fraintesi[244]. La non perfetta corrispondenza tra l'interesse in concreto perseguito dalle parti e l'intento tipico alla cui soddisfazione è preordinato lo schema negoziale da queste prescelto rientra nella fisiologia del rapporto[245]; l'elasticità propria di tutti gli schemi negoziali fa sì che l'inserimento in taluno di questi di interessi non pienamente riconducibili all'intento empirico tipico non integri, per ciò solo, un'ipotesi di frode alla legge. Ai privati è concesso sfruttare la parziale surrogabilità economica e giuridica tra i diversi schemi negoziali, ponendo in essere comportamenti che, pur rimanendo formalmente nella cornice di un dato tipo, si distaccano dall'uso normale che di quel negozio è dato riscontrare nella prassi in relazione alla funzione giuridica sua propria. È piuttosto sulla «tipicità» o «normalità» dell'intento pratico sul piano sociale che il giudice dovrà soffermarsi ai fini di una corretta qualificazione del contratto sospetto[246]. Quest'ultimo potrà reputarsi in frode alla legge solamente dopo che sia stata accertata la mancanza di una qualsivoglia corrispondenza tra

---

[244] Il rischio è avvertito in modo particolare da T. ASCARELLI, *Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1518 ss.

[245] Così osserva G. D'AMICO, *o.c.*, pp. 130 ss. e sp. 134: «la perfetta rispondenza tra il lato economico e il lato giuridico dei negozi è senz'altro un obiettivo che il legislatore deve porsi, e può presumersi che si ponga, ma non è certo un risultato che egli riesca sempre a conseguire. È più realistico, pertanto, ragionare in termini di una corrispondenza solo tendenziale». Di diverso avviso, G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, Milano, 1908, p. 68, il quale non ammette «che la realizzazione di uno stesso intento empirico possa avvenire con mezzi giuridici diversi»; nonchè S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 379 s.

[246] Cfr. A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, cit., p. 104, il quale individua nel carattere «inconsueto», e in tal senso anormale, della forma o del procedimento negoziale prescelto dalle parti o anche delle singole clausole tutta una serie di indizi oggettivi dell'intento di eludere la legge. In materia di prelazione agraria la giurisprudenza ha avuto modo di affermare come l'anomalia dei singoli atti facenti parte di un collegamento negoziale, da intendersi quale mancanza di un contenuto «economicamente apprezzabile» e/o di un oggettivo carattere di «convenienza ed economicità», rappresenti un elemento spia dell'esistenza di una fattispecie fraudolenta. Si pensi, in tal senso, ad un contratto di alienazione di un fondo ad eccezione della striscia di terreno confinante con un altro fondo, accompagnato magari dalla previsione di accordi, autonomi o inseriti quali clausole nell'atto principale, che prevedono la concessione in affitto all'acquirente della striscia di terreno esclusa dalla vendita, ovvero l'attribuzione allo stesso di altri diritti di godimento su tale striscia. Sull'argomento, v. più diffusamente, *infra*, sez. II, § 3.4.

l'interesse fondamentale delle parti e l'intento pratico tipico dello strumento negoziale da queste prescelto[247].

Quanto alla prova dell'intento fraudolento – per coloro i quali la ritengono necessaria – si ritiene comunemente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che essa possa essere fornita con ogni mezzo e che il giudice possa trarre il convincimento dell'esistenza dell'elemento subiettivo anche da presunzioni. La prova testimoniale sembra essere utilizzabile senza alcuna restrizione, dal momento che i limiti previsti dall'art. 2721 ss. c.c. vengono meno allorché la prova miri a dimostrare l'illiceità di un negozio. Del resto, le norme sui limiti alla prova testimoniale si applicano solo quando la parte invoca gli effetti del negozio e non quando rilevi la nullità del medesimo: solo nel primo caso, infatti, l'ordinamento può pretendere che l'interessato si garantisca mediante la rappresentazione documentale del negozio concluso.

---

[247] Di tale avviso, U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 308 ss.; nonché, G. D'AMICO, *o.c.*, pp. 135 e 167, il quale, ai fini dell'accertamento del carattere elusivo di un contratto sospetto, attribuisce valore decisivo alla mancanza di un legittimo interesse delle parti, cioè di un legittimo scopo di affari o interesse aziendale, che giustifichi la scelta di un dato negozio o di un dato procedimento. Entrambi gli aa. hanno cura di precisare che il criterio del legittimo interesse delle parti non ha nulla a che vedere con gli stati soggettivi delle stesse, ben potendosi desumere da elementi rigorosamente oggettivi (U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 264 ss.; G. D'AMICO, *o.c.*, p. 168). Sui limiti dell'autonomia privata in ordine alla scelta del tipo contrattuale, cfr. C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, I, pp. 477 ss. e 498 ss., il quale preferisce ricorrere alla formula «abuso del tipo contrattuale». Al riguardo, l'a. ha puntualizzato: «nel predisporre i vari tipi contrattuali il legislatore tiene presente una certa realtà alla quale ciascuno di essi viene destinato a dare forma. Alla autonomia privata è consentito per la sua stessa natura, di adattare questi tipi alla particolarità del rapporto concreto, il quale deve però rimanere riconducibile nelle sue linee essenziali alla forma predisposta dal legislatore. Quando invece la materia o sostanza del rapporto risulti irriducibile alla forma utilizzata, la discrasia che viene e crearsi tra l'una e l'altra si concreta in un abuso del tipo, in una utilizzazione deviante di esso, che l'ordinamento non può consentire. Esse [*id est*: le parti] non possono stravolgere il tipo prescelto nel senso di una copertura formale di tutt'altra realtà da quella cui esso è destinato». Secondo l'a. (p. 500), la repressione dell'abuso del tipo contrattuale troverebbe conferma, sul piano normativo, nell'art. 1322, comma 1, che attribuisce ai contraenti il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto, ma sempre nei limiti imposti dalla legge. Sul punto, cfr. altresì G. PALERMO, *Divergenza e incompatibilità tra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Milano, 1972, p. 645 ss.

SEZIONE II

APPLICAZIONI PRATICHE

1. *Libertà contrattuale, frode alle norme imperative e prassi giurisprudenziale.*

Molteplici sono i casi di frode alla legge, inizialmente trattati come ipotesi di simulazione[248] o di negozio indiretto, di cui la giurisprudenza e la dottrina sono stati chiamati ad occuparsi. Si tratta principalmente di contratti tipici, spesso formali, produttivi di un risultato economico sostanziale per nulla corrispondente al tipo contrattuale di riferimento e per di più coincidente con quello vietato dalla norma imperativa. In particolare, una delle prime applicazioni pratiche della tecnica della frode alla legge ha riguardato l'art. 781 c.c. – dichiarato poi costituzionalmente illegittimo con sentenza del 27 giugno 1973, n. 91 – e il problema delle donazioni indirette tra i coniugi: di frequente, accadeva che quest'ultimi stipulassero un contratto qualificandolo come vendita, intendendo in realtà realizzare la causa propria della donazione, sia pure indiretta, in disprezzo di quanto stabilito dalla disposizione in esame[249].

Due casi sostanzialmente analoghi, contrassegnati ancora una volta dalla non corrispondenza tra il *nomen iuris* espressamente dichiarato dalle parti ed il

---

[248] Sulla distinzione tra simulazione e frode alla legge, cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 218, il quale osserva come la simulazione presupponga controdichiarazioni chiaramente imputabili alla volontà delle parti, diversamente dalla frode che implica la costruzione del vero affare posto in essere a prescindere da un'effettiva volontà dei contraenti ed in considerazione della sostanza economica dell'affare compiuto. Al riguardo, si rinvia a quanto già osservato nel cap. II, sez. I, § 5.

[249] Sul punto, v. Cass., 4 maggio 1961, n. 1012, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1079, che ha ravvisato nell'intestazione di beni a nome del coniuge a favore del quale si intende effettuare la liberalità un caso di frode al divieto di cui all'art. 781 c.c., distinguendo l'ipotesi in cui il donante abbia erogato il proprio denaro al solo scopo di far acquistare l'immobile all'altro coniuge – nel qual caso, dichiarata la nullità del negozio *in fraudem legis*, va restituito l'immobile – dall'ipotesi in cui la destinazione della somma non sia stata decisa dal coniuge erogante – nel qual caso, invece, vi è l'obbligo di restituire la somma. Dello stesso avviso, Cass., 13 agosto 1965, n. 1960, *ivi*, 1965, I, c. 1837. Per Cass., 31 gennaio 1947, *ivi*, 1947, I, c. 365; e Cass., 7 agosto 1950, n. 2435, in *Giur. Cass.*, *Civ.*, 1950, III, 1018, integra un'ipotesi di donazione indiretta la riserva di usufrutto a favore del coniuge, anche se subordinata alla condizione *cum preamoria*, poiché ciò non escluderebbe l'attualità dell'attribuzione patrimoniale. Secondo Cass., 7 agosto 1959, n. 2488, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, p. 849; e Cass., 24 maggio 1960, n. 1333, in *Foro it.*, 1960, I, 1, c. 1435, la concessione di una garanzia reale o personale ovvero l'assunzione di un debito elude il divieto di donazione tra i coniugi allorchè vi sia rinunzia all'azione di regresso nei confronti del coniuge garantito o rinunzia a chiedere la restituzione della somma erogata.

concreto assetto di interessi che queste intendono perseguire[250], sono quello dei contratti di lavoro a termine, concatenati ad arte tra loro al fine di eludere la norma che vieta la frazionabilità dell'indennità di anzianità, e quello concernente le vendite a scopo di garanzia in frode al disposto di cui all'art. 2744 c.c.[251].

Numerose sono anche le elusioni perpetrate nell'ambito del diritto di famiglia; si pensi al largo uso dell'istituto dell'adozione al solo fine di eludere le disposizioni dettate in materia di imposte di successione e di patti successori, nonché alla molteplicità dei matrimoni simulati contratti al solo scopo di eludere talune disposizioni di legge sfavorevoli alle parti. Si tratta di un settore – quello del diritto di famiglia – caratterizzato da un rigido formalismo, che contribuisce ad indebolire i già precari mezzi di cui dispone il giudice nell'accertamento della frode. Infatti, nelle due fattispecie da ultimo brevemente illustrate, diversamente da quanto accade in ambito contrattuale, l'esigenza di tutela della certezza dei rapporti familiari induce le parti a rispettare la tipicità dei negozi, ancorché la situazione sociale ed economica in cui queste si trovano non vi corrisponda.

Può anche accadere che i privati pongano in essere dei veri e propri collegamenti negoziali, si pensi alle vendite dietro le quali si celano distribuzioni *mortis causa* del proprio patrimonio[252]. In tal caso, il complesso lavoro dell'interprete nell'ambito della lotta alle elusioni è reso ancora più difficile: per accertare se le vendite poste in essere dal disponente intendano in realtà nascondere donazioni o disposizioni *mortis causa* in frode alla legge, sarà

---

[250] Preme sottolineare che una certa divergenza tra negozio tipico e sostanza economica dell'affare si ritiene normale e sfruttabile dalle parti senza che ciò si sostanzi necessariamente in un impiego fraudolento delle forme civili.

[251] Sul punto si rinvia *infra*, cap. II, sez. II, §§ 3, 3.1 e 3.5.

[252] Più in generale, in materia testamentaria, cfr. Cass., 23 gennaio 1931, in *Foro it. Rep.*, 1931, voce *Sostituzione fedecommissaria*, nn. 2-3, la quale ha ritenuto in frode al divieto di sostituzione fedecommissaria le attribuzioni separate della nuda proprietà e dell'usufrutto, affermando che dal modo in cui l'istituzione era stata congegnata era possibile dedurre l'intento del testatore di eludere la legge. *Contra*, in dottrina, M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 294 ss., il quale esclude che in un simile caso sia possibile ravvisare una fattispecie fraudolenta. Per Cass., 20 luglio 1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1146 con nota di L. DE ANGELIS, sono in frode al divieto di sostituzione fedecommissaria le istituzioni di erede subordinate alla condizione risolutiva «*si sine liberis decesserit*», allorchè si provi che vi è l'intento del testatore di eludere la legge, intento desunto normalmente dalla già scontata impossibilità per l'istituito di avere figli; dall'accertamento della volontà dell'erede di far passare i beni per il tramite del primo istituito; dalla rilevata inesistenza di un obbligo di restituire i frutti; dal modo in cui sono congegnate le disposizioni e perfino dall'esistenza di una particolare situazione familiare. In senso conforme, Cass., 16 maggio 1962, in *Foro it. Rep.*, 1962, voce *Sostituzione fedecommissaria* n. 2. Di diverso avviso, in dottrina, M. TALAMANCA, *o.c.*, p. 300 ss., nonchè A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 224, i quali escludono la necessità di ricorrere al concetto di frode alla legge, ritenendo la condizione risolutiva «*si sine liberis decesserit*» direttamente illecita.

infatti necessario valutare una pluralità di fattori, come i rapporti di parentela e amicizia tra il venditore e i c.dd. compratori, l'effettiva corresponsione di un prezzo, il disegno del disponente di distribuire completamente o in parte il proprio patrimonio in vista della morte. Sono tutte ipotesi di contratti forgiati abilmente dai privati in modo tale da apparire, ad un esame superficiale, pienamente conformi al dato legislativo, ipotesi rispetto alle quali è doveroso accertare la situazione economica di fatto concretizzatasi. A tal fine il giudice si troverà spesso a dover correggere il tipo contrattuale prescelto dalle parti, contravvenendo alla volontà manifestata da queste, integrandola, modificandola e, se necessario, disattendendola del tutto. È in questa prospettiva che va considerata l'attività giurisprudenziale finalizzata allo smascheramento della frode, un'attività di integrazione[253] e di controllo[254] più che di semplice interpretazione del contratto.

Da qui la necessità di conciliare l'esigenza dello svelamento delle elusioni con la tipicità ed il formalismo propri dei sistemi continentali europei. L'operazione di correzione del negozio stipulato e di costruzione della reale sostanza economica dell'affare, collocandosi al di fuori delle ordinarie tecniche ermeneutiche ed implicando il superamento delle forme tipiche prescelte dalle parti, porta con sé il rischio della nascita di contratti di creazione giurisprudenziale. Integrare e correggere il contenuto del contratto alla luce di quanto le parti avrebbero ragionevolmente pattuito, considerando l'assetto dato ai loro interessi, è cosa ben diversa dal creare contratti in luogo di queste, tradendo la loro reale volontà. La presenza di questa area conservativa, volta a

---

[253] Di integrazione si è parlato in Germania, in relazione alle ipotesi di adeguamento del contratto a seguito della verificazione di circostanze già esistenti o sopravvenute, non previste dalle parti al momento della conclusione. La disposizione invocata è il § 157 BGB (corrispondente all'art. 1366 c.c.), laddove si specifica che gli obblighi, le limitazioni e gli adattamenti effettuati dal giudice devono pur sempre passare per la volontà delle parti, sia pure ipotetica. A norma del § 157 BGB, il giudice, nell'individuare il contenuto del contratto, deve tener conto di quello che gli stessi contraenti avrebbero ragionevolmente pattuito. Pertanto, in conformità al principio dell'autonomia privata e dell'affidamento contrattuale, l'attività giudiziale di integrazione del contratto non può spingersi fino a contraddire la volontà delle parti. Al contempo, non può però ignorarsi che l'integrazione di cui al § 157 BGB consiste nella valutazione di un'apparenza reale secondo il principio di buona fede ed i criteri medi degli uomini d'affari, criteri che possono portare alla costruzione di contratti anche in assenza di una concreta volontà delle parti.

[254] Un'attività similare viene espletata in relazione ai c.dd. contratti *standards*, caratterizzati da un forte squilibrio delle forze economiche delle parti al momento della conclusione. Le clausole ritenute inique vengono considerate come non convenute o sostituite con altre clausole eque mediante una procedura che, seppur qualificata d'interpretazione, andrebbe piuttosto considerata come correttiva o di controllo, ben potendo condurre a disattendere sostanzialmente la volontà dei contraenti. Si tratta di un'attività che, consentendo al giudice di costruire il contratto a prescindere e anche contro la volontà manifestata dalle parti, contribuisce ad accreditare l'idea della crisi della nozione stessa di contratto quale espressione della mera autonomia privata.

scongiurare il pericolo di un eccessivo potere giudiziale di controllo sull'autonomia privata, impone all'interprete l'espletamento di un lavoro particolarmente arduo, alla ricerca di un difficile bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale e quella, altrettanto meritevole, di impedire che la stessa venga esercitata in frode alle norme imperative.

2. *Pratiche elusive e diritto internazionale privato.*

L'esigenza di assicurare un trattamento uniforme nell'ambito dei rapporti internazionali ha indotto i legislatori di tutti i paesi dell'Europa continentale alla creazione anche nel diritto internazionale privato di vaste aree conservative, caratterizzate dal rispetto dei criteri formalmente invocati dalle parti al fine di giustificare il rimando all'ordinamento straniero[255].

Tale diritto si presenta come un settore all'interno del quale non è consentito l'esercizio di un potere giudiziale volto all'accertamento della situazione concreta: il giudice non può valutare l'effettiva esistenza di un collegamento con lo Stato estero, dal momento che ciò implicherebbe una preventiva verificazione dell'esistenza di uno dei criteri formalmente invocati dalle parti (cittadinanza, domicilio, luogo di compimento di un atto, etc.), finendo così con il mortificare il formalismo imperante nel settore. Per altri versi, la necessità di assicurare la validità dei diritti acquistati all'estero e la conseguente tutela delle libertà internazionali hanno fatto sì che il controllo della sentenza straniera in sede di delibazione fosse limitato a quei pochi casi tassativamente previsti.

La frequente vischiosità del sistema, giustificata da un dato modo di costruire il testo di legge o da un determinato grado di evoluzione delle tecniche giuridiche, ed il conseguente contrasto tra zona di chiarezza (*core*) e zona di incertezza della legge (*penombra*) hanno stuzzicato poi la *habilité* delle parti nell'ideare operazioni caratterizzate da quella tensione tra forma e sostanza dell'affare che rappresenta il presupposto indefettibile per il porsi di un problema di frode alla legge.

È accaduto spesso che le parti, approfittando di un'interpretazione rigida e fedele della norma, invocassero determinati criteri di collegamento confidando nel fatto che era impedito all'interprete accertarne la reale rispondenza. La particolare situazione in cui si è venuta a trovare l'Italia – rimasta uno fra i pochi paesi a non avere introdotto l'istituto del divorzio – ha fatto sì che i privati, i quali intendessero sciogliersi dal vincolo coniugale, intentassero tutta una serie di espedienti diretti ad eludere il principio della indissolubilità del matrimonio. Ciò spiega la particolare attenzione dedicata alla materia

---

[255] In generale, P. FEDOZZI, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, cit., p. 361; G. PACCHIONI, *Elementi di diritto internazionale privato*, cit., p. 223 s.

matrimoniale da parte degli illustri autori che si sono occupati della frode alla legge nell'esperienza giuridica italiana.

I mezzi impiegati dai nostri connazionali nel tentativo di soddisfare le contingenti esigenze sono stati essenzialmente il divorzio all'estero e l'annullamento all'estero del matrimonio. Nella prima ipotesi, riprendendo una prassi di dubbia legittimità[256] già diffusa a partire dalla fine del XIX secolo, i coniugi acquistavano una cittadinanza estera, ottenevano all'estero il divorzio e facevano delibare in Italia la sentenza, cercando di riacquistare poi la cittadinanza italiana. La prassi giurisprudenziale invalsa nel periodo tra le due guerre ha dimostrato le difficoltà incontrate dalle Corti nell'applicazione della tecnica della frode alla legge. I giudici si dichiaravano generalmente contrari all'ammissibilità di un'indagine sui motivi che avevano animato il comportamento delle parti (intento elusivo), affermando che, in conformità a quanto previsto dall'art. 8, n. 1, l. 13 giugno 1912 n. 555 – il quale subordinava la perdita della cittadinanza italiana non solo all'acquisto spontaneo di una cittadinanza straniera ma anche al trasferimento all'estero della residenza – la delibazione della sentenza di divorzio poteva essere negata solamente laddove risultasse che le parti non avevano mai inteso fissare la propria residenza all'estero. Così facendo, la giurisprudenza finiva con il negare ogni rilevanza alla frode nel diritto internazionale privato, senza accorgersi che il diniego dell'*exequatur* a causa della mancata perdita della cittadinanza presupponeva comunque un accurato esame di tutte le circostanze di fatto, il che era proprio quanto richiedeva chi propugnava la teoria della frode alla legge.

Le ragioni e di carattere ideologico, quale l'urto tra una concezione cattolica ed una laico-liberale dell'istituto matrimoniale, e di carattere tecnico giuridico, quali la difficoltà per gli internazionalisti di definire con chiarezza la nozione di frode alla legge, il timore di scalfire il principio della certezza del diritto ed il pericolo di ammettere un ampio controllo della sentenza straniera in sede di delibazione, hanno indotto la giurisprudenza ad assumere un atteggiamento che, di fatto, aveva l'effetto di lasciare un ampio margine di operatività alle pratiche elusive.

La maggiore influenza esercitata dai cattolici nella vita politica, nonché, probabilmente, l'avvertita esigenza di reprimere i numerosi comportamenti elusivi messi in atto in quegli anni dai privati hanno poi portato la Corte di Cassazione, a Sezioni unite, a riconoscere la competenza esclusiva dei tribunali

---

[256] Sostenevano la liceità di un simile procedimento negoziale, G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, cit., pp. 98 ss. e 153 ss.; D. ANZILOTTI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell'Aja*, Bologna, 1908, p. 89 ss.; ID., *Ancora sulla questione dei c.d. divorzi* in fraudem legis, in *Riv. dir. int.*, 1912, p. 568 ss. Di contro, caldeggiavano la tesi della illiceità, GABBA, nota ad App. Modena, 12 aprile 1898, in *Giur. it.*, 1898, I, 2, c. 494; P. FEDOZZI, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, cit., p. 77 ss.

ecclesiastici su tutti i matrimoni concordatari, ancorchè contratti da stranieri[257].

Le medesime ragioni hanno spinto la Suprema Corte ad affermare la prescrizione decennale dell'azione di annullamento del matrimonio per *impotentia coeundi*[258] e a negare, per contrarietà all'ordine pubblico, la delibazione della sentenza straniera che pronunciava l'annullamento del matrimonio su prove di parte[259]. Ad avviso della Corte, le prove attinenti ai diritti indisponibili – stato delle persone, famiglia, matrimonio – dovevano seguire il carattere sostanziale relativo allo stesso rapporto da provare, con la conseguenza che il giudice straniero, chiamato ad applicare nella sua interezza la legge sostanziale regolatrice del rapporto dedotto in giudizio, doveva osservare i limiti previsti dalla normativa italiana. In sede di delibazione, dunque, era consentito al giudice di esercitare un controllo sui mezzi di prova adottati, al fine di verificare la contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero che si fosse basato su prove non ammesse nel nostro ordinamento. Ancora una volta, la giurisprudenza si rivelava impreparata nell'uso della tecnica della frode alla legge, ostinandosi ad utilizzare, quale strumento di lotta alle elusioni, la categoria della illiceità, nella forma della contrarietà all'ordine pubblico.

La soluzione adottata non conduceva, però, a risultati soddisfacenti: la nozione di contrarietà all'ordine pubblico, se intesa in senso ampio, ossia comprensiva delle fattispecie elusive, finiva con il «camuffare» la formula della frode alla legge, senza migliorarne il contenuto; se intesa in senso tradizionale, finiva sostanzialmente con il legittimare i comportamenti fraudolenti, ben potendo le parti, con artifici più o meno palesi, aggirare la legge e restare impunite.

Nel periodo tra la prima e la seconda guerra mondiale, l'impiego della tecnica della frode alla legge è stato caldeggiato dalla dottrina anche per contrastare la preoccupante diffusione di società fittizie in tutti i paesi europei; un uso accorto di tale strumento, consentendo il superamento della forma sociale, avrebbe permesso di sanzionare più facilmente le c.dd. società di comodo.

Nonostante l'atteggiamento di favore manifestato dalla dottrina, la giurisprudenza si mostrava incline a risolvere il crescente fenomeno della costituzione di società fittizie sulla base di istituti e categorie diversi, quali, ad esempio, la simulazione e il negozio indiretto[260]. Ne è derivato il rispetto per la

---

[257] V. Cass., Sez. un., 6 agosto 1949 n. 2241, in *Foro it.*, 1949, I, c. 908.

[258] Cfr. Cass., 26 giugno 1963, n. 1741, in *Foro it.*, 1963, I, c. 2153.

[259] *Ex plurimis*, Cass., 19 maggio 1958, n. 1639, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1252; Cass., 19 maggio 1959, n. 1642, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 1132.

[260] Al riguardo, cfr. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, cit., p. 23 ss.; G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 35 ss.

forma sociale e l'inquadramento del superamento della stessa nell'alveo delle eccezioni.

3. *Ipotesi applicative: contratti di alienazione in garanzia e trasferimento commissorio.*

L'elusione del divieto del patto commissorio rappresenta un interessante banco di prova della teoria della frode alla legge. Ai sensi degli artt. 2744 e 1963 c.c., è nulla la convenzione con cui le parti stabiliscono che all'inadempimento del debitore la proprietà di un bene, oggetto di pegno, ipoteca o anticresi, passi al creditore[261]. Le disposizioni in esame precisano poi che la nullità investe anche il patto commissorio successivo al contratto di anticresi, alla dazione del pegno o alla costituzione di ipoteca[262].

Particolarmente dibattuta è la ragione giuridica del divieto del patto commissorio, questione non puramente teorica dalla cui soluzione dipendono importanti risvolti pratico-applicativi; uno tra tutti, la possibilità o meno di applicare analogicamente la norma, sanzionando casi non riconducibili nella sfera applicativa di questa, neppure mediante una interpretazione estensiva. Ad oggi, non si è ancora pervenuti ad una soluzione condivisa; diverse sono le posizioni emerse sull'argomento, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza[263]. La dottrina tradizionale e parte della giurisprudenza più recente ravvisano la *ratio* sottesa all'art. 2744 c.c. preminentemente nell'esigenza di tutela del debitore: il divieto del patto commissorio mira a scongiurare che il debitore, trovandosi in stato di bisogno, soggiaccia alle illegittime pressioni del creditore, creditore che acconsente alla concessione del finanziamento solo dopo avere ottenuto un contratto che gli permette di acquisire la titolarità di

---

[261] Accade spesso che il creditore preferisca la cessione in garanzia all'ipoteca: vuoi per evitare una lunga procedura di subastazione ed essere in grado di disporre del bene nel modo economicamente più vantaggioso; vuoi per realizzare un risparmio di spesa, garantendosi con semplici scritture private non registrate e confidando nella solvibilità del debitore; vuoi per poter pattuire o imporre interessi elevati senza rischi. L'alienazione a scopo di garanzia ha raggiunto una notevole diffusione anche nel settore dei beni mobili; essa viene scelta dal creditore con maggiore frequenza rispetto al pegno giacchè ha un costo esiguo, permette al debitore di mantenere il godimento della *res* e consente al creditore di evitare la procedura di vendita forzata.

[262] Nell'ordinamento tedesco è espressamente vietato solo il patto commissorio per i beni dati in pegno, *ex* § 1229 BGB, tuttavia prevale l'orientamento volto a considerare nulla la *lex commissoria* prevista nei trasferimenti a scopo di garanzia (*Sicherungsübereignung*). Sul punto si rinvia a H. F. GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, in ACP, 1968, p. 351 ss.

[263] Per una esposizione delle varie teorie v. A. LUMINOSO, *Alla ricerca doegli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, p. 219; I. RADOCCIA, *La* ratio *del divieto del patto commissorio*, in *Giur. mer.*, IV, 1997, p. 220; e, più di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, in CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milano, 2008, p. 67 ss.

un bene del debitore, quasi sempre di valore superiore alla somma mutuata, a copertura del credito[264].

La dottrina classica ha anche tentato di spiegare il fondamento del divieto alla luce dell'esigenza di tutela degli altri creditori. La statuizione normativa di cui all'art. 2744 c.c. sarebbe diretta a garantire il rispetto della *par condicio creditorum*, ovvero l'uguale diritto di tutti i creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. La produzione dell'effetto traslativo in capo all'acquirente-creditore finirebbe con il pregiudicare la garanzia generica che gli altri creditori hanno sul patrimonio del debitore[265].

---

[264] Su questa linea, con vari accenti, F. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1959-1960, p. 99; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 1971, p. 1027 ss.; I. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 33; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1992, p. 583; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1993, p. 660; M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, in *Contr. impr.*, 1986, p. 595; ID., *Patto commissorio, proprietà e mercato. (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 125; ID., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000; P. DE MARINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio e fattispecie procedimentali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 1022. *Contra*, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 204 ss.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 51 ss.; R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e* sale and lease back, in *Riv. dir. civ.*, II, 1991, p. 538, i quali pongono l'accento sulla sanzione della nullità, osservando come l'ordinamento nelle situazioni di approfittamento di un contraente sia solito apprestare i diversi rimedi della rescissione o dell'annullamento. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 gennaio 1988, n. 46, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1766; in *Foro it.*, 1988, I, c. 387; Cass., 3 aprile 1989, n. 1611, *ivi*, 1989, I, c. 1428; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 348; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 968; Cass., 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 597; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, p. 700. In senso contrario, Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, 1, I, c. 104; in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428, con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principi di causalità*, cit., c. 1428 ss.; di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, *ivi*, c. 1440 ss., e G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio*, cit., c. 206 ss., nella quale si evidenzia che se lo scopo della disposizione fosse stato davvero quello di tutelare il debitore dalla coartazione del creditore allora la norma avrebbe vietato il patto solo se caratterizzato da una sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene dato in garanzia dal debitore.

[265] Così V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 53; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1946, p. 159; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità* ex *art. 2744 c.c.*, in *Foro it.*, I, 1966, c. 1120; L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Commentario al codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 213 ss. *Contra*, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 214 ss.; C. VARRONE, *o.c.*, p. 55 ss.; e, più di recente, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 54, che pongono l'accento sulla sanzione della nullità, osservando come l'ordinamento sia solito colpire gli atti posti in pregiudizio dei creditori con la più blanda sanzione della inefficacia relativa. Per ulteriori rilievi critici, si rinvia a G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 71 ss.

Taluni Autori[266], per la verità in epoche alquanto risalenti, hanno evidenziato come lo scopo primario della norma sia la tutela dell'interesse, di ordine pubblico, a che lo Stato eserciti in via esclusiva la funzione esecutiva. A nulla vale obiettare la liceità del c.d. patto marciano, di quell'accordo cioè in forza del quale il bene dato in garanzia passa nella titolarità del creditore, qualora il debitore sia inadempiente, previa stima da parte di un terzo del bene medesimo e con l'obbligo di restituire al debitore l'eventuale differenza tra il valore della cosa e l'importo del debito. Infatti, la mancata stima del bene e l'assenza in capo al creditore dell'obbligo di restituzione dell'eventuale eccedenza fanno del patto commissorio uno strumento fortemente pericoloso per gli altri creditori, i quali rimangono sempre assoggettati al rischio di perdere attribuzioni sproporzionate, in quanto non effettuate con procedura pubblicistica. In altri termini, la liceità del c.d. patto marciano e la corrispondente illiceità del patto commissorio dimostrerebbero l'esistenza, nel settore dei diritti di garanzia, di un principio generale di ordine pubblico: sono illeciti, e quindi nulli, tutti quei trasferimenti con funzione di garanzia congegnati in modo tale da non consentire un controllo, anteriore rispetto al momento della costituzione della garanzia ovvero successivo al verificarsi dell'inadempimento, sul rapporto intercorrente tra il valore del bene dato in garanzia e l'ammontare del credito. In definitiva, l'art. 2744 c.c., così come l'art. 1963 c.c., sarebbe diretta espressione di un principio di ordine pubblico economico, qual è quello che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito[267]. Il divieto di trasferimento commissorio si fonda su una ragione complessa e tuttavia riassumibile nel principio di ordine pubblico che vieta l'autotutela esecutiva al di fuori dei casi ammessi dalla legge. Si tratta di una teoria che ha avuto scarso seguito in giurisprudenza e contro la quale sono state sollevate diverse obiezioni, prima fra tutte,

---

[266] Principale sostenitore di tale teoria fu E. BETTI, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1931, p. 699; seguito da U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, *ivi*, II, 1946, p. 69 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 501; G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di* sale and lease back, in Q, 1984, p. 357. In giurisprudenza, isolata è la posizione di Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Foro it.*, 1984, I, c. 426; in *Giur it.*, 1984, I, 1, c. 1698.

[267] Cfr. U. CARNEVALI, *o.c.*, p. 504. Così anche U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 514, ad avviso del quale questo principio sarebbe in linea con le regole generali relative al pegno, all'ipoteca, al patto marciano e alla stessa fideiussione. L'a. osserva come la fideiussione non è valida se prestata *in duriorem causam*, cioè se organizzata in modo da consentire al garantito di ottenere somme maggiori di quelle che otterrebbe dal debitore. Si pensi all'invalidità di accordi che rendono responsabile il fideiussore per somme maggiori di quelle dovute dal debitore garantito.

l'assenza nel nostro ordinamento del principio dell'inderogabilità dell'azione esecutiva[268].

Si è pure suggerito di identificare la ragione giustificatrice della disposizione in esame con l'esigenza generale dell'ordinamento a che il patto commissorio non si diffonda nella prassi negoziale, con conseguente danno sociale[269].

Parte della recente dottrina, muovendo dall'esame delle disposizioni che riconoscono la liceità del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), della prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.) e della vendita con patto di riscatto (art. 1500 c.c.), è arrivata a sostenere che il divieto del patto commissorio si giustifica in considerazione dell'esistenza in questo di un duplice rischio a carico del debitore: la sproporzione fra l'ammontare del debito e il valore del bene concesso in garanzia, nonchè il destinare programmaticamente un bene al potere di autosoddisfacimento del creditore, riservandosi la possibilità di riottenere il bene medesimo pagando il debito, senza assicurarsi il diritto di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene[270].

Dall'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali, più o meno recenti, si desume la tendenza, già propria di una dottrina[271], a ravvisare la *ratio* del divieto del patto commissorio nell'esigenza di tutela di un duplice interesse. L'art. 2744 c.c., ma il discorso vale anche per l'art. 1963 c.c., sarebbe diretto ad assicurare, da un lato, l'interesse del debitore, sottraendolo alla coazione morale del creditore; dall'altro, l'interesse degli altri creditori, i quali finirebbero con l'essere pregiudicati dalla sottrazione del bene alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.[272].

---

[268] Così C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 187 ss.; ID., *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 717; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 57 ss.; e, di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 69. Contesta la teoria che individua la *ratio* dell'art. 2744 c.c. nell'esclusività statale della procedura esecutiva, sia pure sulla base di argomentazioni differenti, anche L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 223. Per ulteriori rilievi critici si rinvia a G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 71 ss.

[269] Di tale opinione, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 216 ss.; ID., *Patto commissorio*, cit., p. 717; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt.* Rescigno, 19, Torino, 1985, p. 436. In senso critico, G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 70.

[270] Così A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 221 ss. Di un duplice rischio parlano anche A.C. PELOSI, Sale and lease back *e alienazioni a scopo di garanzia*, in RIL, 1988, p. 447 ss., il quale fa riferimento all'approfittamento dello stato di bisogno e alla sproporzione; e F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., c. 1440, che individua i rischi rispettivamente nella sproporzione e nel perimento del bene. Al riguardo, si è però replicato che se così fosse il patto commissorio accompagnato da una clausola volta a trasferire sul creditore il rischio del perimento della cosa dovrebbe essere ritenuto legittimo, contro la lettera dell'art. 2744 c.c..

[271] Cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 360 ss.; nonché G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1066.

[272] In questi termini si sono espresse Cass., 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, 1, I, p. 64; Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 509. Di funzione

Riconosciuta, quantomeno dalla dottrina dominante, la natura eccezionale degli artt. 2744 e 1963 c.c. e la conseguente inapplicabilità analogica degli stessi, si è discusso, per lo più in passato, circa l'estensibilità del divieto al c.d. patto commissorio autonomo, a quel patto, cioè, avente il medesimo contenuto dell'accordo vietato dalle disposizioni in esame ma non collegato a preesistenti o contestuali garanzie tipiche (pegno, ipoteca, anticresi). La questione pare ormai essersi sopita; l'inquadramento, oggi pacifico, degli artt. 2744 e 1963 c.c., benché strutturati come illeciti da modalità di lesione, nell'alveo delle norme materiali, volte ad impedire il perseguimento di un preciso risultato economico qualunque sia il mezzo usato per perseguirlo, infatti, ha indotto a ritenere che il divieto *de quo* riguarda anche il patto commissorio autonomo, in quanto strumento idoneo alla realizzazione di un risultato identico a quello derivante dal patto accedente ad una garanzia tipica[273].

Parimenti, nessuno dubita ormai della sanzionabilità del patto commissorio obbligatorio, cioè del patto con cui il debitore si impegna a trasferire un suo bene al creditore in caso di inadempimento (così quando il debitore-venditore si impegna in un contratto preliminare di compravendita a stipulare il definitivo se alla scadenza non sarà stato in grado di restituire l'importo finanziato)[274]. La produzione di effetti non reali ma obbligatori non è

---

redistributiva del divieto di patto commissorio parla Trib. Vibo Valentia, sez. Tropea, 9 settembre 2002, in R. PARDOLESI-B.TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003, p. 84 ss. Sull'argomento v., più diffusamente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 73 s.

[273] In tal senso, S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 360 ss.; G. PUGLIESE, *o.c.*, p. 1067; F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1960, p. 109 ss.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 714; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 234; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 502; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, I, 1986-1989, c. 18 ss.; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 22 ss.; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, p. 151 ss. Per G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 74 ss., il patto commissorio autonomo, non corrispondendo alla fattispecie descritta dall'art. 2744 c.c., va piuttosto qualificato come un'operazione negoziale in frode al divieto dell'art. 2744 c.c., la cui meritevolezza va dunque valutata secondo la diversa tipologia dell'operazione. Limitano l'applicazione degli artt. 2744 e 1963 c.c. ai soli casi in questi contemplati, A. BUTERA, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, c. 410 ss.; G. INGRASSIA, *L'efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, p. 441 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 6. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 64; Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, c. 175; Cass., 20 luglio 1999, n. 7740, in *Rep. Foro it*, 1999, voce *Patto commissorio*; Cass., 7 marzo 2000, n. 2541, in *Fallimento*, 2001, p. 35.

[274] Così, *ex multis*, Cass., 18 maggio 1985, n. 3061, in *Mass. Foro. it.*, 1985, c. 570; Cass., 4 ottobre 1988, n. 5555, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, 1, I, c. 1208; Cass., 19 settembre 1992, n. 10794, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3055. Condividono tale orientamento C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 177 ss.; ID., *Patto commissorio*, cit., p. 716; R. TRIOLA, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio*

differenza talmente rilevante da consentire un giudizio di liceità di quest'ulteriore tipologia di patto commissorio[275].

Invero, le decisioni giurisprudenziali più interessanti in materia di frode alla legge attengono, più che all'ammissibilità del c.d. patto commissorio obbligatorio, alla legittimità dell'utilizzo dello schema della vendita, tipicamente funzionalizzato a realizzare uno scambio, per il perseguimento di scopi di garanzia. A tal fine, è possibile che l'alienante-debitore subordini il trasferimento del bene alla condizione sospensiva dell'inadempimento; ovvero alieni il bene al creditore con effetto immediato, con l'accordo che se il debito viene adempiuto il bene ritorna nella sua titolarità (vendita con patto di riscatto o di retrovendita); o ancora, a margine di un mutuo, si obblighi a trasferire un bene laddove non riesca a restituire la somma concessagli[276]. Sono tutte ipotesi queste in cui spesso si annida il pericolo di una frode al divieto del patto commissorio. Le pronunce in tema di alienazioni sospensivamente condizionate all'inadempimento sono del tutto marginali, più numerose sono, invece, quelle riguardanti le c.dd. vendite con patto di riscatto o di retrovendita.

Dall'esame delle poche decisioni in materia di trasferimenti in garanzia sospensivamente condizionati emerge come la giurisprudenza non abbia mai

---

obbligatorio, in *Giur. agr. it.*, II, 1989, p. 89; M. IACUANIELLO BRUGGI, *o.c.* Isolate sono le posizioni di G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, I, 1957, c. 767; e L. BARBIERA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 259 ss. Per un ulteriore approfondimento della tematica si rinvia a G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 128 ss.

[275] Cfr. Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, cit. In dottrina, v. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 514. Sui rapporti tra patto marciano, *datio in solutum* e divieto del patto commissorio, si rinvia a G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 77 ss.

[276] Sull'argomento, v., più diffusamente, G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 88 ss. Ad avviso di L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 124 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 343; G. MINERVINI, *Su un preteso caso di riporto a scopo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1952, p. 384 ss.; e, più di recente, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., sp. p. 315 ss., la causa di garanzia non sarebbe idonea a sorreggere il trasferimento di un diritto reale, dal momento che se il trasferimento di un diritto viene effettuato a scopo di garanzia, in capo all'acquirente si costituisce non già un diritto di proprierà in senso stretto ma una proprietà c.d. fiduciaria, destinata a venir meno con l'estinzione dell'obbligazione da parte del debitore-venditore. *Contra*, T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 8 ss.; e M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia ed il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, I, 1989, p. 1825, i quali, valorizzando il disposto di cui all'art. 1322 c.c., ammettono la possibilità per le parti di porre a fondamento di un atto traslativo qualsiasi funzione che non contrasti con l'ordinamento. A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 354 ss. e A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile* diretto da Schlesinger, Milano, 1987, p. 261 ss., partendo dal presupposto secondo cui lo scopo di garanzia sarebbe un semplice motivo, non idoneo ad alterare l'elemento causale della vendita, sostengono l'ammissibilità di un simile schema negoziale. Sulla tipologia delle alienazioni in garanzia si rinvia a D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 511 ss.

dubitato della nullità di una simile operazione contrattuale[277]. Del resto, era innegabile che questa riproducesse esattamente lo schema stigmatizzato nelle disposizioni relative al divieto del patto commissorio, con l'unica eccezione che non si trattava di un patto accessorio bensì di un patto autonomo. Tuttavia, diverse sono state le motivazioni che hanno spinto di volta in volta i giudici a sanzionare tale tecnica contrattuale. Secondo l'orientamento prevalente, il contratto il cui effetto traslativo è sottoposto all'avveramento della condizione sospensiva dell'inadempimento è un contratto simulato dietro il quale si cela un contratto di mutuo con patto commissorio. La prova che l'effetto traslativo è sospensivamente condizionato all'inadempimento sarebbe sufficiente per affermare che il contratto di vendita dissimula un contratto di mutuo con patto commissorio, nullo ai sensi dell'art. 2744 c.c.[278]. La simulazione sarebbe evidenziata dalla presenza di taluni indici sintomatici, quali il mancato pagamento del prezzo, la mancata consegna della cosa venduta, la mancata trascrizione del contratto, la locazione della cosa venduta dall'acquirente al venditore-locatario, il pagamento delle rate del mutuo sotto forma di canone locatizio, la pattuizione di interessi a favore dell'acquirente-locatore, la sproporzione tra il prezzo indicato nella compravendita e

---

[277] Anche la dottrina conviene sulla nullità delle alienazioni in garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento, dividendosi, però, sulle ragioni di detta nullità e sul modo con cui l'operazione contravviene al divieto del patto commissorio. Nell'ambito delle tesi che affermano la illiceità diretta di tali operazioni negoziali si collocano C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario al codice civile*, II, Torino, 1976, p. 107, il quale fa leva sull'equivalenza fra il risultato raggiunto con una vendita sospensivamente condizionata e quello realizzato mediante un patto commissorio; nonché G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1067, e A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1990, p. 172, che riconducono il contratto in esame nell'ambito applicativo dell'art. 2744 c.c., estensivamente interpretato. Considerano le alienazioni sospensivamente condizionate come un caso di frode al divieto del patto commissorio, negando la possibilità di una interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c., S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 389 ss.; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità* ex *art. 2744 c.c.*, cit., c. 1121; E. ONDEI, *Vendita elusiva del divieto del patto commissorio*, in *Temi*, 1970, p. 34. Per una più diffusa rassegna delle differenti posizioni dottrinali sul tema, si rinvia a G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 95 ss.

[278] Così Cass., 6 aprile 1978, n. 1104, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Patto commissorio*, n. 2; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, I, p. 462; Cass., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Rep. Foro. it.*, 1980, voce *Patto commissorio*, n. 1; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681, secondo cui « […] il venditore-debitore, il quale agisce in giudizio deducendo che la vendita conclusa, avente scopo di garanzia, è simulata, dissimulando un mutuo con patto commissorio, ha l'onere di provare che la vendita era sottoposta a condizione sospensiva, essendo il trasferimento della proprietà sulla cosa subordinato alla mancata estinzione del debito del venditore nel termine stabilito; la quale prova deve essere precisa ed univoca, specialmente quando la vendita con trasferimento immediato della proprietà sulla cosa sia consacrata in un documento». In senso critico, G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 98, il quale osserva come la prova che le parti non hanno voluto l'immediato trasferimento della proprietà non dimostri di per sè l'esistenza di una vendita simulata.

l'effettivo valore del bene compravenduto, la preesistenza di un debito del venditore nei confronti del compratore[279]. Non mancano tuttavia massime che hanno riconosciuto come effettivo e reale il trasferimento sospensivamente condizionato e hanno dichiarato la nullità di questo per diretta contrarietà al divieto di patto commissorio[280].

3.1. *Contratti di alienazione in garanzia risolutivamente condizionati all'adempimento del debitore-venditore.*

Le decisioni giurisprudenziali in tema di patto commissorio hanno riguardato per lo più i trasferimenti ad effetto traslativo immediato fatti a scopo di garanzia, ovvero quegli accordi in forza dei quali il debitore vende un suo bene al creditore, subordinando risolutivamente gli effetti del contratto immediatamente traslativo all'adempimento del debito alla scadenza. Ad un risultato equivalente si può pervenire anche mediante una vendita effettuata dal debitore-fiduciante al creditore-fiduciario, il quale si obbliga a ritrasferire il bene in caso di adempimento alla scadenza[281], ovvero un'intesa che attribuisce al debitore la facoltà di riacquistare il bene alienato al creditore attraverso la corresponsione di una somma normalmente equivalente al debito contratto maggiorato degli interessi.

Le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza in ordine alla liceità/illiceità dei contratti di alienazione in garanzia risolutivamente condizionati all'adempimento del debitore-venditore sono state molteplici: da una parte, l'influenza della tradizione, tesa a privilegiare l'interpretazione formalistica piuttosto che quella sostanziale; dall'altra, l'evidente vicinanza di tali operazioni negoziali a modelli contrattuali recepiti dallo stesso legislatore (è il caso della vendita con patto di riscatto di cui all'art. 1550 c.c.). Ciò spiega la tendenza delle Corti, emersa dall'esame delle principali massime

---

[279] Cfr. Cass., 11 febbraio 1969, n. 465, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 582; Cass., 21 aprile 1976, n. 1403, in *Arch. civ.*, 1976, p. 1323; Cass., 11 agosto 1982, n. 4539, *ivi*, 1983, p. 283. Per C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 269, gli elementi sintomatici evidenziano non già una simulazione ma la causa effettiva del negozio: una causa non di scambio, ma di garanzia.

[280] Cfr. Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in *Foro it.*, 1974, c. 1388, la quale afferma, partendo dal presupposto secondo cui il differimento dell'effetto negoziale non è necessariamente indice di simulazione dell'atto, che la vendita il cui effetto traslativo è sottoposto al mancato adempimento da parte del debitore «è un contratto pienamente idoneo a produrre effetti reali sia tra le parti che nei riguardi dei terzi». In senso conforme, Cass., 25 marzo 1977, n. 1172, *ivi*, 1978, I, c. 312; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, in *Rep. Foro. it.*, 1982, voce *Patto commissorio*, n. 3.

[281] In Francia, simili operazioni sono da tempo ritenute nulle, in quanto contrarie a principi di ordine pubblico in materia di garanzia. Sul punto cfr. M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia in diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990; C. WITZ, *La fiducie en droit privè francais*, Paris, 1981, p. 137 ss.

sull'argomento, quantomeno di quelle pronunciate fino al 1983, a riconoscere piena validità a simili operazioni negoziali[282].

Le ragioni più frequentemente addotte a sostegno della liceità delle vendite subordinate alla condizione risolutiva dell'adempimento del debitore sono per lo più riassumibili nella formulazione letterale dell'art. 2744 c.c. che, non potendo essere interpretato estensivamente o analogicamente, impedisce di sanzionare quelle alienazioni in cui la proprietà della cosa si trasferisce in via immediata, e nella inidoneità dello scopo di garanzia ad alterare l'elemento causale proprio della vendita, nel senso che l'utilizzo del contratto tipico di compravendita per il conseguimento di una funzione di garanzia rientra nello schema del negozio indiretto, senza dar vita ad una figura contrattuale atipica[283]. Si è sottolineato altresì come le alienazioni in funzione di garanzia

---

[282] V., *ex multis*, Cass., 14 giugno 1966, n. 1544, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, p. 866; Cass., 12 ottobre 1967, n. 2416, *ivi*, 1967, p. 1261; Cass., 30 marzo 1967, n. 684, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52; Cass., 11 febbraio 1969, n. 405, in *Rep. Foro. it.*, 1969, voce *Patto commissorio*; Cass., 15 settembre 1970, n. 1426; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, p. 462; Cass., 6 marzo 1978, n. 1104, in *Giust. civ.*, 1979, p. 885; Cass., 29 aprile 1980, n. 2845, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2746; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, in *Rep. Giur. it.*, 1981, voce *Vendita*, n. 73, secondo cui è errato estendere alle vendite a scopo di garanzia immediatamente traslative la nullità di cui all'art. 2744 c.c., dal momento che incorrono nel divieto di patto commissorio solamente quei negozi che prevedono un successivo passaggio della proprietà per il caso di mancato pagamento del debito. In dottrina, nello stesso senso, A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 331 ss.; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 1070 ss.; P. GRECO-G. COTTIMO, *Della vendita*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 331. *Contra*, F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, cit., p. 160; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 362; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 145; V. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 403 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 502 ss., che, accomunando sul piano effettuale il trasferimento immediato ma reversibile del diritto di proprietà al trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore, sostengono la illiceità di entrambe le fattispecie.

[283] Così Cass., 2 aprile 1979, n. 1868, in *Rep. Foro. it.*, 1980, voce *Vendita*; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, p. 681. Di diverso avviso la giurisprudenza più recente, come Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1154, la quale ritiene che la garanzia emerge a causa del contratto, rivelandosi incompatibile con la funzione di scambio propria della compravendita. In questo senso, U. CARNEVALI, *o.c.*, p. 504; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, cit., p. 100 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 687, il quale afferma: «[…] un'alienazione stipulata a garanzia di un credito non può rientrare nell'ambito della figura tipica della vendita con riscatto […], se l'acquirente rimane creditore della somma versata, quest'ultima non può avere titolo nella vendita e, in particolare, non può rappresentare adempimento dell'obbligo di attribuire al creditore il corrispettivo spettantegli. Solo impropriamente può quindi parlarsi di prezzo: il venditore non viene soddisfatto nel suo diritto ma riceve una somma a mutuo o comunque una prestazione che importa un obbligo di restituzione verso l'altra parte. All'insussistenza del prezzo fa necessario riscontro l'insussistenza della causa di vendita: manca la funzione di scambio tra l'alienazione di un diritto e un corrispettivo pecuniario. Il diritto è alienato ma non in ragione di un prezzo

ad effetto traslativo immediato non realizzino alcuno degli effetti che la *ratio* della disposizione sul divieto del patto commissorio intende scongiurare: non la coazione morale del debitore, dal momento che questi trasferisce il bene quando ancora non è insolvente; non la violazione della *par condicio creditorum*, giacchè l'alienazione del bene trova il suo fondamento nell'accordo tra le parti e non nell'inadempimento del debitore[284].

A favore della liceità dei trasferimenti a scopo di garanzia risolutivamente condizionati ha deposto anche la presenza nel tessuto codicistico dell'istituto del riscatto convenzionale (art. 1500 c.c.), che attribuisce al venditore il potere di riservarsi il diritto di riottenere la proprietà del bene venduto mediante la restituzione del prezzo (è nullo il patto di restituzione di un prezzo superiore). Da qui l'identificazione, operata dalla dottrina prevalente e da quasi tutta la giurisprudenza, della vendita assoggettata alla condizione risolutiva potestativa che il venditore restituisca il prezzo alla vendita con annesso patto di riscatto. La concezione tradizionale basata sulla negazione della possibile esistenza di un contratto tipico avente causa illecita ha imposto poi di relegare lo scopo di garanzia a semplice motivo, come tale irrilevante, giungendo così ad una soluzione, per così dire, obbligata: la vendita con patto di riscatto fatta a scopo di costituire una garanzia su un debito non può urtare il divieto del patto commissorio[285]. Il venir meno della identificazione, oramai tralaticia, della causa con il tipo ed il conseguente abbandono dell'idea della indiscussa liceità causale dei contratti tipici hanno indotto la giurisprudenza a ritornare sui propri passi, obbligando la stessa a riconoscere che anche un accordo tipizzato dal legislatore, quale appunto il riscatto convenzionale (art. 1500 c.c.), può realizzare nel suo concreto atteggiarsi una funzione illecita. L'uso accorto di elementi accidentali, patti aggiunti e/o negozi collegati ben può piegare il modello astrattamente previsto dal legislatore al perseguimento di uno scopo concreto contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. In tale ottica, anche la vendita con patto di riscatto, o sottoposta a condizione risolutiva ovvero con *pactum de retrovendendo* o *de retroemendo*, astrattamente lecita, può in concreto perseguire finalità illecite. Essa, se

---

bensì in ragione della garanzia di un credito dell'avente causa». Conviene che il contratto traslativo a scopo di garanzia sia una figura diversa dal tipo compravendita anche F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 148.

[284] Così Cass., 6 marzo 1978, n. 1104, in *Giust. civ.*, 1979, p. 885, secondo cui il principio della *par condicio creditorum* non può dirsi vulnerato «giacchè la traslazione del bene non si attua come conseguenza dell'inadempimento del debitore ed automaticamente, ma viene attuata esclusivamente con un nuovo atto di ritrasferimento, cioè con una nuova manifestazione di consenso». Del resto, continua la Corte «aderendo alla tesi negativa si negherebbe nel nostro ordinamento la concepibilità della vendita a scopo di garanzia, che invece nella prassi concreta si presenta come un negozio avente causa propria e rispondente ad una esigenza sociale degna di tutela giuridica (art. 1322 c.c.)».

[285] Emblematiche, in tal senso, Cass., 14 maggio 1962, n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, c. 365; Cass., 6 marzo 1978, n. 1104, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 885.

stipulata dal debitore o dal creditore allo scopo di costituire una garanzia reale a favore del secondo, è destinata ad assolvere a una causa di garanzia, al pari della vendita sottoposta a condizione sospensiva. Peraltro, la circostanza che il consolidamento dell'effetto traslativo, immediato ma pur sempre precario, viene subordinato al verificarsi dell'inadempimento del venditore-debitore lascia intendere che la funzione assegnata dalle parti al contratto sia quella di garantire il creditore dall'inadempimento del debitore mediante l'acquisizione del bene compravenduto. La vendita con patto di riscatto o di retrovendita permette quindi alle parti di conseguire gli stessi scopi ottenibili mediante l'impiego della vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore-venditore.

L'identificazione della vendita risolutivamente condizionata con quella sospensivamente condizionata, tanto sul piano causale quanto su quello effettuale, ha reso del tutto ingiustificata la diversità di trattamento riservata dalle Corti alle due fattispecie[286]. L'inadeguatezza delle argomentazioni addotte dalla giurisprudenza assolutamente dominante a sostegno della tradizionale distinzione tra alienazioni ad effetto immediato e trasferimenti che, invece, differiscono la traslatività del diritto al momento dell'inadempimento del debitore è stata poi messa in evidenza in una famosa pronuncia del 1983. In quell'occasione, i giudici hanno rigettato l'utilità del criterio temporale tradizionalmente impiegato ai fini della distinzione tra operazioni lecite ed illecite. Si era soliti infatti affermare che la vendita a scopo di garanzia era lecita allorquando il diritto di proprietà veniva trasferito istantaneamente e illecita allorquando l'effetto traslativo veniva differito nel tempo. La Corte ha manifestato di aderire ad un criterio sostanziale, esortando a verificare, al di là del momento di trasferimento del diritto, l'intento effettivo delle parti. Anche una vendita con patto di riscatto o sottoposta a condizione risolutiva ovvero con *pactum de retrovendendo* o *de retroemendo* può incorrere in sanzione, laddove si accerti che l'intento delle parti sia in concreto quello di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo. In tale situazione, infatti, al pari della vendita sospensivamente condizionata, la volontà delle parti di vendere e di acquistare il bene si rivela succedanea e strumentale rispetto alla preminente finalità di garanzia. In definitiva, ha affermato la Corte, «il trasferimento, ancorché immediato, della proprietà al mutuante con la funzione primaria di costituire una garanzia reale e il contestuale versamento di una somma al mutuatario con l'obbligo di restituzione entro un certo termine, in forza di un titolo ben diverso da quello che giustificherebbe il pagamento di un prezzo di vendita, pongono in luce l'effettiva causa del

[286] La dottrina, già da tempo, aveva evidenziato la irrilevanza della distinzione tra le due tipologie di alienazione in garanzia. Sul punto, cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 363 ss.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 711 ss.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., p. 79 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1028; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 503.

contratto che è nettamente divergente, anche in questo caso, da quella tipica della compravendita vera e propria; ed è una causa illecita in quanto volta a frodare il divieto del patto commissorio»[287]. Meno convincente risulta la ricostruzione operata dalla Corte per spiegare la illiceità delle alienazioni ad effetto traslativo istantaneo; questa, muovendo dalla premessa secondo cui una vendita non può avere una causa di garanzia, ha giustificato la non corrispondenza tra la causa tipica di scambio e quella concreta di garanzia facendo impropriamente ricorso all'istituto della simulazione[288].

L'importante principio di diritto enunciato nella famosa sentenza in esame, seppur condiviso dalla maggior parte della giurisprudenza successiva, è stato tuttavia smentito da una decisione emessa dopo appena tre anni dalla chiusura del dibattito sulla validità delle alienazioni ad effetto traslativo immediato. L'ingombrante presenza nell'impianto codicistico di un istituto quale il riscatto convenzionale, infatti, ha continuato a far dubitare parte della giurisprudenza della illiceità delle vendite a scopo di garanzia ad effetto istantaneo. Il riscatto convenzionale, si è osservato, è nella prassi quasi sempre ispirato da ragioni non di scambio ma di garanzia e ammetterne la coincidenza con il patto commissorio vietato equivale a reputare illecito un contratto tipizzato nel codice civile. Si è obiettato al nuovo indirizzo giurisprudenziale, inauguarato dalla decisione del 1983, di considerare certo ciò che, invece, deve essere dimostrato, ovvero che lo scopo di garanzia rende in ogni caso illecita la vendita con patto di riscatto. Nella decisione del 1986, la Corte, confermando il precedente indirizzo giurisprudenziale, ha sottolineato come il potere attribuito al venditore di conseguire il riacquisto del bene – potere che va esercitato a pena di decadenza nel termine fissato, alla condizione e con le modalità previste dalla legge – non incide sull'effetto reale del contratto, che

---

[287] Cass., 3 giugno 1983, n. 3880, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. MACARIO; in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1648, con nota di M. DANNUSSO; in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1899, con nota di AMATO; in *Vita not.*, 1983, p. 966, ove si legge anche che «aderendo al criterio di discriminazione formale […] verrebbe ad offrirsi il mezzo formalmente inattaccabile ai più scaltri e avveduti usurai, i quali potrebbero così sottrarre all'azione di nullità del debitore il patto commissorio occulto realizzato attraverso la vendita con patto di riscatto ovvero con *pactum de retrovendendo* o *de retroemendo*. Resterebbe allora al debitore solo la possibilità di esperimento dell'azione di rescissione per lesione, rimedio, peraltro, inadeguato alla tutela dei suoi interessi lesi, data la brevità del relativo termine prescrizionale stabilito in un anno (art. 1449 c.c.) e l'impossibilità di agire per un danno inferiore alla metà del valore della cosa». In senso conforme, Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698, con nota di ROSNATI, e in *Quadrimestre*, 1984, 387, con nota di G. OBERTO; Cass., 3 novembre 1984, n. 5569, in *Riv. it.* leasing, 1985, p. 469; Cass., 3 novembre 1984, n. 5570, in *Mass. Foro it.*, 1984, c. 1093; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, in *Mass. Giur. it.*, 1986, p. 649; Cass., 18 maggio 1985, n. 3061, in *Mass. Foro it.*, 1985, c. 570.

[288] Per una critica a tale indirizzo v. i commenti di F. MACARIO, *Nota a Cass. 3 giugno 1983, n. 3800*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212; E. ROPPO, *Nota a Cass. 3 giugno 1983, n. 3800*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97; G. PIEPOLI, *Nota a Cass. 3 giugno 1983, n. 3800*, in *Corr. giur.*, 1985, I, p. 201. Più di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 109.

avviene, come per qualsiasi altra vendita consensuale, *ex* art. 1376 c.c., per effetto del consenso legittimamente manifestato dalle parti. Il patto di riscatto non è idoneo a fungere da patto commissorio e il suo collegamento ad un contratto di vendita, sebbene l'operazione sia stata determinata da scopo di garanzia, non giustifica la declaratoria di nullità, né ai sensi dell'art. 1445 c.c., né ai sensi dell'art. 1344 c.c.[289].

Il dibattito sulla liceità o meno delle alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato, riaperto con la decisione del 1986, è stato poi risolto da ben due pronunce delle Sezioni Unite nel senso della nullità delle medesime. La Corte, muovendo dalla tesi che ravvisa la *ratio* delle disposizioni in tema di divieto di patto commissorio nella tutela della parte economicamente più debole e nella salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*, ha evidenziato l'identità sostanziale tra la figura della vendita in garanzia con patto di riscatto e quella del trasferimento sospensivamente condizionato, sottolineando come lo scopo perseguito in concreto nelle due fattispecie non sia in realtà dissimile. In entrambe le ipotesi è infatti ravvisabile un onere in capo al debitore e, in caso di mancato assolvimento dello stesso, l'attribuzione della proprietà del bene al creditore, con la conseguenza che le due situazioni impongono di intervenire giuridicamente allo stesso modo. Abbandonato il ricorso alla simulazione, la Corte ha spiegato la illiceità di tale meccanismo negoziale facendo ricorso all'istituto della frode alla legge e ha affermato che la vendita in garanzia ad effetto traslativo immediato è nulla in quanto, seppur effettivamente voluta e reale, e dunque non simulata, costituisce il mezzo impiegato al fine di eludere il divieto posto da una norma imperativa[290]. Il

---

[289] Cfr. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Foro it.*, 1987, I, c. 799; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545; in *Corr. giur.*, 1987, p. 287.

[290] Così Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 348; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569; in *Foro it.*, 1989, c. 1428, con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principi di causalità*, cit., c. 1428 ss., di F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., c. 1440 ss., e G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio*, cit., c. 206 ss. Segnatamente, la Corte afferma che «la provvisorietà costituisce un elemento rivelatore della causa di garanzia, e quindi della divergenza tra causa tipica del negozio prescelto e determinazione causale delle parti, indirizzata alla elusione di una norma imperativa, qual' è l'art. 2744 c.c. […]. La vendita, in sé lecita e non puramente formale, costituisce un negozio mezzo, perché tende ad eludere il contenuto di una norma ed assume la figura di contratto in frode alla legge, con ogni relativa conseguenza. Sia che il bene, come esperienza insegna, rimanga a volte in mani del debitore-venditore a titolo di locazione o a titolo precario, sia che il trasferimento sia effettivo, ogni differenza di ipotesi diviene irrilevante qualora si consideri che il negozio è un mezzo in rapporto allo scopo perseguito. Il negozio mezzo, pur non mancante di requisiti formali, deve essere necessariamente riguardato in funzione del negozio fine determinato da causa illecita, in quanto permette di raggiungere lo stesso risultato del negozo vietato, anzi – è stato giustamente sottolineato – viene realizzato proprio il negozio proibito. In situazioni del genere naturalmente la sproporzione fra il valore del bene dato in garanzia e l'importo del debito assume scarso rilievo, in quanto il divieto prescinde da tale circostanza». Cfr. anche

carattere provvisorio dell'effetto traslativo proverebbe la funzionalizzazione del contratto ad una causa di garanzia atipica e illecita, nonchè l'intento delle parti di conseguire tramite l'adozione di uno schema negoziale astrattamente lecito un risultato comunque vietato dalla legge[291].

Considerazioni analoghe possono essere fatte per l'ipotesi in cui il bene sia stato concesso in garanzia non già dal debitore ma da un terzo; la circostanza che il datore della garanzia sia un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio non esclude il pericolo di un possibile aggiramento delle disposizioni in materia di divieto di patto commissorio e, pertanto, impone di considerare illecita anche una simile operazione[292]. Diversamente opinando, si finirebbe

---

Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821; in *Foro it.*, 1990, I, c. 205.

[291] Cfr. Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, cit., che nel precisare la natura di norma materiale dell'art. 2744 c.c. osserva «né vale obiettare che l'art. 2744 è suscettibile soltanto di interpretazione letterale, qualora si consideri, in conformità di autorevoli opinioni espresse in dottrina e dalla stessa giurisprudenza di questa Corte, che la norma è ispirata dall'esigenza, comune a molti istituti del nostro ordinamento giuridico, di difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della *par condicio creditorum*. È il risultato perseguito che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati, con la conseguenza che la nullità non deriva dalla natura di questi, ma costituisce l'effetto, imposto dalla legge, dell'impiego fattone, al fine di realizzare il risultato vietato. Lungi quindi dal poter identificare in astratto una categoria di negozi soggetti alla nullità, perché contrastanti con il divieto del patto commissorio e limitare ad essi l'efficacia di tale divieto, occorre riconoscere che qualsiasi negozio può incorrere nella sanzione di nullità, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire i risultati sopra detti, vietati dall'ordinamento giuridico».

[292] In tal senso, Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit., che, muovendo dalla collocazione topografica dell'art. 2744 c.c., inserito nel titolo terzo del libro sesto del codice civile, contenente le norme in materia di responsabilità patrimoniale, cause di prelazione e conservazione della garanzia patrimoniale, individua il fondamento giustificativo del divieto di patto commissorio nella tutela del proprietario del bene oggetto della vendita a scopo di garanzia con patto commissorio più che nella tutela del debitore ed afferma conseguentemente la illiceità delle garanzie ancorché costituite da un terzo. Afferma, in particolare, la Corte: «[…] la legge nel vietare il patto commissorio non fa distinzione fra garanzia costituita dal debitore e garanzia costituita da un terzo, non si potranno avere più dubbi sul punto che, chiunque sia il proprietario del bene destinato a garantire il diritto del creditore, il patto commissorio, sia esso palese od occulto, deve essere dichiarato nullo in ogni caso». Conforme Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1208; Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Corr. giur.*, 1998, pp. 38-70; in *Giur. it.*, 1999, p. 1825. Del medesimo avviso, in dottrina, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 40; V. ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, cit., p. 51. Isolata la posizione di Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 968; e Cass., 12 dicembre 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 64, che ritengono vietate soltanto le convenzioni in cui vi è coincidenza tra debitore e proprietario del bene dato in garanzia. Per la questione relativa alla liceità o meno dei patti in forza dei quali il debitore, al verificarsi dell'inadempimento, si obbliga a trasferire il bene non già al creditore ma ad un terzo, si rinvia a G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 127 s., nonché p. 133 ss., per quel che concerne il rapporto tra il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti, e p. 138 ss., circa la

con il legittimare quelle condotte – che il legislatore certamente ha inteso vietare allorché ha stabilito il divieto di patto commissorio – poste in essere dai creditori e volte ad ottenere il trasferimento del bene in garanzia direttamente da un terzo, ovvero a far figurare l'effettivo debitore come terzo alienante in garanzia, facendo apparire altri come debitori.

Sulla scia di quanto affermato dalle Sezioni Unite, la più recente giurisprudenza sembra orientata nel senso di una non diretta contrarietà delle vendite risolutivamente condizionate alle disposizioni sul divieto di patto commissorio[293]. Variegate sono invece le soluzioni prospettate in ordine alla

---

discussa liceità di quella convenzione con cui il debitore conferisce al creditore mandato affinché venda un bene, precedentemente o contestualmente concessogli a garanzia di un debito se e nel momento in cui il debitore si renderà inadempiente.

[293] Ritengono che la vendita in garanzia ad effetto traslativo istantaneo integri un'ipotesi di frode al divieto di patto commissorio, *ex multis*, Cass., 21 aprile 1990, n. 1970, in *Foro it.*, I, c. 205; Cass., 17 giugno 1990, n. 4283, in *Rep. Foro. it.*, 1990, voce *Patto commissorio*; Cass., 7 febbraio 1991, n. 2126, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3167; Cass., 1 giugno 1993, n. 6112, cit.; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 12. Del medesimo avviso, in dottrina, L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 233 ss.; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, cit., p. 160; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 363 ss.; M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, cit., p. 594 ss.; A.C. PELOSI, *Vendita con patto di riscatto*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 525. Condivide il richiamo alle norme sulla frode alla legge, ma accusa la giurisprudenza di una eccessiva drasticità G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 118 ss., il quale osserva come dalla lettura delle decisioni sembra quasi che il limite di cui all'art. 2744 c.c. operi in modo assoluto, rendendo nullo ogni trasferimento di diritto reale mosso dallo scopo di garantire un credito. L'a., muovendo dal presupposto secondo cui la funzione delle disposizioni sul divieto del patto commissorio è quella di tutelare il debitore da possibili approfittamenti del creditore e ritenendo che tale approfittamento sussiste ogni qual volta vi è sproporzione tra l'ammontare del credito e il valore del bene, opta per la illiceità delle sole alienazioni in garanzia che manifestano la predetta sproporzione. Caldeggiano la diretta contrarietà delle alienazioni in garanzia, sospensivamente o risolutivamente condizionate, rispetto all'art. 2744 c.c. C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., pp. 716 e 720; ID., *La vendita e la permuta*, cit., p. 690 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., p. 502 ss.; E. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 103. Sostengono, invece, che la vendita risolutivamente condizionata sia solo apparente, mascherando in realtà un contratto di mutuo con patto commissorio, nullo per diretta contrarietà agli artt. 2744 e 1963 c.c., A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, cit., p. 330 e, in parte, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., p. 105 ss. Si dichiarano favorevoli alla liceità della vendita a scopo di garanzia con effetti traslativi immediati D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1025; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 108; P. GRECO-G. COTTIMO, *Della vendita*, cit., p. 331 ss. Tali aa. muovono dal presupposto secondo cui l'art. 2744 c.c. vieta quei tipi di vendita a scopo di garanzia in cui il trasferimento della proprietà della cosa è condizionato all'inadempimento del debitore e non già quei patti in cui il trapasso è immediato e l'inadempimento comporta soltanto il consolidarsi della proprietà della cosa in capo al creditore. Osserva, in particolare, C.M. PRATIS, *o.c.*, p. 107: «La legge vieta in sostanza che l'inadempimento possa formare oggetto di condizione del trapasso della cosa. […] I limiti della tutela del debitore nella vendita a scopo di garanzia del secondo tipo [vendita con patto di riscatto o di retrovendita e vendita in genere sottoposta a

struttura di tali operazioni negoziali: la prima considera il trasferimento con effetto immediato a garanzia del credito come il frutto di un collegamento negoziale tra vendita e mutuo, diretto a realizzare nel suo complesso una causa in concreto illecita[294]; la seconda, invece, qualifica la fattispecie come un unico contratto atipico finalizzato ad eludere il divieto del patto commissorio[295].

3.2. *Sale and lease back.*

L'orientamento invalso nella giurisprudenza a proposito delle vendite in garanzia, e in particolare di quelle ad effetto traslativo istantaneo, ha fortemente condizionato la questione relativa al rapporto tra il divieto di patto commissorio e il contratto di *lease back*, quell'accordo cioè che consente ad un soggetto, normalmente un imprenditore, di alienare un bene, mobile o immobile, di mantenere comunque la disponibilità dello stesso a titolo di *leasing* e di riscattarlo, ove convenuto, trascorso un determinato periodo di tempo[296].

---

condizione risolutiva] sono ravvisabili specialmente nelle azioni *ex* artt. 1147 e 1448 c.c., mentre la tutela degli altri creditori può attuarsi attraverso i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dall'art. 2900 ss. c.c.».

[294] Di tale avviso Cass., 20 luglio 1999, n. 7740, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1674; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, p. 924; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 4.

[295] In questo senso Cass., 20 luglio 2001, n. 9900, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1432; Cass., 4 agosto 2006, n. 17705; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725., in *Giust. civ. Mass.*, 2007, fasc. 2; e, da ultimo, Cass., 20 giugno 2008, n. 16953, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, fasc. 6, p. 1006. In senso critico G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 117, il quale rileva come l'uso del termine frode risulti in tal caso inappropriato, dovendosi parlare piuttosto di diretta contrarietà alla norma imperativa. Osserva, in particolare, l'a.: «se il negozio è unico ma atipico, si tratterà di un negozio direttamente illecito per immeritevolezza degli interessi perseguiti, immeritevolezza che discende dal fatto che si persegue lo stesso risultato pratico-economico di quello vietato».

[296] Si tratta di un'operazione negoziale in cui, a differenza della classica figura del *leasing*, dove un soggetto (utilizzatore) riceve in *leasing* da una società (concedente) un bene da quest'ultima acquistato presso un terzo (fornitore), la persona del fornitore e dell'utilizzatore coincidono. Sostengono che il contratto di *sale and lease back* sia una particolare figura di *leasing* V. BUONOCORE, *Leasing*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Appendice, Torino, 1983, p. 809; G. CASELLI, *Leasing*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 217; G. CESARO, Lease-back *e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1986, p. 793 ss.; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 299 s. Di diverso avviso R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1985, p. 42. Per quanto concerne la struttura del *lease back*, cfr. G.M. GALIMBERTI, *Il* leasing *industriale ed il* leasing *immobiliare*, Milano, 1983, p. 81 ss.; M. BUSSANI, *Il contratto di* lease back, cit., p. 568 ss.; ID., *Proprietà-garanzia e contratto*, Trento, 1992, p. 165 ss., i quali escludono una qualsiasi forma di collegamento tra il contratto di vendita e quello di *leasing*. Muovendo dalla innegabile strumentalità della vendita, propendono per l'esistenza di un collegamento negoziale R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà*, Rimini, 1983, *passim*; G.

In una prima fase, l'immediatezza dell'effetto traslativo nell'operazione di *lease back* ha indotto buona parte della giurisprudenza ad affermare, quantomeno fino alla nota pronuncia del 1983, la validità di una simile fattispecie negoziale. Il mutamento di indirizzo in tema di vendite risolutivamente condizionate, però, ha poi messo in crisi tale orientamento, facendo dubitare della sicura liceità del contratto di cui ci si occupa. La giurisprudenza, sulla falsariga del principio di diritto enunciato nel 1983, abbandonato il criterio formalistico-strutturale che ravvisava nel momento del trasferimento della proprietà il criterio di discriminazione tra le fattispecie lecite e quelle illecite, ha iniziato a prediligere il criterio funzionale dell'esistenza o meno di uno scopo di garanzia nell'ambito dell'affare complessivamente considerato. In tale ottica, anche la liceità/illiceità del *lease back* ha cominciato ad essere valutata tenendo conto dell'intera operazione posta in essere dalle parti. Bisognerà verificare, di volta in volta, se l'intento dei contraenti è quello di ottenere il trasferimento di un bene in cambio della corresponsione di un prezzo ovvero quello di costituire una garanzia reale a favore del finanziatore-acquirente per l'ipotesi di inadempimento del debitore[297].

GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 485. Tali aa., in particolare, ravvisano nell'operazione di *leasing* l'esistenza di un collegamento unilaterale, nel senso che le vicende del negozio strumentale (vendita) influiscono su quello finale (*leasing*) e non viceversa: l'inadempimento dell'obbligo di corresponsione delle rate del *leasing* può comportare la risoluzione di questo contratto, ma laddove ciò avvenga la vendita non viene messa in discussione e l'acquirente-concedente consolida il proprio dominio sul bene. Conviene sulla qualificazione del *lease back* come collegamento unilaterale tra due negozi anche G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 147. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 20 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, p. 177; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006, p. 1571. Ravvisano nell'operazione di *lease back* un unico contratto G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di* lease back, cit., p. 372; D. PURCARO, *Sulla liceità del* sale and lease back, in *Riv. it.* leasing, 1986, p. 587; G. RAGUSA MAGGIORE, *Contratto di* sale and lease back *e nullità della vendita per divieto del patto commissorio*, in *Dir. fall.*, II, 1989, p. 715. Per quel che concerne il rapporto tra il divieto di patto commissorio ed il contratto di *leasing* con patto di riacquisto v. App. Milano, 18 febbraio 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 173, ove si sottolinea: «nel patto commissorio è il creditore che, in difetto di pagamento, acquista la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno, mentre nel patto di riacquisto così come allegato al contratto di *leasing*, è chi ha venduto, con atto diretto alla funzione di scambio, che si impegna a ricomprare la cosa dall'acquirente-creditore del terzo, ossia dalla società di *leasing* proprietaria. Il bene non è assegnato in proprietà al creditore in caso di mancanza di pagamento del credito ed il patto di ricompra, se pure caratterizzato da una finalità di garanzia, non rientra nello schema del patto commissorio e non presenta quelle esigenze di tutela del debitore e dei suoi altri creditori che costituiscono la ragione della sanzione di illiceità comminata dall'art. 2744 c.c.» Per un ulteriore approfondimento della questione si rinvia a G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 166 s.

[297] Così Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1251, e, più di recente, Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, *ivi*, 1996, c. 3492, ove si legge «[…] lo schema negoziale

Lo schema contrattuale del *lease back* risponde all'esigenza tipica dell'imprenditore ovvero del lavoratore autonomo di potenziamento dei fattori produttivi di natura finanziaria, consentendogli di ottenere un'immediata liquidità mediante l'alienazione di un bene strumentale – e quindi di norma funzionale ad un determinato assetto produttivo e non facilmente collocabile sul mercato – e di conservare l'uso dello stesso bene, con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto. Tuttavia non è escluso che il meccanismo socialmente tipico della locazione finanziaria di ritorno si risolva, nel suo concreto atteggiarsi, in uno strumento idoneo a frodare il divieto di patto commissorio. In tal senso, l'assenza nella società di *leasing* di uno specifico interesse ad acquistare il bene; il mantenimento dello stesso nella sfera di disponibilità dell'imprenditore-alienante in forza del contratto di *leasing*; l'attribuzione di tutti i rischi in capo al venditore-utilizzatore, ivi compresi quelli che vanno ben oltre il potere di disponibilità della cosa; l'esatta corrispondenza dell'importo complessivo della locazione finanziaria, ossia l'importo che l'utilizzatore è tenuto a restituire al *lessor*, al «prezzo» di acquisto dei beni, o meglio al finanziamento richiesto maggiorato degli interessi per il pagamento rateale sono indici sintomatici della finalità di garantire l'acquirente-concedente dall'eventuale inadempimento del venditore-

---

socialmente tipico del *lease back* presenta autonomia strutturale e funzionale, quale contratto di impresa, e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva, che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura, e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli artt. 1344 e 2744 c.c. […] il *lease back*, come qualsiasi altro contratto, può essere impiegato per scopi illeciti o fraudolenti ed in particolare a fini di violazione o di elusione del divieto di patto commissorio *ex* art. 2744 c.c. […] Spetterà al giudice, con valutazione da eseguirsi caso per caso, stabilire se la concreta operazione economica si atteggi in modo tale da perseguire un risultato confliggente con il divieto posto dall'art. 2744 c.c. A tal fine dovrà procedersi a riscontrare l'eventuale sussistenza di alterazioni dello schema negoziale socialmente tipico, idonee a denunciare che l'operazione non tende al perseguimento dell'assetto di interessi proprio del *lease back* come contratto di impresa, bensì al perseguimento di uno scopo di garanzia con caratteristiche integranti la realizzazione del risultato materiale vietato dall'art. 2744 c.c., avuto riguardo alla *ratio* del divieto». […] Oltre all'assenza di uno o più degli elementi caratterizzanti di tipo soggettivo ed oggettivo [qualità delle parti; natura strumentale del bene; criteri di determinazione del prezzo di vendita, dei canoni e del prezzo di opzione], il perseguimento di uno scopo di garanzia in violazione dell'art. 2744 c.c. potrà, quindi, essere denunciato dalle difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimante il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza, nonché dalla concreta valutazione economica dell'affare, in termini di adeguata proporzionalità delle prestazioni corrispettive. Valutazione, questa, da condursi avuto riguardo ai criteri adottati per la stima del prezzo di vendita del bene strumentale (onde accertarne la corrispondenza a correnti valori di mercato, correlati, peraltro, alla peculiarità del bene strumentale ed alla sua eventuale ridotta commerciabilità), per la determinazione dei canoni del *leasing* (se in conformità alle tecniche proprie di siffatta figura contrattuale), e per la quantificazione del prezzo di opzione (se coerenti con il complessivo disegno economico perseguito)».

utilizzatore[298]. Laddove una tale finalità venga accertata, l'applicazione all'operazione di *lease back* di un regime differenziato rispetto a quello delle vendite risolutivamente condizionate apparirebbe del tutto ingiustificata. Infatti, quando si provi che lo scopo comune delle parti è stato quello di costituire un finanziamento, a garanzia del quale il creditore ottiene il trasferimento della proprietà di un bene, risolutivamente condizionato all'adempimento dell'obbligo di restituzione della somma, sì da rafforzare la tutela che la legge concede al suo diritto di credito, diventa marginale andare alla ricerca dello strumento negoziale attraverso cui tale tutela si attua. A nulla rileva che nelle vendite risolutivamente condizionate il riacquisto della proprietà segue all'adempimento del debitore, laddove, invece, nell'ipotesi ora considerata lo stesso è subordinato all'esercizio del diritto di opzione oltre che all'adempimento (pagamento di tutti i canoni): conta solo che il risultato effettivo dell'operazione in garanzia sia contrario al disposto di cui all'art. 2744 c.c.[299].

---

[298] In tal senso cfr. Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, cit. Per Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit., la situazione di difficoltà economica in cui versa l'impresa che cede il bene e la sproporzione tra il bene venduto ed il prezzo pagato dal fornitore costituiscono elementi sintomatici sufficienti ai fini della declaratoria di nullità dell'operazione. In termini sostanzialmente analoghi, Cass., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1820; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1039; Cass., 21 dicembre 1998, n. 12736, in *Fallimento*, 1999, p. 903; Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giust. civ.*, 2002, p. 116; Cass., 14 aprile 2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006, p. 1571; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, fasc. 3. Ad avviso di Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, c. 3586, la circostanza che il contratto è stipulato tra soggetti che non rivestono la qualità di imprenditore e/o società di *leasing* rappresenta un ulteriore indice sintomatico della natura fraudolenta dell'operazione negoziale.

[299] In questi termini si sono espressi Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, cit., e Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, cit. Quest'ultima, in particolare, afferma: «di sola violazione sembra corretto parlare, poiché l'atipicità legale del contratto lo rende in concreto idoneo a perseguire scopi direttamente vietati da norme imperative, caratterizzandosi quindi come operazione economica a causa illecita *ex* art. 1343 c.c.» Concordano sulla nullità del *lease back* con funzione di garanzia, ma ritengono più appropriato il richiamo all'art. 1344 c.c., Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Riv. not.*, 1988, p. 1352; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, II, p. 137; App. Brescia, 29 giugno 1990, in *Riv. it.* leasing, 1991, p. 207; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giust. civ.*, 1993, p. 427 e, in dottrina, G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, in *Tratt.* Rescigno, 11, Torino, 1984, p. 15 ss.; G. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di* sale and lease back, cit., p. 375 ss.; R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, cit., p. 521; ID., *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento fiscale del* lease back, in *Corr. giur.*, 1988, p. 1040; A.C. PELOSI, Sale and lease back *e alienazioni a scopo di garanzia*, cit., p. 451 ss.; U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1992, p. 517. Isolata è la posizione di Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Riv. it.* leasing, 1988, p. 445, che, anche dopo il *revirement* giurisprudenziale in materia di patto commissorio, si è dichiarato favorevole alla validità del contratto di *lease back*. In senso conforme, in dottrina, v. G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, p. 522; e V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., c. 1439, secondo cui il *lease back* rimane estraneo al divieto del patto commissorio per l'assenza di un preesistente credito da garantire, nonché per la mancanza di un collegamento tra

3.3. *Oggetto della clausola penale e divieto del patto commissorio.*

La genericità caratterizzante il dettato codicistico, con riferimento all'oggetto della clausola penale, ha portato gli operatori giuridici a confrontarsi con un impianto normativo tale da consentire, nel pieno rispetto del dato legislativo, il raggiungimento di esiti interpretativi differenti e, per certi versi, diametralmente opposti. Una «determinata prestazione» è la formula, alquanto astratta, impiegata dal legislatore all'art. 1382 c.c. per definire l'oggetto della penale; sulla base della disposizione testè citata, la dottrina ha poi ricostruito molteplici orientamenti, nel tentativo di risolvere l'annosa questione dell'esclusiva pecuniarietà o meno dell'obbligazione penale.

In un simile quadro di riferimento è possibile rinvenire due principali indirizzi: l'uno sostiene che la clausola penale debba avere ad oggetto una somma di denaro, a pena di nullità[300]; l'altro, condiviso dalla dottrina maggioritaria, ammette la configurabilità di una penale non pecuniaria, ritenendola pienamente conforme al nostro sistema ordinamentale[301].

---

l'adempimento del debito e l'effetto traslativo, connesso piuttosto all'esercizio del diritto di opzione. In senso critico, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 164 s., il quale obietta, quanto al primo punto, che per la configurazione del patto commissorio non è necessario che un debito preesista, dal momento che una violazione del divieto può prospettarsi anche nel caso in cui il debito sorga contestualmente alla garanzia offerta; e, quanto al secondo punto, che l'assenza di un automatismo tra l'effetto traslativo e l'adempimento del debito è ininfluente, giacchè, per verificare la violazione del divieto del patto commissorio occorre verificare piuttosto se in caso di inadempimento del pagamento dei canoni la proprietà del bene si consolida definitivamente in capo al creditore. L'a. sottolinea poi: «se anche fossero fondate le osservazioni che la dottrina richiamata ha svolto per la liceità del *lease back*, esse dimostrerebbero soltanto che tale contratto non è un'alienazione in garanzia e che quindi non ricade direttamente nel divieto del patto commissorio, ma non dimostrerebbero la non fraudolenza dell'operazione, ossia la sua contrarietà indiretta alla legge». Per D. PURCARO, *Sulla liceità del* sale and lease back, cit., p. 590 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Contratto di* sale and lease back *e nullità della vendita per divieto del patto commissorio*, cit., p. 715; M. BUSSANI, *Proprietà-garanzia e contratto*, cit., p. 191 ss.; il *lease back* è un contratto atipico, strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa, che persegue sicuramente interessi meritevoli di tutela.

[300] Cfr., per tutti, E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 923.

[301] Propendono per l'ammissibilità di una penale non pecuniaria V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 94; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 191; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, I, Milano, 1968, p. 203; A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 520 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 218 ss.; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 69 ss.; ID., *Clausola penale*, cit., p. 368 ss.; più di recente, I. TARDIA, *Interssi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006, p. 191 ss. In giurisprudenza: Cass., 8 agosto 1962, n. 2465, in *Rep. Giust. civ.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 43; Cass.,

L'indirizzo più rigoroso muove essenzialmente da due premesse: la riconducibilità al patto commissorio della clausola penale avente ad oggetto un bene immobile e la irriducibilità della penale eccessiva inerente ad un bene indivisibile. Invero, in relazione al primo punto, si osserva che il patto commissorio, di cui all'art. 2744 c.c., così come strutturato, al di là della funzione sanzionatoria, non presenta ulteriori profili che possano in qualche modo assimilarlo alla clausola penale; al riguardo, basti sottolineare l'efficacia reale dello stesso e quella esclusivamente obbligatoria della clausola penale. Alla medesima conclusione si giunge anche se si equipara la penale al c.d. patto commissorio obbligatorio, di esclusiva elaborazione dottrinale; quest'ultimo, infatti, pur determinando il sorgere, a carico del debitore, dell'obbligo di trasferire la proprietà del bene ipotecato o dato in pegno, implica la necessità di un rapporto preesistente e, di conseguenza, è intrinsecamente connesso ad una funzione di garanzia. Diversamente, la clausola penale, a prescindere dalla sua natura di patto autonomo o accessorio, è fonte di una obbligazione la cui finalità non è sempre e solo di garanzia[302]. A ciò si aggiunga che, come è stato giustamente osservato, anche una clausola penale avente ad oggetto una somma di denaro può rivelarsi illecita per violazione del divieto del patto commissorio; si pensi, al riguardo, a quella pattuizione con la quale il debitore si obbliga, in aggiunta ad un pegno irregolare validamente costituito su una somma di denaro, a rinunciare alla restituzione dell'eccedenza del valore del deposito vincolato di denaro rispetto all'ammontare dei crediti garantiti[303]. Per quanto concerne poi la irriducibilità della penale eccessiva inerente ad un bene indivisibile, taluni autori hanno evidenziato come anche una penale così strutturata possa essere riducibile ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 510 c.p.c. in tema di esecuzione forzata: il giudice, una volta valutato in termini economici il valore del bene, dovrà porre a carico del creditore l'obbligo di restituire il *quantum* in eccesso; il

---

12 marzo 1984, n. 1699, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Obbligazioni in genere*, n. 28. *Contra*, A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 126 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 186; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, cit., p. 923, il quale afferma:«L'esigenza di coordinare il divieto del patto commissorio obbligatorio con la clausola penale può realizzarsi unicamente attraverso una limitazione dell'oggetto di quest'ultima alle cose generiche e, più precisamente, ad una somma di denaro. Il carattere essenzialmente pecuniario della penale, requisito oggettivo del negozio, si riflette sulla validità della clausola, che dovrà considerarsi oggettivamente illecita e quindi nulla, nel caso in cui abbia per oggetto una cosa diversa dal denaro, in quanto il problema della possibilità e liceità dell'oggetto resta assorbito in quello della pecuniarietà». In giurisprudenza, Cass., 11 giugno 1981, n. 3789, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 231; Cass., 10 aprile 1995, n. 4126, *ivi*, 1995, voce cit., n. 356.

[302] In questi termini, M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998, p. 78 s.

[303] In tal senso S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 377.

passaggio della proprietà del bene è sospensivamente condizionato al pagamento della suddetta somma[304].

Tanto la dottrina che la giurisprudenza prevalenti sono solite interpretare estensivamente la formula impiegata nell'art. 1382 c.c. ed ammettere la liceità di quelle penali consistenti in una prestazione di dare, fare e non fare. L'unico limite ravvisato è quello del necessario carattere pecuniario della prestazione, così come richiesto dall'art. 1174 c.c.; da qui l'impossibilità di applicare la disciplina della clausola penale a quelle sanzioni aventi contenuto morale. A favore della tesi non restrittiva depongono, del resto, anche la vicenda storica dell'istituto della clausola penale e la ricognizione comparatistica; lo stesso § 342 BGB prevede espressamente la possibilità di pattuire «*als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme*» e, nello stesso senso, si pone la dottrina francese di fronte alla genericità della formula contenuta nel *code civil*[305]. Pertanto, la clausola penale avente ad oggetto una prestazione diversa da una somma di denaro non può, per ciò solo, reputarsi illecita. Tuttavia, la natura pattizia della clausola e l'autonomia delle parti, nella determinazione concreta della prestazione, non arginano il rischio che la stessa clausola possa essere funzionalizzata al perseguimento di un risultato vietato dall'art. 2744 c.c. La natura obbligatoria della clausola penale e l'efficacia reale del patto commissorio escludono che fra la convenzione penale ed il divieto di cui all'art. 2744 c.c. si possa stabilire un rapporto di diretta contrarietà; diversamente, è possibile che la clausola penale costituisca il mezzo, predisposto dalle parti, per eludere, mediante un risultato sostanzialmente fraudolento, l'applicazione della norma imperativa[306].

3.4. *Prelazione agraria.*

---

[304] Cfr. M. DE LUCA, *o.c.*, p. 80 s. Non condivide la soluzione prospettata S. MAZZARESE, *o.u.c.*, p. 375, il quale, pur ammettendo la configurabilità di una penale non pecuniaria, limita il possibile oggetto della clausola alle cose fungibili e ai beni divisibili, in modo da non pregiudicare la riducibilità di una eventuale prestazione eccessiva.

[305] Sul punto si veda A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 219. Per la dottrina tedesca, v. W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe*, *Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag*, Frankfurt am M., 1972, p. 130 ss. Per la dottrina francese, v. J. MESTRE, *De la notion de la clause pénale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 372.

[306] Così S. MAZZARESE, *Clausola penale*, p. 391. Sulla possibile elusione dell'art. 1229 c.c. mediante la stipulazione di una penale irrisoria o notevolmente inferiore all'ammontare dei danni prevedibili, v. F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero dalla responsabilità*, Milano, 1971; ID., voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. discipl. priv.*, *Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 399; nonché C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218-1229)*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, II ed., Bologna-Roma, 1979, p. 482 ss.

Una questione affrontata dalle Corti in modo piuttosto ricorrente è quella della possibile elusione del diritto di prelazione agraria sancito dagli artt. 8 l. 26 maggio 1965, n. 590, e 7 l. 14 agosto 1971, n. 817. Tale diritto sorge laddove si decida di alienare a titolo oneroso un fondo destinato all'esercizio di un'attività agricola ed è riconosciuto al mezzadro, al colono e all'affittuario[307], purchè coltivatori diretti del fondo messo in vendita da almeno due anni (art. 8, comma 1, l. 26 maggio 1965, n. 590); al componente della famiglia coltivatrice dello stesso fondo, purchè sia membro di una famiglia che esercita la coltivazione sotto forma di impresa agricola (art. 8, comma 3, l. 26 maggio 1965, n. 590); al proprietario coltivatore diretto del fondo confinante (art. 7, comma 2, l. 14 agosto 1971, n. 817). Le disposizioni testè citate limitano indubbiamente l'autonomia contrattuale del titolare del fondo, nella misura in cui non gli consentono di scegliere l'acquirente che più gli aggrada. Tali restrizioni rispondono tuttavia ad una logica più ampia che, lungi dall'intento di dare prevalenza ad un interesse individuale (quello del prelazionario) piuttosto che ad un altro, si propone di attuare una finalità sociale, ovvero l'accesso alla proprietà diretta coltivatrice consacrato nell'art. 47, comma 2, cost., favorendo la permanenza del fondo nella disponibilità di chi può e vuole coltivarlo. La stessa giurisprudenza ha più volte sottolineato: «la legge n. 590 del 1965, recante norme sullo sviluppo della proprietà coltivatrice, ha quale suo scopo principale quello di favorire la crescita di imprese coltivatrici familiari, ritenuto lo strumento più idoneo per un razionale sviluppo dell'agricoltura, ed a tale scopo essa mira ad unificare nello stesso soggetto la titolarità dell'impresa agricola con la proprietà del terreno sul quale l'impresa viene esercitata. Lo scopo può conseguirsi attraverso l'istituto della prelazione, costituente un limite obiettivo per il proprietario, il quale non potrà più vendere liberamente il fondo a chiunque sia, ma, nel concorso di determinate condizioni, solo ad un compratore favorito dalla legge e da questa imposto. Tale scopo si giustifica con i fini di interesse pubblico perseguiti dal legislatore. Ciò posto, non è contestabile che le norme sulla prelazione agraria di cui alla l. n. 590 del 1965 ed alle successive norme integratrici siano norme imperative, in quanto esse sono state dettate dall'intento di potenziare

[307] Perché un contratto possa qualificarsi come affitto di fondo agricolo, non basta che abbia ad oggetto una cosa potenzialmente produttiva, ma è necessario che la disponibilità del bene sia concessa al fine di consentire all'affittuario le gestione produttiva della cosa stessa. L'eventuale finalità di godimento di un fabbricato il cui uso costituisca congiuntamente oggetto del contratto deve essere secondaria; laddove essa prevalesse, non si avrebbe un affitto di fondo rustico ma una locazione ad uso abitativo. Le parti avrebbero usato lo schema del contratto di natura agricola per eludere le norme imperative contenute nella l. n. 392 del 1978, con la conseguenza che le clausole contrattuali riguardanti gli aspetti agricoli sarebbero in frode alla legge e, dunque, illecite (Cass., 10 ottobre 1996, n. 8856, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1361 e in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1401; nonché Cass., 18 aprile 1996, n. 3661, in *Vita not.*, 1996, p. 1313).

l'impresa agricola coltivatrice a carattere familiare, giungendo al punto di sacrificare la libertà di autodeterminazione contrattuale del proprietario del fondo e ciò allo scopo di favorire la coincidenza tra affittuario o mezzadro o partecipante o confinante coltivatore con la figura del proprietario del terreno su cui la lavorazione si compie. Dal complesso normativo si evince, infatti, che lo strumento fondamentale è l'attività coltivatrice del fondo, mancando il quale la concessione del beneficio della prelazione non avrebbe più alcuna giustificazione»[308].

Il proprietario che vende il fondo ad un terzo senza avere formulato al prelazionario una proposta d'acquisto ovvero senza avere assolto all'obbligo di *denuntiatio*, che sorge nelle ipotesi in cui si sia determinato ad alienare ad altri il fondo mediante un contratto preliminare, una proposta contrattuale o un contratto di vendita sospensivamente condizionato alla mancata accettazione del prelazionario, pone in essere una condotta che viola direttamente la legislazione agraria, con conseguente possibilità di attivazione da parte dello stesso prelazionario, entro un anno dalla trascrizione dell'acquisto, del rimedio del riscatto ai danni del terzo acquirente[309].

Il titolare del fondo, però, ben potrebbe predisporre artatamente una serie di atti diretti a produrre una situazione diversa da quella che giustifica l'applicazione della normativa in tema di prelazione agraria; si pensi, al riguardo, all'ipotesi in cui il proprietario aliena il fondo ad un terzo, ma si riserva la proprietà di quella parte dello stesso fondo che confina con il terreno del prelazionario, una sorta di «cintura di castità», al fine di eliminare il requisito della contiguità[310]. In modo analogo, pone in essere una condotta fraudolenta chi si avvale del diritto di prelazione al fine di realizzare un risultato contrario allo scopo della legge agraria; basti pensare al prelazionario che acquista il fondo per rivenderlo a terzi piuttosto che per coltivarlo. La diversità delle soluzioni adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza rispetto a tali fattispecie ne impone una trattazione separata.

In ordine al primo caso – riserva di proprietà di una striscia di terreno contigua – la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare come l'inidoneità della striscia di terreno confinaria a qualsiasi sfruttamento produttivo e

---

[308] Cass., 26 aprile 1985, n. 2724, in *Riv. not.*, 1986, p. 924; nonché Cass., 2 giugno 1992, n. 6682, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, f. 6; Cass., 13 giugno 1992, n. 7244, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 77, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, p. 299. In dottrina, in tal senso, P. RECCHI, *I contratti agrari e il diritto di prelazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1968, p. 147; L.V. MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 995. *Contra*, M. D'ORAZI-FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 337; M. CIANCIO, *Prelazione di fondi rustici*, Padova, 1978, p. 91; L. CORSARO, *Titolarità e fondamento della prelazione in materia di «proprietà coltivatrice»*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1976, p. 219.

[309] Sull'argomento v., più ampiamente, L. CORSARO, *Prelazione e riscatto. 1) Fondi rustici*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 7 ss.

[310] Il caso è trattato da G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 173.

remunerativo riveli l'esistenza nel titolare del fondo del solo scopo di precludere al confinante-coltivatore diretto l'esercizio del diritto di prelazione[311]. In una situazione di tal genere è agevole ravvisare un comportamento fraudolento; tuttavia, qui la frode non è perpetrata ai danni di una norma imperativa quanto in disprezzo del diritto del prelazionario, soggetto terzo rispetto alle parti del contratto di vendita. L'inquadramento della fattispecie in esame nell'alveo della frode al terzo piuttosto che in quello della frode alla legge e la conseguente non applicabilità dell'art. 1344 c.c. al caso di specie inducono a ravvisare nelle disposizioni sul retratto agrario la sanzione più adeguata[312]. Il rimedio invalidante della nullità, comportando un eccessivo sacrificio delle ragioni del titolare del fondo rustico[313] e

---

[311] V., *ex plurimis*, Cass., 19 dicembre 1980, n. 6562, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1658 ss., con nota di S. PICCININI, *Simulazione e «cinture di castità»*; Cass., 13 agosto 1997, n. 7553, in *Vita not.*, 1998, p. 189; Cass., 29 settembre 1999, n. 10761, *ivi*, 1999, p. 1393; Cass., 9 aprile 2003, n. 5573, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, fasc. 4; Cass., 10 marzo 2008, n. 6286, *ivi*, 2008, fasc. 3, p. 382. In dottrina, la necessità di verificare la rispondenza della riserva di una striscia di terreno ad un interesse meritevole di tutela è sottolineata da D. BELLANTUONO, *La nozione di terreno in materia agraria: la posizione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Foro it.*, I, 1988, c. 1510, e A.M. BRUNI, *La compravendita di fondo rustico*, Padova, 1990, p. 162, che qualificano l'atto con cui il venditore separa una striscia dal fondo alienato come un atto di individuazione autonomo rispetto alla vendita e, pertanto, soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. Per una sintesi degli ulteriori orientamenti dottrinali, v. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 253. È opportuno precisare che un problema di frode al diritto di prelazione agraria può porsi solamente allorché la riserva da parte del venditore della proprietà della striscia di terreno sia effettiva; laddove questa sia apparente, ricorrerà, infatti, un'ipotesi di simulazione parziale del contratto, con la conseguenza che una volta scoperta la simulazione, risulterà integrata la fattispecie cui la legge ricollega il diritto di prelazione del confinante, il quale potrà esercitare il riscatto del bene dal terzo acquirente.

[312] Sul punto, cfr. Cass., 3 agosto 1987, n. 6691, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, f. 8-9, la quale osserva come l'art. 1418 c.c., contenente la clausola di specialità, si applichi anche ai casi di cui all'art. 1344 c.c., con la conseguenza che il contratto fraudolento è nullo, salva diversa disposizione di legge. V. anche Cass., 8 aprile 1988, n. 2781, in *Giur. agr. it.*, 1989, p. 161; Cass., 19 ottobre 1989, n. 4152, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2555; Cass., 25 luglio 1990, n. 7503, in *Giur. agr. it.*, 1991, p. 165; Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Giur. it.*, 1992, p. 160, ove si legge: «[…] la predisposizione di artifizi al solo scopo di eliminare il requisito della contiguità fisica con altro fondo confinante e, quindi, di precludere al proprietario coltivatore diretto di detto fondo l'esercizio del diritto di prelazione, non importa la nullità della vendita ai sensi degli artt. 1344 e 1418 c.c. in quanto il tentativo fraudolento di eludere l'applicabilità delle norme imperative sulla prelazione può trovare adeguata sanzione nelle disposizioni sul retratto agrario, restando improduttiva di effetti l'artata condizione di distacco tra i due fondi tesa a vanificare il diritto potestativo del confinante».

[313] Al riguardo, v. R. TRIOLA, *Riserva della proprietà di una striscia di terreno e prelazione del confinante*, in *Giur. agr. it.*, 1991, p. 168, il quale evidenzia come la sanzione della nullità, determinando il riacquisto da parte dell'alienante della disponibilità del fondo, realizzi un risultato contrario agli interessi del proprietario che, con la vendita, ha dimostrato di voler alienare il bene.

costringendo il coltivatore favorito pretermesso, ove interessato, ad attendere una nuova proposta di vendita da parte del titolare medesimo, potrebbe infatti rivelarsi sproporzionato. La limitazione del diritto del proprietario di scegliere l'acquirente più gradito non ha ragione di esistere allorché il prelazionario manifesti disinteresse all'acquisto; in tal senso, il retratto, consentendo al prelazionario pretermesso, laddove interessato, di riscattare il bene entro un anno dalla trascrizione dell'acquisto, è il rimedio che meglio riesce a contemperare i contrapposti interessi del proprietario e del prelazionario[314].

Più rigorosa è la soluzione adottata dalle Corti in relazione alla fattispecie della rivendita del fondo acquistato in prelazione; al riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare, in modo pressochè costante, la nullità tanto dell'acquisto del terreno da parte del prelazionario-affittuario per difetto di legittimazione negoziale del coltivatore non sussistendo il diritto di prelazione, quanto della successiva rivendita del bene al terzo perché in frode alla normativa sulla prelazione agraria ai sensi degli artt. 1418 e 1344 c.c.[315]. A conclusioni analoghe perviene la giurisprudenza qualora il prelazionario eserciti il proprio diritto rendendone partecipe un terzo. Segnatamente, la Corte ha avuto modo di affermare: «ove un soggetto estraneo alle categorie di

---

[314] Convengono sull'adeguatezza della sanzione del riscatto Cass., 3 agosto 1987, n. 6691, cit., la quale osserva come l'art. 1418 c.c., contenente la clausola di specialità, si applichi anche ai casi di cui all'art. 1344 c.c., con la conseguenza che il contratto fraudolento è nullo, salva diversa disposizione di legge. V. anche Cass., 8 aprile 1988, n. 2781, in *Giur. agr. it.*, 1989, p. 161; Cass., 19 ottobre 1989, n. 4152, cit.; Cass., 25 luglio 1990, n. 7503, in *Giur. agr. it.*, 1991, p. 165; Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Giur. it.*, 1992, p. 160.

[315] Così Cass., 2 giugno 1992, n. 6682, cit., la quale ravvisa nel breve lasso di tempo intercorso fra i due contratti e nell'accordo con il terzo due indici sintomatici dell'interesse del prelazionario ad essere preferito nella vendita non già per continuare l'esercizio dell'impresa agricola, ma per finalità esclusivamente commerciali. Conf. anche Cass., 8 novembre 1991, n. 11900, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Agricoltura*, n. 143; Cass., 9 marzo 1992, n. 2812, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1736; Cass., 10 dicembre 1994, n. 10586, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1257; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1878; Cass., 18 aprile 1996, n. 3661, in *Vita not.*, 1996, p. 1313. Aderiscono alla conclusione cui è pervenuta la giurisprudenza, seppur sulla base di argomentazioni differenti, G. FURGIUELE, *Contributo allo studio delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 150 ss., che subordina la fraudolenza dell'operazione all'esistenza di un accordo tra prelazionario e terzo circa l'immediata rivendita del fondo; L.V. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 999; E. CAPIZZANO- D. CALABRESE – M. PERFETTI, *La prelazione ed il riscatto agrari*, Padova, 1993, p. 33 ss. *Contra*, R. TRIOLA, *Riserva della proprietà di una striscia di terreno e prelazione del confinante*, cit., p. 1779 s., che, muovendo dal presupposto secondo cui lo scopo della legge è quello di consentire l'acquisto del fondo da parte del prelazionario, nega il carattere fraudolento dell'operazione negoziale in esame; nonché B. CARPINO, *Prelazione agraria*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, V, Torino, 1984, p. 1157; E. MINICI, *Esercizio della prelazione agraria e successiva immediata rivendita del fondo*, in *Nuovo dir. agr.*, 1985, p. 353; L. CORSARO, *Prelazione e riscatto. 1) Fondi rustici*, cit., p. 11 s., che reputa inadeguata la sanzione della nullità dell'atto di acquisto del fondo e di quello di rivendita dello stesso, preferendo piuttosto il rimedio del retratto agrario. Per una rassegna delle principali opinioni dottrinali sull'argomento, v. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 255 ss.

cui all'art. 1 l. cit. [legge sulla prelazione agraria] convenga con un altro, il quale sia invece titolare del diritto di prelazione agraria, di esercitare in comune tale diritto, con il connesso obbligo del secondo di renderlo partecipe dell'acquisto, il contratto in tal senso concluso è nullo perché stipulato in frode alla legge. E a nulla rileva la forma scelta per conseguire l'illecito obiettivo: patto di rivendita o diretta e dissimulata partecipazione all'acquisto»[316].

Controversa è la liceità dell'atto con cui il titolare conferisce il fondo ad una società, seguito poi dalla cessione della posizione sociale, nonché dell'atto di assegnazione in liquidazione del fondo già acquisito dalla stessa. Al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti osservano come il conferimento in società, la cessione della posizione sociale e l'atto di liquidazione non siano riconducibili allo schema dell'alienazione a titolo oneroso, cui è legislativamente subordinata l'attribuzione del diritto di prelazione agraria. Il soggetto che pone in essere l'atto di conferimento consegue a titolo di corrispettivo la qualità di socio e non una contropartita in denaro o comunque adeguata al valore di mercato del bene. Peraltro, l'acquisizione della posizione sociale rappresenta una corrispettivo infungibile, risolvendosi nell'attribuzione di una situazione giuridica che il prelazionario non può far conseguire al titolare del fondo[317]. Non mancano tuttavia opinioni contrarie che ravvisano in simili atti operazioni volte ad eludere la legislazione in materia di prelazione agraria[318].

3.5. *Ulteriori ipotesi applicative.*

Il legislatore, nel tentativo di facilitare l'accesso al mercato del lavoro, soprattutto da parte dei più giovani, ha predisposto tutta una serie di incentivi (benefici contributivi; possibilità di non computare il lavoratore nel numero complessivo dei dipendenti, etc.) a favore di quelle pubbliche amministrazioni, di quegli enti pubblici economici, di quelle associazioni e fondazioni che assumono personale con contratto di formazione e lavoro. Al di là dell'apporto indubbiamente positivo di un simile strumento, rimane comunque il rischio che le parti facciano un uso improprio di tale figura,

---

[316] Cass., 9 marzo 1992, n. 2812, cit.

[317] Cfr. Cass., 17 febbraio 1984, n. 1190, in *Giur. agr. it.*, 1984, II, p. 357; Cass., 1 dicembre 1987, n. 8936, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 496; Cass., 20 agosto 1990, n. 8429, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 719 ss. In dottrina, v. G. TANTINI, *Inapplicabilità del diritto di prelazione agraria (e di riscatto) al conferimento in natura in società di fondi agricoli*, in *Giur. comm.*, II, 1985, p. 494 ss. In ordine alla possibile simulazione del contratto di società, si rinvia a G. CRICENTI, *o.u.c.*, p. 258 s. e agli autori ivi citati.

[318] V. E. CAPIZZANO, D. CALABRESE e M. PERFETTI, *La prelazione ed il riscatto agrari*, cit., p. 37 ss.

realizzando in concreto un risultato contrario alla *ratio* della normativa in esame. Basti pensare all'ipotesi in cui il datore assume con contratto di formazione e lavoro un soggetto già esperto, al solo fine di godere delle connesse agevolazioni economiche e normative. La giurisprudenza prevalente, muovendo dalla premessa secondo cui la funzione della formazione e dell'addestramento del lavoratore rientra, unitamente a quella di scambio, nella causa del contratto *de quo*[319], risolve la questione nel senso della nullità dello stesso contratto per frode alla legge, ove si evinca che le parti erano consapevoli della esperienza del lavoratore, o per difetto originario di causa, laddove risulti provato, invece, che tanto il datore quanto il lavoratore ignoravano tale circostanza[320]. Le Corti si dimostrano favorevoli alla conversione legale del contratto di formazione e lavoro in contratto a tempo indeterminato, ma solo allorché il primo sia stato dichiarato nullo per mancanza di causa. La non convertibilità del contratto nullo perché illecito, stando a quella che è l'opinione tradizionale, porta ad escludere, infatti, che il contratto di formazione e lavoro dichiarato nullo per frode alla legge possa essere convertito in un contratto di lavoro a tempo indeterminato[321].

In tema di elusione alla disciplina del lavoro subordinato, v'è pure l'ipotesi in cui il datore di lavoro utilizza il collegamento tra più imprese al fine di sottrarsi alle limitazioni ovvero agli svantaggi previsti da talune norme imperative[322]. Il lavoratore che eserciti la propria attività all'interno di un gruppo societario può essere utilizzato dalle società collegate in via alternativa,

---

[319] Di tale avviso, Cass., 13 febbraio 1992, n. 1810, in *Impresa*, 1992, p. 1921; Cass., 9 novembre 1992, n. 12066, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 581; Cass., 16 gennaio 1993, n. 531, *ivi*, 1993, p. 182; Cass., 4 febbraio 1994, n. 1141, *ivi*, 1994, p. 40; Cass., 12 marzo 1994, n. 2413, in *Notiziario giur. lav.*, 1994, p. 461; Cass., 4 gennaio 1995, n. 66, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, p. 26, in *Dir. impr.*, 1995, II, p. 159, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, f. 7; nonché Corte cost., 8 aprile 1993, n. 149, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 148. In dottrina, v., per tutti, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro.* II. *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2004, p.609.

[320] Così, *ex multis*, Cass., 22 agosto 1991, n. 9024, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, p. 191; Cass., 2 aprile 1992, n. 4056, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 460; Cass., 4 gennaio 1995, n. 66, cit.; Cass., 1 agosto 1998, n. 6432, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 501, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 476; Cass., 20 aprile 1998, n. 4015, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 246; Cass., 7 agosto 2004, n. 15308, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 7-8.

[321] Cfr. Cass., 13 dicembre 1999, n. 13523; Cass., 13 luglio 2000, n. 9317, che ritengono ingiusto consentire al datore di ottenere anche solo uno dei vantaggi che il contratto di formazione e lavoro gli riconosce come, ad esempio, quello della durata a tempo determinato del rapporto. Nello stesso senso, in dottrina, L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 1995, p. 616.

[322] Sul collegamento tra società, con particolare riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro cfr., in particolare, A. VALLEBONA, *Società. V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, p. 1; G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società*, Milano, 1991, p. 1; M. DE STEFANO, *Distacco, interposizione di manodopera e contitolarità dei datori di lavoro nell'ambito delle società collegate*, in *Temi romana*, II, 1979, p. 251; P. MAGNO, *Sulla prestazione di lavoro nell'ambito dei gruppi di imprese*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1977, p. 415.

nel senso che ciascuna impresa si serve di questi in via esclusiva per un dato periodo di tempo[323], ovvero in via cumulativa, nel senso che le società collegate si avvalgono dello stesso contemporaneamente[324]. L'elencazione tassativa dei casi di attribuzione della personalità giuridica esclude che il collegamento tra imprese possa dar vita ad un unico ente riconosciuto cui imputare i rapporti di lavoro. Tale collegamento rileva solo sul piano economico, con la conseguenza che i rapporti di lavoro instaurati con i soggetti che prestano la propria attività nelle diverse imprese fanno capo alle singole società, che conservano la propria autonomia giuridica[325]. Le difficoltà che il collegamento tra imprese crea nella individuazione dell'effettivo titolare del rapporto di lavoro aumentano il rischio che le società facenti parte del gruppo si servano dello stesso collegamento al fine di eludere talune norme imperative poste a tutela del lavoratore subordinato. Si pensi alla possibilità di impiegare il collegamento al fine di evitare che i lavoratori di cui si avvale il gruppo vengano computati nella pianta organica di una delle società, concorrendo a determinare il requisito dimensionale dell'impresa; di impedire al lavoratore l'esercizio dei diritti sindacali all'interno dell'impresa; di frazionare il rapporto di lavoro, impedendo al lavoratore di godere dei benefici connessi all'anzianità di servizio e al TFR; di sottrarsi agli obblighi di sicurezza gravanti sul datore di lavoro[326]. In relazione a tali ipotesi, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come la rilevanza puramente economica del collegamento tra imprese non impedisca affatto di riconoscere l'esistenza di un unico centro di imputazione del rapporto lavorativo allorché si dimostri che gli atti costitutivi delle società del gruppo erano simulati ovvero preordinati in frode alla legge, mediante interposizioni fittizie oppure reali ma fiduciarie. L'assenza di autonomia organizzativa e funzionale nelle imprese facenti parte del gruppo rivela che il contratto di società è stato simulato, con

---

[323] Le modalità attraverso cui realizzare un'utilizzazione alternativa del lavoratore possono essere diverse: si stipula un solo contratto con una singola società, ma poi il lavoratore è utilizzato anche dalle altre imprese; la società stipulante, assicurandosi il rientro dopo un certo intervallo di tempo, concede al lavoratore un periodo di aspettativa affinché lo stesso possa frattanto essere assunto da un'altra impresa facente parte del gruppo; si stipula un unico contratto contenente la clausola con la quale il lavoratore si obbliga a prestare la propria attività anche presso l'altra società; si stipulano più contratti con più imprese. Sul punto, v., più ampiamente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 288 ss.

[324] Nel qual caso si è soliti stipulare un solo contratto con una delle società interessate, mentre le altre beneficiano delle prestazioni del lavoratore.

[325] Sul punto, cfr., fra le tante, Cass., 2 marzo 1983, n. 1567, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 342; Cass., 27 giugno 1986, n. 4283, in *Dir. prat. lav.*, p. 719; Cass., 9 giugno 1989, n. 2819 in *Notiziario giur. lav.*, 1989, p. 536; Cass., 2 giugno 1990, n. 1439, in *Contr. impr.*, 1990, p. 401; Cass., 3 agosto 1991, n. 8352, in *Giur. it.*, 1992, c. 1997; Cass., 9 novembre 1992, n. 12053, in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 128; Cass., 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Arch. civ.*, 2000, p. 564.

[326] V. G. CRICENTI, *o.l.c.*

la conseguenza che una volta accertata la simulazione, anche mediante prova testimoniale, non vi sono ostacoli nel riconoscere l'esistenza di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro[327]. A conclusioni analoghe si giunge laddove le parti abbiano inteso creare un effettivo centro di imputazioni giuridiche autonomo e separato al fine di sottrarsi all'applicazione delle norme poste a tutela del lavoratore[328].

Un altro settore in cui una delle parti è soggetta ad effetti sfavorevoli è quello locatizio: la l. n. 392 del 1978, pone a carico del locatore una serie di restrizioni della libertà negoziale, con la conseguenza che quest'ultimo,

---

[327] In tal senso, v. Cass., 6 giugno 2004, n. 6707; Cass., 15 maggio 2006, n. 11107, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, fasc. 5, ove si legge: «Il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è di per sé solo sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore ed una di esse, si debbano estendere anche all'altra, a meno che non sussista una situazione che consenta di ravvisare – anche all'eventuale fine della valutazione di sussistenza del requisito numerico per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato – un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro. Tale situazione ricorre ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti, che deve rivelare l'esistenza dei seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori. Trattasi di valutazione di fatto rimessa al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione». Ancora, Cass., 7 settembre 2007, n. 18843, inedita; Cass., 3 agosto 1991, n. 8352, cit.; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2261, in *Notiziario giur. lav.*, 1995, p. 381. In dottrina, si dimostra favorevole all'ammissione della domanda di simulazione ed alla prova testimoniale della stessa da parte del lavoratore G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 291. Dubitano, invece, dell'ammissibilità della tecnica della simulazione al caso di specie, muovendo dalla premessa secondo cui la validità della società può essere messa in discussione solo nei casi tassativamente previsti dall'art. 2332 c.c., A. PELLICANÒ, *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988, p.15 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, in *Giust. civ.*, I, 1989, p. 1201 ss.; G. MARASÀ, *Società in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 171 ss.

[328] Sulla creazione fraudolenta di unità produttive formalmente autonome, ma operanti in realtà in un unico ciclo produttivo del gruppo, v. G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1980, p. 637 ss., e L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 203 s., che ravvisano nell'utilizzo promiscuo delle attrezzature e del personale un indice sintomatico della fraudolenza dell'operazione di frazionamento. Dubita dell'utilità della tecnica della frode A. VALLEBONA, *Società. V) Lavoro nelle società collegate*, cit., p. 2, secondo cui se il collegamento tra le imprese è di intensità tale da determinare un'unica organizzazione, si deve intendere verificata un'ipotesi di utilizzazione alternativa mediante unico contratto.

talvolta, come accade anche in altre aree dell'ordinamento, tenta di sottrarvisi. L'esclusione delle locazioni transitorie, di quelle locazioni cioè aventi ad oggetto immobili destinati a non essere stabilmente abitati dal conduttore[329], dall'ambito applicativo della legge appena citata induce le parti a presentare come saltuaria un'esigenza abitativa che in realtà è stabile, sottraendosi così all'obbligo di durata minima del contratto. I mezzi impiegati al fine di eludere la normativa sono molteplici: le parti, pur essendo consapevoli dell'esigenza del conduttore di abitare stabilmente l'immobile, potrebbero porre in essere un contratto di locazione formalmene ad uso transitorio ovvero far risultare come conduttore un soggetto diverso da quello che usufruirà stabilmente dell'immobile[330] o ancora stipulare più contratti di locazione ad uso transitorio a breve distanza l'uno dall'altro. Il rimedio sarà in ogni caso l'applicazione della norma elusa[331].

Molteplici sono i tentativi di frode alla normativa che regola la concessione a privati di mutui finalizzati al raggiungimento di uno scopo legislativamente predeterminato. La qualificazione, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, del c.d. contratto di mutuo con scopo legale quale autonomo tipo[332] e la conseguente rilevanza causale dello scopo cui è

---

[329] Per Cass., 23 ottobre 1989, n. 4291, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1830 e Cass., 31 gennaio 2006, n. 2147, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, fasc. 1, il carattere transitorio della locazione va dichiarato al momento della stipula del contratto, a nulla rilevando i mutamenti intervenuti nel corso del rapporto.

[330] Secondo Cass., 29 aprile 1981, n. 2631, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2004, la saltuarietà dell'esigenza abitativa va valutata in relazione a chi effettivamente occupa l'immobile e non in relazione a chi formalmente risulta essere il conduttore. Sulle locazioni transitorie, v. anche Cass., 7 luglio 1997, n. 6145, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3200, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 115 e Cass., 24 luglio 1997, n. 6933, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1269, secondo cui il contratto di locazione per uso abitativo stipulato con la falsa indicazione della transitorietà dell'uso da parte del conduttore integra gli estremi di una fattispecie simulatoria relativa *in fraudem legis*, che cela, sotto l'apparenza di una convenzione negoziale di locazione transitoria, una locazione abitativa ordinaria pattiziamente regolata in difformità del regime coattivo c.d. dell'equo canone che le è proprio, con la conseguenza che il conduttore che invochi, in giudizio, l'applicazione del regime legale al rapporto così instaurato (con automatica sostituzione delle clausole contrattuali nulle, *ex* art. 79 l. cit.) avrà l'onere di dimostrare l'esistenza della simulazione contrattuale e la facoltà di avvalersi, a tal fine, della prova per testi e per presunzioni al di là dei limiti sanciti, per le parti, dall'art. 1417 c.c., attesa la illiceità per contrasto con norme imperative del contratto dissimulato. Per una rassegna delle principali fattispecie elusive in tema di locazione v. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 185 ss.

[331] Così Trib. Milano, 18 ottobre 1991, in *Arch. loc. cond.*, 1991, p.612 e Trib. Milano, 15 aprile 1991, *ivi*, 1991, p. 782.

[332] Sulla controversa natura del c.d. mutuo di scopo, v. M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1961, p. 471 ss.; M. GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 457 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt.* Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 189 s., che, riconducendo le finalità nell'ambito dei motivi, inquadrano la figura in esame all'interno dello schema tipico del mutuo. In giurisprudenza, nello stesso

destinato il finanziamento ottenuto hanno indotto gli operatori giuridici a ritenere, per lo più in passato, che i contratti con cui l'ente e il mutuatario convengono di destinare la somma ad una finalità diversa da quella legalmente imposta siano fraudolenti[333]. Invero, secondo l'opinione oggi prevalente, in questi, come in casi simili, il contratto di mutuo va reputato nullo per difetto di causa[334] o, più correttamente, per illiceità della stessa. In altri termini, la previsione all'interno del contratto di una destinazione del finanziamento diversa da quella legalmente imposta costituisce un'ipotesi di diretta violazione della norma e non un aggiramento della stessa. A conclusioni analoghe si giunge ove l'ente e il privato-mutuatario, pur essendosi formalmente obbligati al rispetto dello scopo legale, si siano accordati nel senso di impiegare la somma per una finalità diversa da quella imposta dalla legge, senza che una tale volontà risulti sia pure implicitamente dal testo contrattuale. Anche in questo caso, una volta smascherata la simulazione, vi sarà un contratto direttamente contrario alla norma imperativa[335].

È stato ritenuto in frode all'art. 597 c.p.c. il patto con cui il debitore espropriato e il terzo offerente all'incanto convengono che quest'ultimo trasferirà al primo la cosa aggiudicata[336]. Si è però avuto modo di precisare che il patto di retrovendita dell'immobile fra il debitore e l'offerente all'asta ben può considerarsi lecito laddove sia esclusa la possibilità, per il debitore, di ottenere automaticamente il riacquisto della titolarità del bene espropriato: un accordo così strutturato tende a soddisfare l'interesse eventuale del debitore,

---

senso, Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1971, c. 2376; Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Foro pad.*, 1973, I, c. 202. *Contra*, Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, *ivi*, c. 1014 e Cass., 4 dicembre 1957, n. 4567, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Mutuo*, n. 3, che ravvisano nel mutuo di scopo rispettivamente un preliminare di mutuo e un contratto misto. Per l'orientamento più recente, che qualifica il mutuo di scopo come un autonomo tipo contrattuale, v. L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, I, 1982, c. 1688 ss.; nonché, Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, *ivi*, 1982, c. 1687 ss. Originale è la ricostruzione di S. MAZZAMUTO, *Mutuo (mutuo di scopo)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, spec. 10 ss.

333 Così Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1367, ove si legge: «[…] la finalità del mutuo, in quanto prevista ed imposta dalla legge, qualifica la causa del negozio e ne delimita il contenuto rispetto allo schema tipico, acquistando in tal modo rilevanza causale». Conf. Cass., 12 ottobre 1972, n. 2796, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1868; Cass., 8 agosto 2004, n. 12567, *ivi*, 2005, p. 1406. Aderisce, in dottrina, G. GITTI, *Il contratto in frode alla legge:itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 777 s.

334 Di tale avviso Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, cit. In dottrina, condividono tale indirizzo E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, I, 1971, c. 2375 e A. ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 631 s. In posizione dubitativa è S. MAZZAMUTO, *o.c.*, p. 14.

335 Sul punto, cfr. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 204.

336 In questi termini, Cass., 9 gennaio 1945, n. 12, in *Foro it.*, 1944-46, I, c. 590, con nota critica di G. STOLFI; Cass., 29 luglio 1947, n. 1249, *ivi*, 1948, I, c. 9.

meritevole di tutela, a riservarsi la possibilità di riacquistare in futuro il bene che è stato costretto a sacrificare in ragione delle pretese creditorie[337].

Va considerato lecito il contratto avente ad oggetto, invece del trasferimento attuale del diritto dell'assegnatario su un alloggio costruito da una cooperativa edilizia fruente del contributo statale, l'assunzione, da parte dell'assegnatario medesimo, dell'obbligazione di svolgere tutte le attività necessarie per l'acquisto della proprietà dell'alloggio e l'assunzione, da parte di entrambi i contraenti, dell'obbligazione reciproca di concludere il contratto con cui si realizzerà l'effetto traslativo della proprietà dell'alloggio, una volta trascorso il limite temporale richiesto dalla legge per il venir meno del divieto di alienazione[338].

4. *Collegamento negoziale e «struttura» delle tecniche elusive.*

L'esame delle pronunce in tema di frode alla legge dimostra come la giurisprudenza non abbia sposato nessuna delle teorie dottrinali esposte nelle pagine precedenti, privilegiando, piuttosto, un approccio di tipo sostanzialistico. Ciò ha condotto ad un uso indiscriminato degli artt. 1343 e 1344 c.c.: nella prassi, è accaduto che la formula della frode alla legge venisse impiegata per regolare fattispecie meglio riconducibili nell'alveo della illiceità[339] ovvero, molto pù spesso, che si ricorresse alla figura delineata dall'art. 1343 c.c. per sanzionare contratti non tanto illeciti quanto fraudolenti. In molti casi i giudici hanno ritenuto sufficiente il richiamo alla figura della

---

[337] Cfr. Cass., 4 ottobre 1958, n. 3090, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, «*Esec. Imm.*», n. 11.

[338] Sul punto, v. Cass., 19 settembre 1978, n. 4194, in *Rep. Giust. civ.*, 1978, «*Obbl. e contr.*», n. 142, la quale ha precisato che in questo caso si tratterebbe di un preliminare di vendita sottoposto a condizione sospensiva e al termine iniziale di 10 anni dalla data dell'assegnazione. In dottrina, cfr. R. SPECIALE, *Il* Vorvertrag *nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 45.

[339] L'approccio sostanzialistico della giurisprudenza rispetto al fenomeno della frode alla legge è ben messo in evidenza da G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1958, p. 125, il quale osserva: «il negozio, od il complesso di negozi, apparentemente tipico o lecito, che viene posto in essere per raggiungere il risultato illegittimo, ha, quindi, causa atipica ed illecita, al pari di ogni altro negozio che tende direttamente e palesemente a soddisfare interessi, cui è negata tutela. Sia unico il negozio, cui indirettamente consegue il soddisfacimento di quegli interessi (negozio indiretto), siano più i negozi, collegati tra loro (negozi collegati), eventualmente dal c.d. nesso fiduciario (negozio fiduciario); attribuisca tale negozio la titolarità di un rapporto ad un soggetto, perché questo possa, con la sua attività successiva, soddisfare quegli interessi (interposizione reale di persona) od attribuisca una titolarità, considerata dalle parti o dalla legge come meramente apparente (interposizione fittizia di persona), null'altro vieta ravvisare in queste molteplici costruzioni della pratica e della dottrina se non mezzi per soddisfare interessi, cui la legge nega tutela, e cioè attività negoziali che, attraverso un mezzo, che può essere anche chiamato di frode alla legge, in effetti giunge a risultati contrari alla legge».

illiceità, evitando accuratamente l'applicazione dello «scomodo» art. 1344 c.c. Le massime rivolte a definire la frode alla legge mostrano come la giurisprudenza di legittimità, pur non ispirandosi alle tradizionali ricostruzioni dottrinali della materia, subordini spesso la sanzionabilità della condotta fraudolenta all'esistenza di un intento elusivo[340].

Il contratto in frode alla legge si presenta agli occhi della giurisprudenza come quel contratto che, a differenza di quello avente causa illecita posto in essere per conseguire direttamente il risultato pratico vietato dalla legge, realizza uno schema negoziale preordinato alla elusione dell'osservanza di una norma imperativa; esso si propone di raggiungere il medesimo risultato vietato dalla legge, ma attraverso l'impiego di una particolare tecnica contrattuale, consistente nella stipulazione di più negozi, ciascuno dei quali di per sé lecito, collegati tra loro funzionalmente[341]. In altri termini, la distinzione tra il negozio fraudolento e quello illecito si risolve nel mezzo usato per il raggiungimento dello scopo e non nello scopo medesimo[342]: la differenza fra contratto contro la legge e contratto in frode non è sostanziale ma strutturale.

SEZIONE III

AUTONOMIA DELLA FRODE ALLA LEGGE E PROSPETTIVE RIMEDIALI

---

[340] Così, Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418, secondo cui: «Il contratto in frode alla legge è caratterizzato dalla consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione causale delle parti indirizzata alla elusione di una norma imperativa. Pertanto ove si accerti che le parti abbiano posto in essere un negozio in frode alla legge […] la nullità inficia l'intero negozio mentre è irrilevante che una delle parti, per essere straniera, abbia posto in essere il negozio per motivi leciti secondo il proprio ordinamento, in quanto si tratta di contratto inficiato di nullità perché caratterizzato, nel suo insieme, da causa oggettivamente illecita, che postula la necessaria comunanza dell'intenzione fraudolenta». Negli stessi termini, Cass., 9 novembre 1971, n. 3166, in *Foro it*, 1972, I, c. 1644; Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 967; Cass., Sez. un., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Giust. civ.*, 1973, p. 603; Cass., 28 ottobre 1985, n. 5310, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, p. 292; Cass., 30 maggio 1986, n. 3667, in *Giust. civ.*, 1986, 1, p. 2405; Cass., Sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Corr. giur.*, 1994, p. 181. Per Cass., 12 marzo 1982, n. 1600, in *Riv. dir. lav.*, 1982, II, p. 835, «l'adozione di più contratti di lavoro a termine in luogo di un unico contratto a tempo indeterminato non è inquadrabile, presupponendo l'intento fraudolento del solo datore di lavoro, nella figura generale risultante dagli artt. 1343, 1344 e 1345, la quale fa risalire la ragione invalidatrice alla volontà di entrambe le parti».

[341] Di «abuso della funzione causale» del negozio parla Cass., 1 aprile 1981, n. 1849, in *Riv. not.*, 1981, p. 1106.

[342] Così, Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Foro pad.*, 1987, c. 408.

1. *Considerazioni critiche e ricostruzione «in positivo» della frode alla legge.*

L'esame, sia pure sommario, delle principali teorie sul contratto in frode alla legge impone ora talune considerazioni.

Ad entrambi gli approcci va riconosciuto il merito di avere tentato di individuare l'essenza dell'istituto; alquanto discutibili appaiono, però, i risultati cui ambedue le ricerche hanno condotto.

Affermare, come fanno i sostenitori della teoria oggettiva, che il contratto in frode perviene al medesimo risultato del contratto contro la legge, sia pure con modalità differenti, equivale sostanzialmente a negare autonomia giuridica alla figura in esame. Parimenti, definire il contratto elusivo come quel contratto posto in essere dalle parti con l'intento di realizzare un risultato economico-pratico analogo a quello esplicitamente proibito dalla norma imperativa significa sovrapporre la frode alla legge alla figura del motivo illecito determinante e comune alle parti di cui all'art. 1345 c.c.

Il mancato riconoscimento della frode alla legge quale categoria giuridica autonoma e dalla illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e dalla illiceità del motivo (art. 1345 c.c.) costituisce uno degli aspetti meno condivisibili delle due teorie, ma non l'unico.

Ragionevoli appaiono, infatti, le osservazioni critiche sollevate dai fautori della concezione oggettiva circa le difficoltà probatorie connesse alla natura squisitamente psicologica dell'intento fraudolento. Non è da trascurare che l'intento elusivo di cui si discute è riconducibile più all'elemento subiettivo del dolo che a quello della colpa, la quale, pur avendo un sostrato psicologico, è tuttavia ancorata a parametri oggettivi. Senza contare che l'approccio soggettivo non riesce a spiegare come l'intenzione fraudolenta che anima i contraenti possa rendere antigiuridico un comportamento che in assenza di essa è pienamente conforme al dettato normativo.

Non altrettanto convincente appare il pensiero di chi sostiene, nell'ambito della teoria oggettiva, che il risultato economico realizzato dal contratto in frode deve essere identico a quello realizzato dal contratto contro la legge e che la distinzione tra *contra legem agere* e frode si fonda sulla modalità – rispettivamente manifesta e occulta – della violazione. Si osserva, al riguardo, che l'idea di fondare la distinzione tra *contra legem agere* e in *fraudem legis agere* sulla modalità – occulta o manifesta – della violazione, oltre a non essere supportata da alcun riferimento normativo, porta a delle conclusioni giuridicamente inesatte. Nulla esclude che un contratto il quale urti, sia pure nascostamente, contro il disposto di una statuizione normativa, possa qualificarsi come illecito, riuscendo comunque a realizzare una situazione corrispondente, sia pure non *icto oculi*, a quella che la norma imperativa intendeva scongiurare. È quello che accade laddove le parti decidano di occultare un negozio illecito sotto le vesti di uno lecito, secondo lo schema

della simulazione relativa. È evidente come in tali casi lo strumento simulatorio, pur creando una situazione di apparente conformità al dettato normativo, non rappresenti il mezzo per frodare la legge, quanto la via prescelta dai privati per occultare la violazione diretta di una norma imperativa. Pertanto, una volta squarciato il velo dell'apparenza, il contratto dissimulato andrà dichiarato nullo ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c. con la norma imperativa di volta in volta violata[343].

Preso atto delle difficoltà che si incontrano nel tentare una soddisfacente definizione del fenomeno elusivo, derivanti dalla inevitabile oscurità del concetto stesso di frode, oltre che dall'ambigua formulazione dell'art. 1344 c.c., si tenterà di superare le contraddizioni ed i limiti delle tesi sopra richiamate, fornendo un contributo ad una ricostruzione «attuale» e «in positivo» della figura della frode alla legge.

In tale ottica, occorrerà prima di tutto definire il campo di applicazione della disposizione normativa concernente l'argomento trattato, al fine di meglio delineare i limiti entro cui l'interprete può fare riferimento alla clausola generale contenuta nell'art. 1344 c.c. L'indispensabile premessa dalla quale ci si intende muovere è che l'essenza del contratto in frode alla legge sta nella mancanza di un contrasto diretto fra tale contratto e la norma imperativa. La specificità della clausola generale di cui all'art. 1344 c.c. si manifesta nell'attribuzione al giudice di un potere diretto a colpire tutti quei contratti che, pur non ponendosi di per sé in contrasto con i divieti legali, realizzano un risultato del tutto inconciliabile, nella sua configurazione effettiva, con la disposizione di legge. Il richiamo all'art. 1344 c.c., allora, è tecnicamente fondato laddove l'impossibilità di reprimere la condotta in ragione della sola norma imperativa coinvolta sia già stata accertata, sulla base di un'interpretazione tanto del contratto quanto della legge: una interpretazione che deve essere eseguita nell'uno e nell'altro caso con pieno esaurimento di tutte le direttive ermeneutiche di cui l'interprete può disporre[344]. L'importanza della finalità repressiva della frode alla legge sta proprio nel fatto che il

---

[343] Si pensi all'ipotesi in cui il debitore, sottoposto all'esecuzione forzata, si accordi con un terzo affinché questi si interponga nell'acquisto all'incanto del bene messo all'asta, garantendogli così la possibilità di non perdere in maniera definitiva la proprietà del bene medesimo. Una procedura di tal genere integra gli estremi della simulazione relativa soggettiva: l'interposizione del terzo-aggiudicatario ha natura fittizia e, consentendo al debitore di partecipare, di fatto, all'asta, costituisce una violazione diretta del divieto di cui all'art. 579 c.p.c. In tal caso il richiamo all'istituto della frode alla legge si rivela inappropriato, dal momento che l'inefficacia della simulazione illecita comporta l'immediata applicazione del divieto legale. Di frode alla legge può correttamente parlarsi nel mandato all'acquisto, giacchè il meccanismo di quel contratto, nella sua effettività giuridica ed economica, realizza, se si guardi al risultato dell'attuazione dell'obbligo di ritrasferire il diritto realmente acquistato, conseguenze incompatibili con le ragioni e con gli effetti del divieto.

[344] U. BRECCIA, *Causa, oggetto, forma del contratto,*, in G. ALPA, U. BRECCIA A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2002, p. 498 ss.

principio o la clausola generale di cui all'art. 1344 c.c. non si limita a formulare canoni ermeneutici già espressamente tipizzati tanto con riferimento all'interpretazione del contratto quanto con riferimento all'interpretazione della legge (artt. 1362; 12 disp. prel. c.c.).

La disposizione in esame demanda all'interprete una responsabilità ulteriore: porre in essere una sorta di giudizio di secondo grado, un singolare giudizio che l'ordinamento contempla quale valvola di sicurezza, «contro il paradosso, sempre possibile e ampiamente sperimentato nella storia giuridica, a tal punto da diventare proverbiale, che la legalità sia usata contro la legge stessa»[345]. Il principio antielusivo, di cui la clausola generale contenuta nell'art. 1344 c.c. è diretta espressione, impone al giudice di esercitare un controllo realistico dell'operazione sospetta – un controllo cioè condotto con il parametro delle ragioni pratiche –, consentendogli così di qualificare come antigiuridiche quelle operazioni che pur superando il vaglio di legalità realizzano, per il singolare atteggiarsi dei fatti, una situazione del tutto incompatibile con la disposizione di legge. È proprio in ragione della singolarità di tale giudizio che la dottrina ha parlato della frode alla legge quale strumento di correzione dello stretto diritto[346]: l'interprete è legittimato a reputare «illecito» un contratto che è conforme al dettato normativo.

L'autorizzata equiparazione di un contratto lecito ad uno «illecito» trova la sua ragion d'essere nella circostanza che l'accordo, formalmente rispettoso della legge, è accompagnato da un astuto espediente, il cui effetto è quello di ricondurre l'intero senso pratico dell'operazione nell'alveo del risultato proibito. Si ritiene opportuno precisare che non ogni procedimento contorto o anomalo è da ritenersi, in quanto tale, disapprovato dall'ordinamento; è proprio quest'ultimo, infatti, a concedere ai privati la possibilità di individuare, tra le maglie dei divieti, modi leciti di regolare i loro interessi. Non vi è ragione alcuna per impedire a questi di sfruttare la loro abilità negoziale al fine di conseguire effetti economicamente rilevanti, non preclusi dal raggio dei divieti legali. Diversamente opinando, si finirebbe con il sacrificare il principio dell'autonomia privata in favore di un ossequioso rispetto dell'impero della legge, del tutto ingiustificato ove la ragione generale del controllo di chiusura non sia stata pienamente accertata.

La *ratio* dell'istituto deve servire ad orientare il giudizio dell'interprete sul contratto sospetto: la frode alla legge è una misura di salvaguardia del sistema e non giustifica un ampliamento delle disposizioni proibitive fino a reprimere operazioni che non si identificano con il meccanismo elusivo e con la produzione del risultato proibito. Il rischio di un uso distorto dello strumento antielusivo fa sì che il giudizio di accertamento della frode, fondato sul parametro della consistenza economica effettiva dell'operazione, debba essere

---

[345] U. BRECCIA, *o.c.*, p. 502.

[346] In questo senso, ancora U. BRECCIA, *o.c.*, p. 498 ss.

condotto in modo attento e rigoroso, rifuggendo da facili tipizzazioni casistiche.

Definire il contratto in frode alla legge come quel contratto che pur non rientrando nell'ambito applicativo della norma, sia pure estensivamente interpretata, finisce con il frustrare le istanze sottese alla stessa non vuol dire applicare analogicamente le norme imperative. La frode e l'analogia, come si è già avuto modo di precisare, hanno infatti presupposti applicativi antitetici[347]. La tecnica della frode può servire a censurare quelle condotte, non espressamente vietate dalla norma imperativa ma ad ogni modo poste in disprezzo di questa, che non sono suscettibili di essere sanzionate facendo ricorso al procedimento analogico. In altri termini, il contratto sospetto è qualificabile in termini di frode alla legge allorchè non risulti sanzionabile neanche in ragione del procedimento analogico, vuoi per l'assenza dei presupposti di operatività di tale procedimento – lacuna involontaria – vuoi per l'impossibilità di farvi ricorso – eccezionalità della norma. È da escludere che lo strumento dell'analogia possa rivelarsi utile ai fini dell'accertamento delle fattispecie elusive. Per converso, la censurabilità di un comportamento mediante il ricorso alla ordinaria tecnica di integrazione della legge – l'analogia – impone, a rigore, di escludere la sussistenza di un negozio propriamente in frode. In tali ipotesi sarà più corretto discorrere di negozi «elusivi impropri»[348].

La sanzionabilità del contratto fraudolento non è il risultato dell'interpretazione analogica della norma imperativa elusa, ma è il frutto dell'applicazione diretta della clausola generale di cui all'art. 1344 c.c. in combinato disposto con la disposizione imperativa di volta in volta interessata. In altri termini, il precetto che pone l'obbligo in combinato disposto con l'art. 1344 c.c. consente, senza attrito alcuno con il principio della inapplicabilità analogica delle norme eccezionali (art. 14 disp. prel. c.c.), la sanzione del contratto. Questo, infatti, pur non rientrando nello spazio angusto del disposto imperativo in sé considerato, è agevolmente ricompreso in quello più ampio risultante dall'allargamento che l'art. 1344 c.c. ha operato di quello originario[349].

Chiarita l'autonomia dell'istituto della frode alla legge rispetto alla categoria della illiceità e alle ordinarie tecniche ermeneutiche, pare opportuno soffermarsi sul significato dell'affermazione, tratta dal tenore testuale della

---

[347] Sul punto, si rinvia al cap. II, sez. I, § 5.

[348] L'espressione «elusione impropria» appartiene a R. WESTERHOFF, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung*, cit., p. 47. Cfr. G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 41, secondo cui «proprio perché in queste ipotesi non si rivela necessario ricorrere a tecniche particolari, qual è quella della frode alla legge, ma è sufficiente l'impiego delle normali tecniche di interpretazione e di integrazione della legge, non ci si troverà, a rigore, di fronte a veri e propri casi di negozio in frode alla legge, ma piuttosto al fenomeno che potremmo definire di elusione impropria».

[349] Così U. BRECCIA, *o.l.c.*

disposizione, secondo cui la causa del contratto in frode alla legge «si reputa» illecita. Invero, l'espressione di cui all'art. 1344 c.c. va intesa nel senso che la causa del contratto elusivo, per effetto della frode, si considera «viziata», sebbene in realtà non lo sia.

Secondo la definizione codicistica contenuta nell'art. 1343 c.c., la causa di un contratto è illecita quando «contrasta» con una norma imperativa, ossia quando realizza un risultato direttamente sanzionabile in ragione della norma imperativa medesima. Il contratto in frode, invece, come si è già avuto modo di precisare, realizza un risultato pratico che non è riconducibile, neppure in via interpretativa, nell'ambito applicativo della norma: è un contratto non direttamente sanzionabile in ragione della norma imperativa. Da ciò discende che la causa del contratto fraudolento non può ritenersi, a rigore, «formalmente» illecita.

Tale ragionamento mantiene ancor oggi la sua validità, nonostante il recente affermarsi della nozione di «causa in concreto». Il legislatore del 1942 con ogni probabilità, e come sembrano attestare talune risalenti dottrine, intendeva scongiurare il rischio di lasciare impunita una eventuale deviazione dallo schema legale tipico e, dunque, dalla funzione che fu e che sarà detta economica e sociale. Lo strumento della frode alla legge permetteva di sanzionare quei contratti che ancorchè tipici, e dunque causalmente leciti, almeno secondo la concezione imperante in quegli anni, fossero impiegati quale mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative. Il graduale riconoscimento da parte della giurisprudenza della configurabilità di un contratto tipico avente causa illecita richiede, però, di approfondire ulteriormente il rapporto fra la fattispecie disciplinata dall'art. 1343 c.c. e la particolare figura della frode alla legge. Le più recenti teorie sulla causa impongono di verificare se l'art. 1344 c.c. continui a vantare un ambito applicativo distinto ed ulteriore rispetto a quello della disposizione in tema di illiceità della causa, ovvero si risolva in una norma la cui funzione è quella di specificare ed integrare quanto affermato dal precedente art. 1343 c.c. In altri termini, occorre chiedersi se l'estensione del giudizio sulla illiceità della causa ai contratti tipici abbia frustrato nella sostanza l'autonomo significato precettivo della clausola generale della frode alla legge[350]. Ad avviso di taluni autori, l'adozione di una nozione di causa quale funzione economico-individuale del contratto segnerebbe la fine dell'utilità della tecnica della frode alla legge quale istituto autonomo, determinando l'identificazione della stessa

[350] Cfr. U. BRECCIA, *o.l.c.* Sul punto, v. altresì U. MORELLO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 3, il quale osserva come non sia esatto dire che «la formula della «frode alla legge» è […], e con tutta evidenza, soltanto una formula descrittiva e povera di contenuto: la sua applicazione meccanica rischia di mettere in ombra le operazioni che il giudice effettivamente compie».

con la categoria giuridica della illiceità della causa[351]. In altri termini, secondo tale indirizzo, il contratto in frode alla legge altro non sarebbe che un contratto avente una causa in concreto illecita.

Tuttavia, l'abbandono del tradizionale concetto di causa e l'adozione della teoria della c.d. causa in concreto non impediscono di continuare a riconoscere al fenomeno elusivo dignità di categoria giuridica autonoma: il contratto la cui funzione economico-individuale risulti essere in contrasto con una norma imperativa è un contratto illecito e non già un contratto fraudolento. Ogni singolo contratto può avere tanto una causa in concreto «illecita» quanto una causa in concreto «fraudolenta», laddove per causa illecita si intende quella che mira a realizzare un risultato economico identico a quello vietato dalla norma imperativa – un risultato economico sanzionabile mediante la diretta applicazione della norma violata – e per causa fraudolenta quella che mira a realizzare un risultato pratico non identico ma affine a quello proibito. Si vuol dire che il contratto in frode alla legge è un contratto lecito, anche nella sua c.d. causa in concreto. Il richiamo alla concretezza della causa può servire a decretare l'illiceità del contratto sospetto, ma si rivela inadeguato ai fini dello svelamento del carattere elusivo dello stesso. Perché la frode possa essere smascherata occorre che dietro la veste dell'operazione, lecita anche nella c.d. causa concreta, siano rinvenibili uno o più fattori oggettivi univoci dai quali sia possibile dedurre che il procedimento contrattuale complessivamente considerato trova la sua unica ragion d'essere nell'elusione della norma imperativa. Del resto, le difficoltà incontrate dall'interprete nella repressione del fenomeno della frode alla legge sono correlate alla presenza di operazioni negoziali congegnate in maniera da superare il vaglio più immediato di liceità della causa c.d. in concreto[352].

---

[351] Ad avviso di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1992, p. 190, nota 212, il «fenomeno della fraudolenza tende […] a riassorbirsi in quello della contrarietà alla norma: e dunque l'art. 1344 c.c. nell'art. 1343 c.c. del quale, il primo finirebbe per rappresentare una sorta di doppione». In senso conforme, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 824.

[352] Sul punto, cfr. U. BRECCIA, *o.l.c.*, il quale rammenta, a titolo esemplificativo, l'art. 2 delle norme bancarie uniformi predisposte dall'A.B.I. – «nelle cassette di sicurezza i clienti delle banche possono depositare oggetti di valore minimo, assumendosi, in caso contrario, il rischio della perdita dei valori eccedenti» e la connessa vicenda delle cassette di sicurezza. Secondo un indirizzo costante della giurisprudenza, la clausola di cui all'art. 2, in quanto clausola di esonero o di limitazione della responsabilità, integra un'ipotesi di diretta contrarietà alla norma imperativa, nella specie al divieto posto dall'art. 1229 c.c. L'a., nel criticare siffatto orientamento, sottolinea come l'equiparazione della clausola in esame a quelle che determinano un esonero o una limitazione della responsabilità sia una palese forzatura concettuale. Ad avviso dello stesso, le clausole di delimitazione dell'oggetto dell'obbligo non possono confondersi con quelle dirette ad esonerare o a limitare la responsabilità, con la conseguenza che le clausole del primo tipo possono determinare al più un'ipotesi di frode all'art. 1229 c.c. Il richiamo all'istituto di cui all'art. 1344 c.c., continua l'a., sebbene accuratamente rifuggito dai giudici, permette di evitare simili acrobazie concettuali:

Si pensi, ad esempio, in materia agraria, allo strumento escogitato dai privati al fine di eludere il divieto di prelazione nelle vendite di fondi agricoli: il proprietario trasferisce la titolarità del terreno, ad eccezione di una striscia confinante con il fondo del vicino. In tale ipotesi, l'interprete, lungi dal presumere in via generale ed automatica l'esistenza di un contratto in frode alla legge, sarà chiamato a verificare se la delimitazione dell'oggetto della vendita sia funzionale al soddisfacimento di una qualche utilità lecita e apprezzabile del venditore ovvero trovi la sua unica ragion d'essere nell'elusione del diritto del prelazionario. Al giudice è richiesto di appurare l'effettiva salvaguardia dell'interesse del contraente-prelazionario, anche con riguardo all'esigua striscia di confine. Si tratta di un'attività di controllo che non può arrestarsi alla valutazione della c.d. causa in concreto, ma deve spingersi oltre fino ad individuare quei fattori oggettivi univoci, che sia possibile documentare in maniera probante, dai quali poter desumere il carattere fraudolento dell'operazione. La mancanza del presupposto di operatività della norma in materia di prelazione agraria – la contiguità – esclude che il contratto di vendita di un fondo ad eccezione di una striscia di terreno confinante con un altro fondo possa qualificarsi come un contratto avente una causa illecita. Semmai potrà dirsi, una volta accertata l'inidoneità della striscia di terreno confinaria a qualsiasi sfruttamento produttivo e remunerativo, che il contratto persegue un interesse non meritevole di tutela.

Analogamente, non può qualificarsi illecito il contratto con cui il venditore del fondo concede in affitto all'acquirente la striscia di terreno confinaria ovvero il contratto mediante il quale il titolare del diritto di prelazione trasferisce la proprietà del fondo rustico ad un terzo. L'eventuale

---

«il giudizio resta aderente alle peculiarità del fatto; non si è legati all'illusorio supporto di un'opzione concettualmente opinabile fino a confinare con la finzione; la soluzione del problema non è irrigidita *a priori* ma è frutto di un'analisi che non trascura l'effettiva ragion d'essere della prassi indagata e può condurre a soluzioni non precostituite. […] La delimitazione dell'oggetto a valori a tal punto minimi da non essere seriamente apprezzabili in termini economici non si risolve in un'inammissibile esonero dalla responsabilità, ma può essere una spia dello scopo di eludere i controlli legali, poiché stravolge il contratto prescelto e a tal punto da vanificarne il senso pratico consueto in quel settore del mondo degli affari». Delle due l'una: o si riconosce l'esistenza nell'operazione così congegnata di un fondamento economico lecito oppure si deve prendere atto del carattere fraudolento della clausola di cui all'art. 2. Del resto, l'utente del servizio delle cassette di sicurezza non si rivolge alle banche per custodire oggetti che potrebbe tranquillamente tenere presso di sé. Appare allora evidente lo scarto fra la configurazione effettiva del rapporto ed il regolamento pattuito. «In sé lo scambio sembra equilibrato: il cliente si impegna a versare un canone molto ridotto al fine di avvalersi della custodia; e corrispondentemente la banca assume un obbligo che ha per oggetto un valore economico irrisorio. Ma tale corrispondenza è di sola facciata: gli oggetti sono introdotti nelle cassette soltanto se il loro valore è alto, di gran lunga superiore al limite pattuito. L'operazione economica cosi conclusa si dimostra artificiosa e irreale: nella stragrande maggioranza dei casi solamente una «tacita collusione» fra banca e clienti (o un'imposizione di forza) potrebbe darne ragione».

collegamento tra il contratto di vendita del fondo agricolo ed il contratto di affitto della striscia confinante ovvero tra il primo ed il contratto di alienazione del prelazionario con un terzo non autorizza a «coprire» con il termine causa ciò che in realtà non lo è. L'autonomia causale dei contratti, che contraddistingue il collegamento negoziale, differenziandolo dal c.d. contratto misto, impone l'impiego del concetto di causa in relazione ai singoli contratti facenti parte del collegamento. In altri termini, la causa, rigorosamente intesa, va riferita ai singoli contratti collegati e non alla sequenza negoziale complessivamente considerata. Sa di espediente discorrere di «causa complessiva» per riassumere il senso pratico di un'intera operazione, costituita da un intreccio fra progetti di natura diversa e spesso articolata in una pluralità di contratti collegati. Il legislatore impiega il termine «causa» con esclusivo riferimento a un profilo essenziale del singolo contratto. Una nozione più ampia sarebbe frutto di una discutibile costruzione dogmatica; tanto più fragile in quanto destinata a racchiudere fenomeni necessariamente eterogenei: vuoi l'illiceità del singolo contratto, vuoi i riflessi su questo prodotti dall'elusione di un divieto per mezzo di un'operazione congegnata in modo da produrre esiti che di per sé il contratto lecito prescelto non sarebbe in grado di raggiungere. Senza contare che spesso è soltanto il risultato dell'ultimo atto di una sequenza, se mai tale atto sarà posto in essere, a dare la prova della trasgressione[353]. Piuttosto che creare categorie e concetti non supportati da alcun dato normativo – «causa complessiva» – alla ricerca di un qualcosa che giustifichi la sanzionabilità di contratti di per sé leciti, sarebbe forse più corretto riconoscere che la causa propriamente intesa, quale funzione del singolo contratto collegato, è lecita anche nel suo significato più moderno ed individuare il fondamento della sanzionabilità di tali negozi nella realizzazione di un interesse «ultimo» non meritevole di tutela.

L'improprio richiamo al concetto di illiceità della causa può forse spiegarsi in ragione delle contingenze storico-giuridiche del momento. L'istituto della frode alla legge nasce nella mente del legislatore quale strumento diretto a consentire la repressione di quei contratti che ancorchè tipici realizzassero un risultato vietato. L'inquadramento dei canoni della liceità e della meritevolezza tra le forme di controllo dell'autonomia privata e la riferibilità, almeno secondo l'impostazione originaria del codice, della prima ai contratti tipici e della seconda a quelli atipici rendono comprensibile la scelta del legislatore di ancorare la fattispecie elusiva più all'art. 1343 c.c. che all'art. 1322, comma 2, c.c. Tuttavia, il «vizio» della causa del contratto in frode alla legge è del tutto peculiare, esso non è intrinseco allo schema negoziale, ma è reputato esistente nel più ampio contesto dell'operazione fraudolenta, come una qualifica negativa afferente ad un'entità originariamente immune da quel difetto. Seppure non sia direttamente proibito, non è infatti meritevole di tutela

[353] Così osserva U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 498 ss.

l'interesse che, senza lecite utilità residue, si orienti al conseguimento di benefici che si possono raggiungere soltanto per mezzo della deviazione dai contenuti inderogabili delle disposizioni di legge.

L'illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e la figura della frode alla legge (art. 1344 c.c.) sono certamente riconducibili ad un *genus* comune, quello dell'uso distorto dell'autonomia privata, ma i due istituti restano autonomamente rilevanti: la presenza della seconda sembra trovare la sua vera ragion d'essere nel ricomprendere un arco di ipotesi che non possono farsi rientrare nella prima[354].

2. *Contratto fraudolento e tecniche rimediali.*

La questione concernente il rimedio da applicare una volta accertato il carattere fraudolento di un contratto può avere soluzioni differenti a seconda dei presupposti di partenza.

Chi riconduce la frode alla legge al più ampio *genus* della illiceità afferma che, per ragioni di coerenza logico-sistematica, le uniche sanzioni applicabili al caso di specie sono quelle previste per il negozio contrario alla legge; per converso, chi propugna l'indipendenza della frode alla legge dal *contra legem agere* ritiene possibile ricercare la sanzione applicabile anche al di fuori dei rimedi predisposti dall'ordinamento a fronte della illiceità. V'è anche chi sostiene che il richiamo alla causa illecita ben potrebbe stare a significare la volontà del legislatore di accomunare le due fattispecie sul piano non già strutturale ma meramente sanzionatorio, concludendo nel senso della nullità del contratto in esame[355].

L'individuazione del rapporto intercorrente tra frode alla legge e causa costituisce il presupposto logico necessario per la risoluzione della problematica concernente il meccanismo sanzionatorio.

Sotto il profilo topografico, l'art. 1344 c.c. si colloca a metà strada tra quello disciplinante l'illiceità della causa e quello concernente l'illiceità del motivo; il problema fondamentale che si pone all'interprete consiste, dunque, nel qualificare la disposizione contenuta nell'art. 1344 c.c., in relazione alle norme nel cui contesto si pone, per coglierne gli eventuali elementi di differenziazione e, ad un tempo, per inquadrarne esattamente la fattispecie.

In ordine all'art. 1345 c.c., è da osservare che il negozio al quale le parti sono indotte da un motivo illecito, determinante e comune può anche essere lecito sotto il profilo causale e contenutistico. Ciò che il legislatore intende colpire non è tanto il risultato concreto che le parti mirano a realizzare, né la modalità mediante la quale realizzarlo, quanto l'illiceità dell'elemento

---

[354] A tale conclusione perviene anche U. BRECCIA, *o.l.c.*

[355] V., per tutti, G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, cit., p. 81 s.

intenzionale. La *ratio* sottesa alla declaratoria di nullità del negozio con motivo illecito è evidentemente diversa da quella che ha ispirato l'inserimento dell'art. 1344 c.c. e la sanzione in questo contenuta. La fattispecie descritta nell'art. 1345 c.c. non può pertanto farsi rientrare nella più ampia categoria del negozio contrario alla legge, così come propriamente intesa. Ad avviso tanto dei sostenitori della teoria obiettiva che di quelli della teoria subiettiva, la medesima fattispecie va altresì distinta da quella del negozio fraudolento. Il motivo illecito non rileva infatti quale elemento costitutivo della frode alla legge secondo la teoria oggettiva; ed esso, pur rappresentando un fattore indefettibile della frode secondo la teoria subiettiva, difetta del requisito della unicità. Lo scopo di evitare l'applicazione della norma imperativa, che ha indotto una o più parti ad impiegare strumenti negoziali alternativi, idonei a realizzare un risultato analogo a quello proibito dalla norma medesima – non rappresenta il motivo unico del negozio, aggiungendosi semmai al motivo principale dello stesso: soddisfare l'interesse dei contraenti. Una volta sganciato l'elemento intenzionale della frode dai requisiti propri del motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c., diventa comprensibile l'affermazione secondo cui si può avere frode alla legge anche se il motivo fraudolento sussiste solo in una delle parti del negozio.

L'attuale tendenza è l'unificazione degli istituti di cui agli artt. 1343 e 1344 c.c., almeno sotto il profilo effettuale; si osserva infatti che, nella terminologia legislativa, il reputare illecita la causa altro non può significare che parificare, quanto meno *quoad effectum*, le due ipotesi normative. Il contratto avente causa illecita è nullo perché così dispone l'art. 1418 c.c., parimenti nullo è il contratto elusivo di una norma imperativa in virtù dell'assimilazione del secondo al primo operata dall'art. 1344 c.c. All'interprete rimane tuttavia l'oneroso compito di individuare gli elementi differenziatori delle due figure: salvo idonea dimostrazione del contrario, non può infatti attribuirsi al legislatore di avere formulato ipotesi normative superflue o comunque imperfette[356].

La scelta del legislatore di disciplinare separatamente le due fattispecie deve avere nella realtà normativa un fondamento che la giustifichi. Le spiegazioni potrebbero essere molteplici, a seconda dell'orientamento sulla frode alla legge cui si decida di aderire.

Partendo dall'approccio oggettivistico, si potrebbe tentare di giustificare la decisione del legislatore di trattare separatamente gli istituti di cui agli artt. 1343 e 1344 c.c. alla luce della concezione della causa esistente al momento dell'entrata in vigore del codice del '42. La nozione di causa quale funzione

[356] Sul punto, v. G. GIACOBBE, *Frode alla legge*, cit., p. 82, secondo cui la parificazione degli effetti equivale, sostanzialmente, alla parificazione delle fattispecie, potendosi così affermare che la *fraus legi* importa per effetto della parificazione normativa, la qualificazione di illiceità della causa.

economico-sociale e la conseguente inconfigurabilità di un contratto tipico avente causa illecita ha forse impedito al legislatore di identificare sul piano strutturale le due fattispecie. Laddove il legislatore definisce la causa illecita allude infatti alla causa intesa quale funzione economico-sociale, alla c.d. causa in astratto, che nel contratto in frode alla legge non è qualificabile in termini di illiceità.

Aderendo all'indirizzo subiettivo, invece, si potrebbe tentare di comprendere la scelta legislativa sostenendo che il contratto fraudolento e quello avente causa illecita, sul piano rigorosamente formale, non possono essere identificati. La causa è illecita quando è in contrasto, per quel che qui interessa, con le norme imperative. A stretto rigore, la causa di un contratto contrasta con una norma imperativa allorché mira a realizzare un risultato economico identico a quello vietato dalla stessa norma. Si potrebbe pertanto dire che il negozio fraudolento, mirando a realizzare un risultato economico non identico ma analogo a quello proibito, ha un causa lecita.

Secondo l'orientamento tradizionalmente invalso in dottrina, la specie d'invalidità conseguente al negozio in frode alla legge sarebbe sempre la nullità[357], una nullità originaria, insanabile, in base al principio, rispondente ad una esigenza logica prima ancora che giuridica, secondo cui *qui quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. La sanzione del negozio in frode alla legge, stando a quanto osservato, ben potrebbe quindi differenziarsi da quella espressamente prevista per la violazione diretta della norma elusa[358]. Non sembra poi che il negozio fraudolento nullo sia suscettibile di conversione (art. 1424 c.c.), ciò non tanto per l'impossibilità di convertire il contratto illecito, pure sostenuta in modo quasi unanime dalla dottrina[359], quanto per le caratteristiche proprie del negozio elusivo. La conversione opera al fine di consentire alle parti di realizzare ugualmente l'assetto di interessi che esse intendevano conseguire mediante la stipulazione del contratto poi rivelatosi nullo, ma incontra il limite della fungibilità del negozio. Il rimedio in esame costituisce senza dubbio un importante ausilio per l'autonomia

---

[357] Di tale avviso, G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, cit., p. 60 ss.; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, cit., p. 38 ss. L. CARRARO, *Negozio in frode alla legge*, cit., p. 235 e sp. p. 240 s., giustifica tale assunto sulla base di argomentazioni di carattere sistematico. L'a. sottolinea l'esistenza di un collegamento tra gli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c., osservando come tali norme siano tutte dirette alla realizzazione di un risultato difensivo tipico di ogni norma imperativa. Sull'argomento, cfr. di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 333 ss.

[358] Si pensi, ad esempio, all'art. 388 c.c., che sanziona con l'annullabilità l'eventuale convenzione posta in essere tra il tutore e il minore divenuto maggiorenne prima che sia decorso un anno dall'approvazione del conto della tutela.

[359] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 536. Per un atteggiamento meno rigido v. U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 116; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. econ.*, 1976-79, Milano, 1981, p. 247 ss.; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 183 ss.

privata[360], tuttavia perché esso possa operare è necessario che gli effetti e gli scopi che i privati si promettevano di conseguire non siano disapprovati dall'ordinamento. In altri termini, non si può consentire al giudice di salvare un contratto la cui funzione è riprovevole[361]. All'operatività del meccanismo della conversione si oppone altresì la formulazione letterale dell'art. 1424 c.c. nella parte in cui afferma: «[…] qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità». Sembra doversi ritenere che la conversione sia inammissibile quando risulti, sia pure implicitamente, la sicura mancanza nei contraenti o in uno di essi della volontà di addivenire al negozio in cui dovrebbe essere convertito l'atto nullo.

Autorevole dottrina reputa che il negozio in frode alla legge vada piuttosto sanzionato mediante l'applicazione della norma elusa[362]. Le obiezioni mosse alla tesi della nullità non si fondano tanto sulle ipotesi alquanto singolari cui questa può dare origine, come, ad esempio, il vedere applicata all'atto fraudolento una sanzione più grave rispetto a quella prevista per la diretta contrarietà della norma elusa, quanto sulla eccessiva rigidità della risposta sanzionatoria. Colpire la violazione fraudolenta di norme imperative con un'unica ed indifferenziata sanzione vuol dire accettare il rischio di veder sacrificati gli interessi sottesi alle norme medesime[363], senza contare che la nullità radicale dell'atto potrebbe spesso rivelarsi sproporzionata rispetto allo scopo che si intende raggiungere[364]. Accade spesso che i privati mirino ad

---

360 Sul punto, cfr. v. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 157; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 55; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, pp. 77 ss. e 261 ss.; R.. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 895.

361 Così G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 335. In giurisprudenza, v. Cass., 18 marzo 1953, n. 1036, in *Giur. it.*, 1, I, c. 870; in *Foro it.*, 1953, I, c. 1127; Cass., 2 febbraio 1957, n. 406, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 329. *Contra*, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 183 ss.

362 Così U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 338, e G. D'AMICO, *o.c.*, p. 179 ss., i quali concepiscono la frode alla legge non come fattispecie ma come clausola generale.

363 Sulla insufficienza dei rimedi invalidanti come conseguenza della contrarietà del negozio fraudolento ad una norma imperativa ai fini del raggiungimento degli obiettivi imposti dall'ordinamento e sulle nuove funzioni delle norme cogenti, cfr. B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel contratto di locazione*, Napoli, 1979, p. 138 s.; G. MAZZÙ, *Proprietà, diritti di godimento e legislazione speciale*, Messina, 1977, p. 1461. Sulla necessità di tecniche di intervento alternative a quelle meramente invalidanti ai fini della realizzazione dell'interesse generale tutelato dalla norma violata, v. G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 385 s., il quale osserva come i rimedi della nullità e dell'annullabilità siano concepibili solamente allorquando il contratto sia lo strumento per la realizzazione di un interesse individuale.

364 Così è, ad esempio, nell'ipotesi di matrimoni contratti in frode alla legge: la tendenza dei giudici a dichiarare la nullità dell'atto compiuto, facendo ricorso al concetto di

aggirare una norma imperativa la cui violazione diretta è punita mediante il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. In tali ipotesi, l'esigenza di dare comunque attuazione agli interessi tutelati dalla norma induce il legislatore a preferire rimedi di tipo conservativo – quali la nullità parziale e l'inserzione automatica di clausole – a quelli di tipo demolitorio – quale la nullità totale. Sostenere la nullità del negozio in frode alla legge anche con riferimento a tali situazioni significa compromettere, se non frustrare, le suddette istanze legislative, senza contare che una soluzione di tal genere potrebbe anche apparire incoerente rispetto ad un sistema rimediale, quello predisposto a fronte della violazione diretta, molto più articolato e complesso.

È proprio partendo dall'assunto secondo cui la *ratio* della repressione della frode alla legge va ravvisata nell'esigenza di affermare comunque l'applicazione della norma di legge elusa che si è ritenuto di poter superare il dogma della insanabilità della nullità derivante da causa illecita. In tale contesto, è stata formulata una proposta di lettura dell'art. 1344 c.c. tesa a privilegiare il momento della descrizione strutturale della frode e la contrarietà sostanziale del contratto elusivo a una norma imperativa più che l'assimilazione del contratto in frode alla legge a quello avente causa illecita, legittimando così l'operatività, della riserva contenuta nell'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 1418 c.c., secondo il quale la contrarietà a norme imperative induce nullità del contratto salvo che la legge disponga diversamente[365].

La mancata produzione di effetti dell'atto fraudolento, tenuto conto degli interessi in gioco e dell'evoluzione del sistema, costituisce la sanzione più adeguata: l'irrilevanza dell'atto elusivo per il giudice fa sì che questi possa superarlo liberamente o disattenderlo, applicando ugualmente la norma che le parti avevano inteso aggirare[366]. La clausola generale contenuta nell'art. 1344

---

simulazione, appare ingiustificata, giacchè l'unico problema da risolvere è il superamento delle forme per far valere ugualmente la norma elusa.

[365] Così G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 186. In giurisprudenza, in senso sostanzialmente analogo, Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Vita not.*, 1990, p. 494, che, in tema di prelazione agraria, osserva come l'alienazione di un fondo compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione agraria non è da ritenere nulla né ai sensi dell'art. 1418 c.c., né ai sensi dell'art. 1344 c.c., essendo «adeguata sanzione», tanto nel caso di diretta violazione della norma quanto in quello del tentativo di elusione della stessa, la previsione del meccanismo del «retratto», che assicura il conseguimento delle finalità perseguite dalla disciplina di legge.

[366] Sul punto, cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., 1969, p. 338 s.; il quale precisa che è possibile ritenere l'atto o il procedimento elusivo semplicemente inefficace, applicando comunque la norma elusa, solamente al di fuori di casi di elusione a norme imperative, dal momento che se la norma elusa è imperativa la sua applicazione al contratto in frode non può che rendere nullo il contratto stesso. Propendono per l'inefficacia, S. SCOTTI CAMUZZI, *Gli aumenti di capitale deliberati in più riprese*, in *Riv. it. sc. econ. comm.*, 1964, p. 386; e F. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais*, cit., p. 393 ss. Più di recente, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., 2008, p. 334. Interessanti sono le osservazioni di G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., p. 193 s., che, con riferimento all'operazione posta in

c.c. autorizza l'interprete ad andare al di là delle forme prescelte dalle parti e a guardare al concreto risultato economico dell'affare, così da ritenere inefficaci le stipulazioni. L'applicazione della norma elusa avrà conseguenze diverse sugli atti fraudolenti a seconda del tipo di effetti che questa dispiega. Sostenere l'inefficacia del contratto fraudolento consente peraltro di soddisfare talune esigenze che il rimedio della nullità non riuscirebbe ad appagare. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui la norma elusa è posta a tutela del contraente debole: la sanzione della nullità potrebbe nuocere piuttosto che giovare alla parte protetta, ponendo così nel nulla gli obiettivi di politica legislativa che si sperava di raggiungere.

Il rimedio dell'inefficacia si rivela, dunque, il più coerente con le esigenze del sistema: consentire allo scopo proprio della norma imperativa di affermarsi comunque, anche in presenza di tentativi elusivi.

La differenza tra violazione diretta di una norma imperativa-illiceità e frode alla legge non può certo individuarsi in un presunto giudizio di maggior riprovevolezza della condotta fraudolenta rispetto a quella semplicemente illecita, giacchè tale giudizio – seppur nella mente degli interpreti che hanno ritenuto di estendere alle condotte fraudolente sempre e *tout court* il rimedio, o meglio, la «sanzione» della nullità – non sembra poter essere ricondotto anche alle intenzioni del legislatore, il quale lungi dall'effettuare un raffronto «etico» tra le due condotte – immediatamente violativa della norma imperativa, l'una ed indirettamente violativa della norma imperativa, l'altra – ha invece posto l'accento sulla differente modalità di attuazione di tali tecniche. Il legislatore, con l'introduzione della frode alla legge, ha voluto colmare una lacuna che si sarebbe potuta venire a creare in relazione alla violazione di una norma imperativa. Applicare sempre e comunque il rimedio/sanzione della nullità condurrebbe pertanto a «violare» la *ratio* sottesa alle singole norme, questa sì individuata dal legislatore: il rimedio applicabile alla violazione della norma imperativa dovrà quindi essere in ogni caso quello previsto dal legislatore, sia che si tratti di violazione diretta sia che si tratti di violazione indiretta.

Ciò non deve condurre a confondere il piano della violazione diretta con quello della frode alla legge, permanendo comunque una chiara distinzione tra

---

essere dal giudice in relazione al negozio elusivo, preferisce parlare di «trasformazione del contratto» piuttosto che di mera «qualificazione». Segnatamente, l'a. afferma: «Il fenomeno della elusione non si identifica con quello dell'assegnazione convenzionale di un *nomen iuris* falso o apparente al rapporto posto in essere; e anzi, il giudizio in termini di frode implica che l'operazione di qualificazione del contratto si sia conclusa proprio con l'esclusione della diretta riconducibilità della fattispecie esaminata nell'ambito dello schema legale che in ipotesi si assume fatto oggetto di elusione. Bisogna dunque riconoscere che quel che il giudice opera non è una mera qualificazione, bensì una vera e propria trasformazione del contratto». Il termine «trasformazione del contratto» era stato impiegato in precedenza da L. FRANCARIO, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo dir. agr.*, 1979, p. 425 ss.

i due istituti nella loro natura e configurazione giuridica, nonché nei loro presupposti di operatività e ciò per tutto quel che si è detto nel presente studio: l'apparente promiscuità sul piano rimediale, invece che dimostrare la sovrapposizione dei due istituti, finisce col provare il contrario, giacchè sostenere diversamente, ossia la nullità ad ogni costo, è il peccato originale di coloro che considerano la frode alla legge una sorta di illiceità «aggravata» o «riprovevole», ossia una gemmazione della illiceità.

Del resto, lo stesso rapporto di necessaria consequenzialità tra illiceità del comportamento e nullità dell'atto sembra iniziare a vacillare; soprattutto negli ultimi anni, sono sempre più numerosi gli autori che osservano come, nel silenzio del legislatore, la sanzione conseguente all'inosservanza di un precetto imperativo non debba necessariamente coincidere con l'invalidità-nullità dell'atto concluso[367], salvo a ritenere che il mantenimento in vita del negozio possa pregiudicare l'interesse protetto dalla norma proibitiva.

L'esistenza di un vizio funzionale può determinare certamente la nullità assoluta (*rectius*: nullità radicale) del contratto, ma non è da escludere che possa incidere diversamente sulla singola fattispecie, rendendola idonea a produrre un qualche effetto essenziale o naturale[368].

A fronte di un contratto posto in violazione di una norma imperativa imperfetta, l'interprete sarà chiamato ad indagare la natura di tale norma al fine di appurare l'interesse protetto e lo scopo che, attraverso la proibizione, il legislatore ha inteso concretamente perseguire. Lo svolgimento di una simile attività ermeneutica permetterà di comprendere se il precetto normativo è posto a tutela di un interesse generale inconciliabile con l'atto di autonomia ovvero se, nonostante la imperatività della disposizione, lo scopo perseguito è tale da non inficiare la validità dell'atto[369]. L'incidenza della illiceità sul contratto va forse riconsiderata; un negozio illecito, pur essendo lesivo in via diretta di interessi prioritari generali, può presentare peculiarità tali da risultare

---

367 Così S. MONTICELLI, *Divieti valutari ed autonomia privata*, Padova, 1987, p. 57 s. Sulla distinzione fra il concetto di illiceità del comportamento e quello di nullità dell'atto che ne è conseguenza, cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, vol. VI, 2, Torino, 1975, p. 524 ss., il quale, nel sottolineare l'indipendenza fra i due concetti, afferma che: «l'illiceità è all'origine della nullità ma non si confonde con essa».

368 In tal senso, M. NUZZO, voce *Negozio giuridico*, IV) *Negozio illecito*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990, p. 1 ss., il quale sottolinea la necessità di una rivisitazione critica della categoria del negozio nullo o della nullità radicale. Sulla distinzione tra effetti essenziali ed effetti naturali cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, Napoli, rist., 1999, p. 21 ss.; e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 244 ss.

369 Osserva S. MONTICELLI, *Divieti valutari ed autonomia privata*, cit., p. 61 s.: «Ad escludere la normale conseguenza della nullità in tali ipotesi è quindi la individuata *ratio* del divieto proprio in quanto si ritenga che la legge disponga implicitamente in modo diverso, sanzionando, ad esempio, solo il comportamento illecito ma non il negozio che ne è conseguenza».

non suscettibile di essere catalogato nella fuorviante e ormai stanca categoria del negozio nullo[370]. L'incidenza del vizio sulla fattispecie non produce sempre la medesima conseguenza, ma una conseguenza diversa a seconda delle situazioni. È opportuno rifuggire dall'idea secondo cui più le norme disciplinatrici sono poste a tutela di interessi superindividuali, più la trasgressione è grave, più la conseguenza deve essere orientata alla totale inefficacia dell'atto. Aderire ad un'impostazione di tal genere equivale ad escludere la possibilità di applicare il rimedio che si ritiene più adeguato tenuto conto del caso concreto. L'operazione di inquadramento del contratto illecito nella categoria della nullità radicale non va fatta secondo un approccio di tipo aprioristico e generalizzante, ma deve essere preceduta da un giudizio attento e rigoroso, ispirato a criteri di carattere empirico.

In questa prospettiva non può certo escludersi che un contratto illecito, seppur di per sé riprovevole secondo i principi etico-politici e secondo lo spirito dell'ordinamento, nel concreto, possa produrre un qualche effetto, sia pure a scopo meramente sanzionatorio[371]. Ne è la prova la scelta operata dal legislatore in ordine al trattamento sanzionatorio del contratto di mutuo usurario. Nessuno può dubitare del fatto che la disposizione di cui all'art. 1815 c.c., pur tutelando un interesse particolare, sia al contempo garante di un interesse prioritario generale. Parimenti indiscutibile è la natura illecita del contratto di mutuo usurario. Eppure, quest'ultimo non viene affatto privato di effetti, né trasformato in mutuo ad interessi dovuti nella misura legale (art. 1284, comma 3, c.c.), ma considerato gratuito (art. 1815, comma 2, c.c.)[372]. Evidentemente, il legislatore, mostrandosi attento alle esigenze concrete ed al contesto di riferimento, ha ritenuto che la conservazione del contratto illecito fosse il rimedio più opportuno per recuperare i valori normativi lesi dall'usura e garantire l'interesse generale ad una iniziativa economica privata libera, ma conforme all'utilità sociale, alla dignità umana ed al corretto funzionamento del mercato[373].

Ogni qual volta ci si trova di fronte ad un atto illecito non ci ci può fermare alla formula illiceità=nullità=inefficacia; piuttosto occorre chiedersi in che modo il vizio abbia inciso sulla singola fattispecie, anche alla luce degli interessi sottesi alla norma violata e delle esigenze del sistema. L'applicazione di un rimedio sempre uguale (nullità) si rivela una soluzione soltanto

---

[370] Cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, *una incerta distinzione sul piano degli effetti*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, a cura di M. Comporti e S. Monticelli, vol. II, Napoli, 2005, p. 422.

[371] Sul punto, v. G. PERLINGIERI , *o.u.c.*, p. 428.

[372] Cfr. G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 285 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, cit., p. 464 ss.; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, p. 7 ss.

[373] Di tale opinione D. VALENTINO, *Iniziativa economica privata e utilità sociale*, in *Sviluppo econom.*, 2002, p. 163.

apparentemente rispettosa della volontà del legislatore, in quanto lesiva degli stessi interessi che il medesimo sistema è orientato a garantire. A volte è proprio l'efficacia ad essere la vera sanzione, quindi lo strumento più adeguato per comporre «interessi conflittuali o potenzialmente confliggenti»[374]. Non è dalla perpetuità della soluzione che dipende l'ordine giuridico, ma dalla adeguatezza e dalla congruenza della decisione al caso concreto[375].

---

[374] V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.
[375] Cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 461.

CAPITOLO IV

FRODE ALLA LEGGE E DIRITTO COMUNE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Frode alla legge e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 1.1. Principi generali e ruolo della Corte di giustizia nella creazione di un diritto comune europeo. – 2. Tecniche ermeneutiche e abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. – 3. Prassi giurisprudenziale comunitaria, abuso del diritto e tecniche fraudolente: principali ipotesi applicative. – 3.1. Legislazione comunitaria e fenomeno elusivo. – 4. «Frode» e «abuso» nel diritto privato europeo: autonomia dei due istituti e abuso «elusivo» del diritto.

1. *Frode alla legge e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Il rischio che gli istituti predisposti dal legislatore a vantaggio dei privati possano essere concretamente impiegati al fine di perseguire interessi non meritevoli di tutela è oggi ben avvertito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La consapevolezza che la rigorosa predeterminazione per fattispecie delle norme imperative può risolversi in un'occasione per i privati di aggirare le medesime statuizioni ha indotto la giurisprudenza comunitaria ad affermare, ancorché nulla di simile sia espressamente previsto nei Trattati istitutivi, che i soggetti dell'ordinamento giuridico «non possono avvalersi *abusivamente* o *fraudolentemente* del diritto comunitario»[376].

Diverse sono le pronunce della Corte di giustizia che utilizzano le tecniche dell'abuso del diritto e della frode alla legge, da tempo elaborate nel quadro dei sistemi giuridici nazionali, quali strumenti di contrasto alle eventuali manovre dirette alla realizzazione di fini contrari alla *ratio* della disciplina legislativa.

L'interesse manifestato dalla Corte verso la tematica in oggetto attiene in via prevalente a quelle ipotesi di utilizzazione abusiva di situazioni giuridiche soggettive, al di là della loro qualificazione in termini di diritti soggettivi, interessi legittimi, diritti potestativi[377], riconosciute ai privati da norme

---

[376] CGCE, 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Dionysios Diamantis c. Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon* AE (OAE), in Racc., p. I-1705 ss., punto 33. Negli stessi termini, *ex multis*, CGCE, sentenza 3 dicembre 1974, causa 33-74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in Racc., p. 1299 ss.; CGCE, sentenza 27 settembre 1989, causa 130/88, *C.C. van de Bijl c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, in Racc., p. 3039 ss.; CGCE, sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, in Racc., p. I-2357 ss.; CGCE, sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Alexandros Kefalas e altri c. Elliniko Dimosio (Stato ellenico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE* (OAE), in Racc., p. I-2843 ss., punto 20.

[377] Sull'individuazione della tipologia formale delle situazioni giuridiche soggettive suscettibili di abuso, cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. I, p. 202 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, III, 1997; ID., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p.

comunitarie direttamente applicabili, quali le disposizioni contenute nel Trattato, i regolamenti, le decisioni e le direttive, quest'ultime limitatamente a quelle c.dd. *self executing*[378]. Si intende fare riferimento, in altri termini, a quelle situazioni in cui un soggetto pone in essere un'operazione negoziale inattaccabile sul piano dello stretto diritto positivo al fine di conseguire un vantaggio cui non avrebbe altrimenti avuto diritto ovvero di sottrarsi ad una restrizione[379].

Va preliminarmente osservato come la giurisprudenza comunitaria impieghi indistintamente le due locuzioni (*abusivamente* e *fraudolentemente*), sebbene queste attengano, quanto meno secondo la tradizione invalsa nei singoli ordinamenti nazionali, a due tematiche differenti. I continui richiami effettuati dalla Corte di giustizia ai controversi concetti di abuso del diritto e frode alla legge hanno pertanto portato la dottrina, invero in tempi piuttosto recenti, ad interrogarsi sull'esatta portata concettuale di tali nozioni nel più ampio contesto dell'ordinamento delle Comunità europee[380].

1.1. *Principi generali e ruolo della Corte di giustizia nella creazione di un diritto comune europeo.*

In uno studio volto a ricostruire la rilevanza delle dottrine dell'abuso del diritto e della frode alla legge nell'ordinamento comunitario non possono mancare alcune brevi considerazioni di carattere comparatistico.

È ben noto come la Corte di giustizia, nella definizione dei principi generali rilevanti in ambito comunitario, sia solita richiamarsi agli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri. Anche se, come si è da più parti rilevato, a tale richiamo non deve attribuirsi un rilievo conclusivo. In effetti, da un lato la

---

69 ss.; A. TIZZANO, S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo II, in *Tratt. dir. priv.* diretto da BESSONE, vol. XXVI, Torino, 2000, p. 1324 ss.

[378] Sul punto v., in particolare, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 4 ss.

[379] Di situazioni in cui il comportamento del soggetto, in quanto apparentemente conforme ad una norma giuridica, viene a godere di una sorta di «presunzione» di legittimità parla M. GESTRI, *o.c.*, p. 12.

[380] Cfr. L. NEVILLE BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in CURTIN, HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, 1994, p. 511 ss.; P.J. WATTEL, *Circumvention of National Law; Abuse of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 1257 ss.; C. NIZZO, "*L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto*", in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 766 ss. M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. intern.*, 2000, p. 71; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea*, *Parte speciale*, Torino, 2000, p. 174 s.

Corte di giustizia non ha generalmente ritenuto di doversi dedicare ad un'analisi approfondita di carattere comparatistico degli ordinamenti interni, limitandosi per lo più a riferimenti piuttosto generali. Dall'altro lato, la giurisprudenza comunitaria ha in più di un'occasione affermato che, ai fini dell'attribuzione di rilevanza ad un principio generale, non è indispensabile che lo stesso sia riconosciuto in modo identico in ognuno degli ordinamenti degli Stati membri. Ciò precisato, è comunque innegabile che nelle decisioni della Corte di giustizia, ed al fine della ricostruzione dei principi generali operanti a livello comunitario, il riferimento alle esperienze giuridiche nazionali mantiene una sicura importanza.

Per converso, è poi da rilevare come la giurisprudenza della Corte di giustizia possa costituire, attraverso la propria attività di elaborazione di nozioni e categorie giuridiche, un fattore di convergenza tra gli ordinamenti interni degli Stati membri anche in settori non investiti in modo diretto dell'attività normativa di origine europea. Corre altresì l'obbligo di ricordare che da anni sono in corso sul piano scientifico tentativi volti a delineare un «diritto comune europeo», con riferimento ad interi settori del diritto privato e segnatamente al diritto dei contratti.

Tenendo conto di tali presupposti, conviene dunque interrogarsi – seppur in termini generali e non pretendendo di illuminare ogni aspetto della questione – sul rapporto tra abuso del diritto e frode alla legge negli ordinamenti degli Stati membri.

2. *Tecniche ermeneutiche e abuso del diritto nell'ordinamento comunitario*.

L'ammissibilità dell'impiego della formula dell'abuso del diritto quale strumento di controllo giudiziale dell'esercizio dell'autonomia privata ha inizialmente incontrato notevoli riserve, quantomeno con riferimento al nostro ordinamento. Il pericolo che l'ingresso di una simile categoria giuridica potesse tradursi in un'occasione per il giudice di esercitare arbitrariamente il proprio sindacato, infatti, aveva indotto la dottrina a negare cittadinanza a tale figura[381]. L'oramai indiscussa rilevanza del ruolo dell'interprete nell'applicazione della legge ed un impiego sempre più frequente delle c.dd. clausole generali rendono obsoleto un simile atteggiamento di chiusura; tuttavia l'indubbia collocazione della tecnica dell'abuso «ai limiti tra la più sottile arte ermeneutica e una pericolosa fuga dal giuspositivismo»[382] giustifica la prudenza impiegata dalla nostra dottrina.

---

[381] Sul punto, cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 213 ss.

[382] F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, III, 1997, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 178.

Tali considerazioni mantengono tutta la loro validità ancorchè la discussione sull'abuso del diritto si sposti sul versante comunitario. La settorialità e l'incompletezza dell'ordinamento comunitario hanno fatto sì che si assegnasse un ruolo centrale, nonostante l'assenza in tal senso di un'espressa previsione nel Trattato, ai principi generali del diritto[383]. Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che l'ordinamento delle Comunità europee, più di quello interno, potrebbe costituire terreno fertile per lo sviluppo di un principio generale che vieti l'abuso del diritto[384]. Al contempo, non pare però possa essere trascurato il dato secondo cui la tecnica dell'abuso del diritto determina di fatto una paralisi dell'esercizio di una prerogativa soggettiva attribuita da una norma comunitaria. Peraltro, i giudici nazionali hanno di sovente ravvisato il fondamento delle formule dell'abuso del diritto e della frode alla legge in una norma interna o in un principio generale dell'ordinamento nazionale.

In un simile quadro di riferimento, le problematiche connesse all'abuso del diritto, inteso, si ripete, quale abuso di situazioni giuridiche di favore attribuite ai privati da norme comunitarie direttamente applicabili, finiscono inevitabilmente con il coinvolgere oltre la questione dei limiti dell'attività interpretativa giudiziale quella dei rapporti tra diritto comunitario e ordinamenti nazionali[385]. Sotto tale ultimo profilo, è stato sottolineato come il riconoscimento dell'esistenza di un divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento comunitario porti con sé il rischio della incrinazione del principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale: una norma nazionale non può trovare applicazione qualora modifichi la portata della disposizione comunitaria, vale a dire qualora ne pregiudichi la piena efficacia e l'applicazione uniforme[386]. Del resto, anche ammettendo l'esistenza nell'ordinamento comunitario di un divieto di abuso del diritto quale principio generale, spetterebbe comunque al giudice nazionale farne uso; da qui il

---

[383] Al riguardo, cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale:dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza*, Torino, 2001, p. 219; G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles in European Community Law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 445 ss.

[384] Favorevole al riconoscimento del divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento comunitario è L. NEVILLE BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, cit., p. 511 ss.

[385] In tal senso, l'Avvocato generale Tesauro, CGCE, sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Alexandros Kefalas e altri c. Elliniko Dimosio (Stato ellenico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE* (OAE), cit., punto 17 delle conclusioni dell'Avvocato generale. Per una trattazione più ampia della questione si rinvia a M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 14 ss.

[386] Cfr. M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 16.

rischio di pregiudicare il principio dell'uniforme applicazione del diritto comunitario[387].

La tematica dell'abuso del diritto nel più ampio quadro di riferimento comunitario pone problemi non indifferenti, la soluzione dei quali è subordinata all'approfondimento della natura giuridica di siffatta categoria volto a chiarire se si tratti semplicemente di principi riconosciuti nel diritto interno di alcuni Stati membri oppure se possa parlarsi in via generale di un principio dell'ordinamento comunitario[388].

La centralità del ruolo ricoperto dalla giurisprudenza nell'ordinamento giuridico comunitario[389] impone di ricostruire la teoria dell'abuso del diritto muovendo dall'analisi dei principali casi affrontati dalla Corte di giustizia, nella consapevolezza però di non poter trovare in questi alcuna soluzione, fors'anche per scelta della stessa Corte.

3. *Prassi giurisprudenziale comunitaria, abuso del diritto e tecniche fraudolente: principali ipotesi applicative*.

La casistica consta di molteplici pronunce: i concetti di abuso del diritto e frode alla legge, impiegati inizialmente nell'ambito di una problematica piuttosto circoscritta come quella della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, si sono via via rivelati utili in una pluralità di comparti normativi dell'ordinamento comunitario. Al riguardo, basti pensare a tutte le libertà comunitarie fondamentali, nonché ai settori della politica agricola comune, della tutela degli interessi finanziari della Comunità, del diritto societario e dell'armonizzazione fiscale. Al contempo, non è da trascurare l'esistenza di un sempre maggiore numero di situazioni in cui il legislatore comunitario ha deciso di codificare, in riferimento ad ambiti normativi più o meno estesi, la categoria dell'abuso del diritto nonchè la tecnica della lotta all'elusione della legge nazionale[390].

Le pronunce che hanno dato l'avvio alla successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema dell'abuso del diritto nella prospettiva comunitaria

---

[387] Di tale opinione D. TRIANTAFYLLOU, *Abuse of raights versus primacy?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 157 ss.

[388] Dello stesso avviso M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 17. Per un riesame critico dell'impiego della tecnica dell'abuso del diritto da parte sia della Corte di giustizia che della Corte di Cassazione v. A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *IANUS*, n. 1/2009.

[389] La centralità dei precedenti giurisprudenziali nel contesto dell'ordinamento comunitario è ben messa in evidenza da P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XV, Padova, 1997, p. 134.

[390] Così osserva M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 19.

attengono prevalentemente, se non in via esclusiva, al settore della libera prestazione dei servizi.

Alquanto significativa è la decisione pronunciata dalla Corte di giustizia nel famoso caso *van Binsbergen*[391], poi divenuto un vero e proprio *leading case* in materia. In quell'occasione la Corte, pur ammettendo che il requisito della residenza nello Stato in cui è fornito il servizio può talvolta risolversi nella concreta frustrazione della libertà di prestazione degli stessi servizi – che ha l'obiettivo di eliminare gli ostacoli alla libera erogazione di questi da parte di persone non residenti nello Stato in cui viene svolta la prestazione – ha riconosciuto a tale Stato la possibilità di richiedere al prestatore il possesso di requisiti specificamente previsti da norme sull'esercizio della professione, purchè tali norme corrispondano ad esigenze di pubblico interesse[392]. Rientra in tali ipotesi il caso in cui il prestatore abbia trasferito la propria residenza in un altro Stato membro dell'Unione europea al fine di sottrarsi all'applicazione delle più sfavorevoli norme sull'esercizio della professione di cui si è appena detto.

Una formula analoga a quella contenuta nella sentenza *van Binsbergen* è stata impiegata nel settore televisivo[393]; la questione atteneva, in particolare, alla compatibilità con le norme del Trattato sulla libera circolazione dei capitali e sulla libera prestazione dei servizi del divieto posto dalla normativa olandese in capo agli enti nazionali di radiodiffusione di svolgere attività ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge o autorizzate dall'ente olandese per la sorveglianza sui media (*Commissariaat voor de Media*)[394]. In tal caso, la Corte di

---

[391] CGCE, sentenza 3 dicembre 1974, causa 33-74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Racc.*, p. 1299 ss. La questione riguardava un procuratore legale di nazionalità olandese che, dopo avere avviato una causa nei Paesi Bassi, aveva trasferito la propria residenza in Belgio. A seguito del suddetto trasferimento, era stata contestata a questi la legittimazione a portare avanti il mandato presso il tribunale olandese; una legge dello Stato in cui veniva prestato il servizio vietava infatti alle persone non residenti di assumere il patrocinio di fronte all'istituzione giudiziaria. Per una trattazione più completa del caso *van Binsbergen* si rinvia a M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 54 ss.

[392] Queste le parole utilizzate dalla Corte: «è, del pari, giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 [oggi art. 49] allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione. Una simile situazione deve infatti venir regolata dalle norme sul diritto di stabilimento e non dalle norme sulla prestazione di servizi» (CGCE, sentenza 3 dicembre, cit., punto 13).

[393] Il riferimento va al caso *Veronica*, CGCE, sentenza 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in Racc., p. I-487 ss.

[394] *Veronica*, associazione di diritto olandese creata in conformità della legge olandese sui media (*Mediawet*) per lo svolgimento di attività non commerciali di radiodiffusione sul territorio nazionale, era accusata di aver violato l'art. 57 della stessa legge per aver contribuito, senza alcuna espressa autorizzazione da parte della *Commissariaat voor de Media*,

giustizia, ribadendo che le restrizioni imposte dalle normative dei singoli Stati membri ai principi contenuti nel Trattato sono legittime se funzionali al perseguimento di un interesse di carattere generale, si è pronunciata a favore dell'applicazione del divieto posto dalla norma olandese[395].

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la pronuncia nel caso *van Binsbergen* e seguito nella sentenza *Veronica* è stato poi riconfermato a distanza di poco più di un anno con l'importante decisione nell'affare TV10[396]. I giudici della Comunità europea sono stati chiamati ad occuparsi della tematica dell'elusione dell'art. 66 della normativa olandese sui media (*Mediawat*) che sottopone gli enti radiotelevisivi nazionali ad una disciplina più sfavorevole rispetto a quella prevista per gli enti di radiodiffusione stranieri[397]. La Corte, ripercorrendo sostanzialmente il ragionamento svolto nelle due sentenze poco sopra esaminate, si sofferma sulla generalità dell'interesse perseguito dall'art. 66 della *Mediawat* e conclude nel senso della piena legittimità del provvedimento di diniego adottato dall'autorità di vigilanza olandese sul settore radiotelevisivo nei confronti di TV10[398]. In altri termini, i giudici

---

alla creazione di un'emittente commerciale nel Granducato del Lussemburgo che mirava a raggiungere i Paesi Bassi con le proprie trasmissioni via cavo. In particolare, l'autorità olandese contestava all'associazione *Veronica* di avere acquisito una partecipazione nel capitale della società lussemburghese, nonché di avere prestato garanzie bancarie ed attività di consulenza, sia economica che giuridica, in favore della stessa.

395 CGCE, sentenza 3 febbraio 1993, cit., punto 13: «[…] vietando agli enti nazionali di radiodiffusione di dare aiuti per la creazione di società commerciali di radio e di televisione all'estero, allo scopo di prestarvi servizi destinati ai Paesi Bassi, la normativa dei Paesi Bassi controversa nella causa principale arriva essenzialmente ad impedire che, sfruttando le libertà garantite dal Trattato, detti enti possano sottrarsi abusivamente agli obblighi derivanti dalla normativa nazionale, relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi». Per un approfondimento del caso giurisprudenziale esaminato nel testo si rinvia a M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 59 ss.

396 CGCE, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10 c. Commissariaat voor de Media*, in Racc., p. I-4795 ss. Al riguardo, v. M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 61 ss.; nonché P.J. WATTEL, *Circumvention of National Law; Abuse of Community Law?*, cit., p. 1257 ss.; C. DOUTRELEPONT, *La jurisprudence de la Cour de Justice dans le domaine de l'audiovisuel*, in DOUTRELEPONT, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Bruxelles, 1996, p. 125 ss.

397 L'autorità di vigilanza olandese sul settore delle radiotelevisioni aveva negato alla società per azioni lussemburghese TV10 l'autorizzazione all'accesso alla rete via cavo olandese, sul presupposto secondo cui questa, essendosi stabilita in Lussemburgo al solo fine di sottrarsi alla normativa olandese applicabile agli enti radiotelevisivi nazionali, non poteva qualificarsi quale ente di radiodiffusione «straniero». L'equiparazione, operata dall'autorità di vigilanza, dell'ente TV10 ad un ente radiotelevisivo nazionale comportava l'impossibilità per questo di beneficiare dell'autorizzazione, prevista esclusivamente in favore degli enti stranieri.

398 Afferma la Corte: «uno Stato membro può legittimamente equiparare ad un ente radiotelevisivo nazionale un ente radiofonico e televisivo stabilito in un altro Stato membro allo scopo di realizzare prestazioni di servizi dirette verso il suo territorio, in quanto tale misura mira ad impedire che, avvalendosi delle libertà garantite dal Trattato, gli enti che si stabiliscano in un altro Stato membro possano illegittimamente sottrarsi agli obblighi posti

comunitari confermano, ancora una volta, che le norme in tema di libera prestazione dei servizi non ostano all'applicazione delle più severe normative nazionali che costituiscono espressione di obiettivi di interesse generale.

Meritevole di attenzione, ai fini della ricostruzione di una dottrina generale dell'abuso del diritto nell'ottica europeistica, è l'elaborazione concettuale sviluppata dalla Corte di giustizia nel settore della libertà di stabilimento[399].

Particolarmente interessante è il caso *Knoors*[400] in cui i giudici comunitari, nell'affermare il principio secondo cui la libertà di stabilimento può essere invocata da un soggetto anche nei confronti dello Stato di appartenenza, hanno cura di osservare come tale principio non possa risolversi nella frustrazione dell'interesse legittimo di ogni Stato membro a che i propri cittadini non sfruttino le possibilità offerte dal Trattato al fine di rifuggire abusivamente dalle leggi nazionali.

Sulle medesime considerazioni si fonda il ragionamento sviluppato dalla Corte nella sentenza *van de Bijl*[401], ove si legge che lo Stato ospitante ha il diritto di impedire che la libertà di stabilimento «venga utilizzata dagli interessati allo scopo di sottrarsi alle norme professionali imposte dai suoi cittadini»[402].

Un valido contributo all'indagine sulla rilevanza della tecnica dell'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario è fornito dalla decisione pronunciata dai

---

dalla normativa nazionale, nella specie quelli relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi» (CGCE, sentenza 5 ottobre 1994, cit., punto 21).

399 Per una puntuale rassegna delle questioni trattate dalla Corte di giustizia con riferimento alla libertà di stabilimento, v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 82 ss.

400 CGCE, sentenza 7 febbraio 1979, causa 115/78, *J. Knoors c. Segretario di Stato per gli affari economici*, in Racc., p. 399 ss.

401 CGCE, sentenza 27 settembre 1989, causa 130/88, *C.C. van de Bijl c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, in Racc., p. 3039 ss. Il caso riguardava un cittadino olandese che in possesso di un'attestazione di svolgimento di una pregressa attività professionale in un altro Stato membro si era visto negare l'autorizzazione all'esercizio di siffatta attività. Sul presupposto che l'attestato rilasciato dallo Stato di provenienza del soggetto conteneva una «inesattezza manifesta», la Corte aveva poi affermato la legittimità del diniego dello Stato ospitante (punti 25 e 27).

402 CGCE, sentenza 27 settembre 1989, cit., punto 26. Negli stessi termini si è espressa CGCE, sentenza 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Causa penale contro Marc Gaston Bouchoucha*, in Racc., p. I-3551 ss.; nonché CGCE, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg*, in Racc., p. I-1663 ss., che, in relazione alla pretesa di un cittadino tedesco di avvalersi nel suo Stato del titolo di «Master of Law», ottenuto presso una università della Gran Bretagna, senza richiedere l'autorizzazione prevista da una legge per l'utilizzazione in Germania dei titoli universitari conseguiti all'estero, afferma: «la necessità di tutelare un pubblico non necessariamente competente contro l'impiego abusivo di titoli universitari che non siano stati rilasciati in conformità alle norme emanate a tal fine nello Stato nel cui territorio il titolare del diploma intende avvalersene costituisce un interesse legittimo atto a giustificare una restrizione, ad opera dello Stato membro interessato, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato» (punto 35).

giudici comunitari in merito al noto caso *Centros*[403]. Al riguardo, la Corte, richiamando l'indirizzo seguito in precedenti pronunce, accoglie la categoria dell'abuso del diritto, attribuendo ai giudici nazionali la facoltà di negare la fruizione dei benefici di derivazione comunitaria a quei soggetti che abbiano posto in essere un comportamento obiettivamente fraudolento o abusivo[404], ma, al contempo, nega che la condotta di chi si sottrae volontariamente all'applicazione della più severa normativa nazionale integri per ciò solo un'ipotesi di abuso. La scelta della normativa a cui sottoporre la società è rimessa alla libera determinazione dei fondatori, né il mancato svolgimento di attività commerciali nello Stato di costituzione della società medesima può costituire un indizio sufficiente ai fini del raggiungimento della prova circa l'esistenza di un abuso[405]. Nell'ottica della lotta alle elusioni è tuttavia consentito allo Stato ospitante, come la Corte ha cura di precisare, adottare tanto misure di carattere preventivo quanto misure di carattere repressivo[406].

---

[403] CGCE, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs – og Selskabsstyrelses*, in Racc., p. I-1459 ss. Il caso era scaturito dal rifiuto opposto dalla Direzione Generale del commercio e delle società della Danimarca di procedere alla registrazione di una succursale della società a responsabilità limitata *Centros* avente sede nel Regno Unito. In particolare, la Direzione generale aveva motivato il diniego sul presupposto che la registrazione della succursale costituiva uno strumento funzionale alla elusione della più sfavorevole normativa danese che richiedeva per le società a responsabilità limitata un capitale minimo di 200.000 corone danesi.

[404] CGCE, sentenza 9 marzo 1999, cit., punto 24.

[405] Sulla base di siffatte argomentazioni, la Corte di giustizia afferma la incompatibilità, nel caso concreto, del provvedimento adottato dall'autorità amministrativa con gli artt. 43 e 48 del Trattato. Al riguardo, v. più diffusamente M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 99 ss.

[406] CGCE, sentenza 9 marzo 1999, cit., ove non si esclude che gli Stati ospitanti «possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato» (punto 38 e dispositivo). A conclusioni sostanzialmente analoghe perviene la Corte di giustizia nel caso *Lair*, in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati all'interno della Comunità europea. A tale riguardo, i giudici comunitari, sconfessando quanto previsto dalla normativa tedesca sull'istruzione, che subordinava l'attribuzione di un sussidio per il mantenimento e la formazione universitaria in favore del lavoratore straniero al compimento di un periodo minimo di attività lavorativa, hanno affermato che il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri un trattamento diverso da quello riservato dallo Stato ospitante ai propri cittadini, lasciando però alle autorità nazionali la facoltà di negare la concessione del sussidio laddove sia stato accertato che l'assunzione della qualità di lavoratore subordinato sia stata finalizzata esclusivamente al conseguimento del medesimo sussidio (CGCE, sentenza 21 giugno 1988, causa 39/86, *Silvie Lair c. Universität Hannover*, in Racc., p. 3161 ss.). In materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati, v. anche CGCE, sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, in Racc., p. I-2357 ss., la quale, pur vincolando il datore di lavoro alle risultanze degli

Sotto quest'ultimo profilo, vengono in considerazione due importanti pronunce[407] emesse dai giudici comunitari con riferimento alla particolare situazione in cui versano i cittadini della Bulgaria e della Polonia a seguito dell'approvazione dei due rispettivi Accordi europei di associazione[408]. In tali occasioni, la Corte, pur riconoscendo ai cittadini dei due Stati firmatari la libertà di stabilimento nel territorio degli Stati membri, fa comunque salva la possibilità per lo Stato ospitante di predisporre un sistema di controllo preventivo che subordini il rilascio del permesso di ingresso e di soggiorno al soddisfacimento di condizioni ulteriori rispetto a quelle già previste dagli Accordi di associazione. Diversamente opinando, le disposizioni contenute nei suddetti Accordi si trasformerebbero in un'occasione per i privati di aggirare le leggi nazionali in tema di ingresso e soggiorno[409].

---

accertamenti effettuati dall'ente del luogo di soggiorno del lavoratore in merito allo stato di salute dello stesso, ha asserito che l'efficacia probante dei certificati medici, stabilita dal regolamento CEE n. 574 del 1972 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità europea, «non osta a che il datore di lavoro possa produrre elementi di prova che consentano, eventualmente, al giudice nazionale di accertare la sussistenza di un comportamento abusivo o fraudolento risultante dal fatto che il lavoratore, nonostante dichiari un'inabilità al lavoro comprovata conformemente all'art. 18 del regolamento n. 574/72, non è stato malato» (punto 27). In ambito societario v., in particolare, CGCE, sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Alexandros Kefalas e altri c. Elliniko Dimosio (Stato ellenico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE* (OAE), cit., punto 28, la quale, nel caso di specie, nega la natura abusiva del ricorso formulato ai sensi dell'art. 25 della seconda direttiva societaria (77/91/CEE del 13 dicembre 1976) da taluni azionisti di minoranza avverso le operazioni di aumento del capitale sociale, ma fa salva la possibilità «che il giudice nazionale verifichi, in presenza di indizi gravi e sufficienti, se l'azionista, avvalendosi dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, abbia intentato un'azione di dichiarazione di invalidità dell'aumento di capitale per ottenere a danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo di tale disposizione». Qualifica, invece, come abusivo il ricorso formulato ai sensi del suddetto art. 25 CGCE, 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Dionysios Diamantis c. Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon* AE (OAE), cit. Sull'argomento si rinvia a M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., rispettivamente pp. 90 ss.; 111 ss.; 114 ss.; 143 ss.

[407] CGCE, sentenza 27 settembre 2001, causa C-235/99, *The Queen e Secretary of State for the Home Department*, ex parte: *Eleanora Ivanova Kondova*, ined.; CGCE, sentenza 27 settembre 2001, causa C-63/99, *The Queen e Secretary of State for the Home Department*, ex parte: *Wieslaw Gloszczuk e Elzbieta Gloszczuk*, in *Eur. Legal Forum*, 2001, p. 503. Sul punto, si rinvia a M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 104 ss.

[408] Il primo Accordo è stato concluso ed approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 19 dicembre 1994, in GUCE L 358, del 31 dicembre 1994, p. 1 ss.; il secondo, invece, è stato concluso ed approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 13 dicembre 1993, in GUCE L 348, del 31 dicembre 1993, p. 1 ss.

[409] Sul pericolo di un uso distorto della libertà di circolazione delle merci, v. M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 107 ss. In giurisprudenza, v., in particolare, CGCE, sentenza 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc ed altri c. Sàrl "Au blé vert" ed altri*, in Racc., p. 1 ss., la quale sembra prediligere una concezione soggettiva del fenomeno elusivo.

Spunti interessanti in tema di rilevanza della nozione di frode alla legge sono forniti anche dalla prassi applicativa della Convenzione di Bruxelles del 1968, riguardante la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[410]. La questione ha riguardato principalmente l'art. 5, § 1, conv. cit., ai sensi del quale il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può anche essere citato con riferimento alla materia contrattuale «davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita». In particolare, era stato chiesto alla Corte di giustizia di valutare la conformità a tale disposizione di un accordo formalmente impiegato dalle parti al fine di determinare il luogo dell'adempimento ma sostanzialmente diretto a realizzare una deroga alla giurisdizione. I giudici comunitari, seppur consapevoli dell'esistenza di un indirizzo oramai consolidato secondo cui il luogo dell'adempimento dell'obbligazione può essere determinato anche mediante un accordo tra le parti che non risponda ai rigorosi requisiti formali previsti dall'art. 17 della Convenzione per gli accordi di deroga alla giurisdizione, hanno concluso nel senso della illegittimità dell'accordo, perché diretto a determinare la competenza giurisdizionale avvalendosi della copertura dell'art. 5, § 1, ma in disprezzo dell'art. 17 conv. cit.[411].

Così afferma infatti la Corte: «[…] i libri siano esportati *al solo fine* di reimportarli, *nell'intento di eludere* una legge come quella di cui trattasi nel caso di specie» [il corsivo è dell'autore]. L'indefettibilità dell'elemento psicologico è altresì sostenuta da CGCE, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in Racc., p. I-11569 ss., la quale, in materia di politica agricola comune, ha avuto modo di affermare che ai fini dell'accertamento del carattere elusivo di una determinata operazione è necessario verificare l'esistenza di «un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto», nonché di «un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento».

[410] Sui rapporti tra Convenzione di Bruxelles e diritto comunitario, cfr., in generale, L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I. *Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 52 ss; L.S. ROSSI, *La Convenzione fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Milano, 2000, p. 20 ss. Ad avviso di M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 158, e G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, VII ed., Bari, 2000, p. 78 ss., la Convenzione è una fonte esterna al diritto comunitario propriamente inteso, pur svolgendo una funzione complementare ed integrativa rispetto a questo. Configura invece la Convenzione come parte del diritto comunitario A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 87 ss.

[411] Segnatamente: «benché le parti siano libere di accordarsi su un luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali diverso da quello determinabile in forza della legge vigente per il contratto, senza essere obbligate a rispettare particolari requisiti formali, esse però non possono fissare, in considerazione del sistema introdotto dalla Convenzione, *al solo scopo di* [il corsivo è dell'autore] determinare un foro competente, un luogo di esecuzione del contratto che non presenti nessun collegamento effettivo con la materia del contratto e in cui le

3.1. *Legislazione comunitaria e fenomeno elusivo.*

La consapevolezza del rischio di un aggiramento delle norme nazionali, più volte evidenziato nelle pronunce della Corte di giustizia, trova la sua conferma negli atti normativi comunitari e nei frequenti richiami alla frode in questi contenuti.

Si pensi, in materia creditizia, alle direttive nn. 89/646/CEE[412] e 2000/12/CE[413], le quali riconoscono agli enti autorizzati all'esercizio del credito in un Stato membro la facoltà di operare liberamente, mediante la costituzione di succursali o la libera prestazione di servizi, in tutti gli altri Stati della Comunità, risultando assoggettati alla legislazione del proprio Stato di origine e al controllo delle relative autorità di vigilanza (*home-country control*), ma, al contempo, stabiliscono che «i principi del mutuo riconoscimento e del controllo esercitato dallo Stato membro di origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio intende svolgere la maggior parte delle sue attività»[414].

Un altro settore da cui è possibile desumere la rilevanza della categoria giuridica della frode alla legge nell'ordinamento comunitario è quello fiscale. Si

---

obbligazioni derivanti dal contratto medesimo non potrebbero essere eseguite, sulla base dei termini di quest'ultimo» (CGCE, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft e G (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, in Racc., p. I-911 ss., punto 31). Al contrario, si oppone all'esercizio di una qualsiasi forma di controllo da parte del giudice adito degli obiettivi perseguiti dal contraente che ha predisposto la clausola di proroga della giurisdizione di cui all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles CGCE, sentenza 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*, in Racc., p. I-1597 ss., punto 51, la quale statuisce che «si deve escludere un ulteriore controllo della fondatezza della clausola nonché *dell'obiettivo perseguito* [il corsivo è dell'autore] dalla parte che l'ha inserita e non può essere accordata rilevanza, riguardo alla validità della detta clausola, a norme sostanziali in vigore dinanzi al foro prescelto». Per un'attenta disamina della questione si rinvia a M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 165 s.

[412] Direttiva del Consiglio del 15 dicembre 1989 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifiche alla direttiva 77/780, in GUCE L 386 del 30 dicembre 1989, p. 1 ss.

[413] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa all'accesso all'attività degli anti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 126 del 26 maggio 2000, p. 1 ss.

[414] Considerando 9 della direttiva 2000/12/CE, cit., la quale nell'abrogare la direttiva 89/646/CEE, cit., ne riprende, con alcune modifiche, il considerando 8.

allude, in particolare, all'art. 27 della direttiva n. 77/388/CEE [415](c.d. sesta direttiva IVA), concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, a norma del quale il Consiglio può autorizzare uno Stato membro a mantenere o introdurre misure particolari, in deroga alla direttiva medesima, allo scopo di «evitare talune frodi o evasioni fiscali». L'esigenza di scongiurare l'utilizzo abusivo di agevolazioni fiscali riconosciute da norme comunitarie ha poi indotto il legislatore ad intervenire con apposite previsioni. Va segnalata, in tal senso, la direttiva n. 90/434/CEE[416], relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo e agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, che ha riconosciuto agli stessi Stati il diritto di rifiutare o revocare i benefici fiscali laddove risulti che l'operazione «ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale»[417]. Peraltro, l'art. 11 dir. cit. oltre ad attribuire una riserva di competenza agli Stati membri riconosce agli stessi la possibilità di presumere la natura fraudolenta dell'operazione posta in essere quando questa non si fondi su valide ragioni economiche. Emblematica è altresì la direttiva n. 90/435/CEE[418], concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, con cui si è stabilito che la normativa di armonizzazione non può pregiudicare «l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi»[419].

Di notevole interesse sono i regolamenti adottati dalle istituzioni europee in materia di cooperazione giudiziaria civile. Si segnala il regolamento CE n. 1346/2000[420] relativo alle procedure di insolvenza e, in particolare, il considerando 4 di quest'ultimo, il quale, per quel che qui interessa, identifica la *ratio* ispiratrice della disciplina con la necessità di «dissuadere le parti dal trasferire i beni ed i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica»[421]. In materia di giurisdizione, va poi menzionato il nuovo art. 4 della legge di riforma del diritto internazionale privato, in tema di clausole di deroga alla giurisdizione, il quale afferma che l'operatività della scelta di un foro esclusivo straniero deve essere condizionata «alla verifica che essa è avvenuta *bona fidei* e non già in frode all'operatività di norme di applicazione necessaria della *lex fori*: pertanto, essa dovrà contenere una scelta giustificabile secondo criteri riconducibili alla *ratio* del rapporto

---

[415] Direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, in GUCE L 145 del 31 giugno 1977, p. 1 ss. Sul punto, si rinvia a M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 121 ss.

[416] Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990, in GUCE L 225 del 20 agosto 1990, p. 1 ss. Sull'argomento, cfr. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 124 ss.

[417] Art. 11 direttiva n. 90/434/CEE, cit.

[418] Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990, in GUCE L 225 del 20 agosto 1990, p. 6 ss.

[419] Art. 1, § 2, direttiva n. 90/435/CEE, cit.

[420] Regolamento CE del 29 maggio 2000, in GUCE L del 30 giugno 2000, p. 1 ss.

[421] Cfr. M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 160, nota 264.

contrattuale voluto dalle parti oppure sulla scorta della pratica abitualmente adottata in analoghi rapporti civili e commerciali oppure, ancora, sulla base di specifici e legittimi interessi delle parti»[422].

Il problema della tutela degli interessi finanziari della Comunità europea ha portato all'emanazione del regolamento n. 2988/95/CE[423] il quale, all'art. 4, § 3, detta una disposizione specifica nei confronti degli atti «per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni per ottenere detto vantaggio». La norma prescrive che a tali comportamenti segue il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio. Merita di essere ricordato che dopo l'adozione di tale regolamento, il Trattato di Amserdam, all'art. 280, ha espressamente attribuito alle istituzioni comunitarie le competenze normative ad adottare misure per combattere «la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità»[424].

4. *«Frode» e «abuso» nel diritto privato europeo: autonomia dei due istituti e abuso «elusivo» del diritto.*

L'esame delle più interessanti pronunce della Corte di giustizia e dei principali atti posti in essere dalle istituzioni comunitarie dimostra come le categorie giuridiche della frode alla legge e dell'abuso del diritto non siano sconosciute all'ordinamento dell'Unione europea. Tuttavia, l'utilizzo indiscriminato che i giudici comunitari fanno dei due istituti ed il ricorso agli stessi per la soluzione di situazioni profondamente differenti impongono di verificare la reale portata di tali risultati.

L'indagine svolta testimonia come le nozioni di «abuso» e «frode» assumano nel pensiero della Corte di giustizia accezioni diverse.

La frode nel diritto comunitario viene in considerazione nel suo significato più immediato di «inganno» o «raggiro», laddove il privato, sulla base di una menzogna, invochi l'esistenza di un diritto attribuitogli da una disposizione comunitaria; viene in considerazione quale «artificio», allorché l'interessato crei artatamente i presupposti materiali per l'applicazione di disposizioni comunitarie attributive di situazioni giuridiche di vantaggio; ma, cosa che più stupisce, viene richiamata anche in quelle fattispecie in cui il comportamento

---

[422] Sul punto, cfr. S.M. CARBONE, *Commento all'art. 4*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Commentario a cura di S. BARIATTI, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 918 ss.

[423] Regolamento CE del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità, in GUCE L 23 dicembre 1995, p. 1 ss.

[424] Al riguardo, v., più diffusamente, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., pp. 127 ss. e 139 ss.

malizioso del privato si traduce nella creazione di una situazione «fittizia», finalizzata all'ottenimento di un risultato immeritevole di tutela[425]. Peraltro, la Corte ha fatto ricorso alle tecniche della frode e dell'abuso anche per la risoluzione di casi connotati da un uso distorto del diritto attribuito dalla disposizione comunitaria più che da un problema di ricorso «artificioso» alla norma medesima[426].

Il quadro di riferimento che viene così a delinearsi è caratterizzato da una utilizzazione delle nozioni di «frode» e «abuso» alquanto generica e confusa.

La rigorosa articolazione concettuale dei suddetti istituti sembra saltare; l'uso indistinto della frode alla legge e dell'abuso del diritto, nonchè l'applicazione di tali nozioni a fattispecie connotate dalla creazione di situazioni «fittizie» fanno della frode e dell'abuso dei termini universalmente validi, capaci di racchiudere situazioni fattuali profondamente differenti e tradizionalmente ricondotte a categorie giuridiche distinte. Emblematico è l'atteggiamento della Corte di giustizia, la quale, in più occasioni, ha inquadrato nell'alveo dell'utilizzazione abusiva o fraudolenta delle prerogative comunitarie fattispecie che – essendo caratterizzate dalla creazione di una situazione apparente finalizzata all'invocazione di una posizione giuridica di vantaggio – avrebbe dovuto più coerentemente collocare nell'ambito del rapporto simulatorio[427].

Pur non condividendo appieno le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza europea, che riconduce alle categorie della frode alla legge e dell'abuso del diritto anche le situazioni più correttamente ascrivibili all'istituto della simulazione, non si può non sottolineare come un simile orientamento sia di fatto influenzato dai principi del primato e della uniforme applicazione del diritto comunitario, nonché dal principio di mutua fiducia tra gli Stati membri[428]. La particolare rigidità imposta all'ordinamento comunitario dai suddetti principi si risolve inevitabilmente nella difficoltà di distinguere tra elementi «fittiziamente» creati al fine di poter beneficiare del diritto di

---

[425] Tra le altre, v. CGCE, sentenza 14 dicembre 2000, causa *Emsland-Stärke*, cit.; CGCE sentenza 10 gennaio 1985, causa *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc ed altri c. Sàrl "Au blé vert" ed altri*, cit.; CGCE, sentenza 27 settembre 1989, causa *C.C. van de Bijl c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, cit.

[426] Sul punto, v. CGCE, sentenza 12 maggio 1998, causa *Alexandros Kefalas e altri c. Elliniko Dimosio (Stato ellenico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE* (OAE), cit., sp. p. 203, nota 326.

[427] In dottrina, qualificano la simulazione quale «abuso della funzione negoziale», nel senso di sviamento del negozio dalla sua funzione, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da VASSALLI), Torino, 1952, p. 393 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, 1958, p. 167 s.

[428] Emblematica è, al riguardo, in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati, CGCE, sentenza 2 maggio 1996, causa *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, cit.

derivazione comunitaria ed elementi reali quantunque «artificiosamente» creati[429].

Ciò premesso, conviene ora soffermarsi sul controverso rapporto intercorrente tra frode alla legge e abuso del diritto.

Sul versante interno, la dottrina dominante continua a sostenere, sia pure sulla base di differenti argomentazioni, la necessità di una distinzione concettuale tra le due categorie[430]. Si evidenzia come la frode alla legge trovi il suo fondamento in una espressa disposizione codicistica (art. 1344 c.c.), diversamente dall'abuso del diritto che, al di là di una sporadica previsione in materia di atti emulativi, trova la sua fonte nella complessa elaborazione dottrinale; nonchè come essa vada tenuta distinta dall'abuso anche in ragione del suo diverso modo di atteggiarsi, sostanziandosi nell'impiego dell'autonomia privata per il perseguimento di uno scopo elusivo, laddove, invece, l'abuso consiste nell'esercizio di un diritto in modo non conforme alla disposizione attributiva dello stesso.

Largamente condivisa in dottrina è l'opinione di chi ritiene di non poter estendere la categoria dell'abuso del diritto, propriamente intesa, a fenomeni di abuso della libertà contrattuale o della facoltà dei privati di dare un certo assetto ai propri rapporti giuridici[431]. Non mancano, però, autori altrettanto autorevoli che, muovendo dalle analoghe finalità di contrasto di un utilizzo distorto degli istituti giuridici, annullano la distinzione tra le due categorie della frode e dell'abuso[432]. Intermedia è la posizione di chi qualifica, soprattutto nel campo del diritto internazionale privato, la tecnica della frode alla legge quale

---

[429] La difficoltà per i giudici di superare in maniera disinvolta le apparenze è messa in luce da M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 191. L'a. menziona, a titolo esemplificativo, il caso *Centros*, ove la Corte ha affermato che la mera incorporazione di una società secondo le leggi di uno Stato membro, nel quale peraltro l'ente non svolga alcuna attività economica e mantenga dunque sostanzialmente una «buca delle lettere», costituisce presupposto sufficiente per l'applicazione della normativa comunitaria sullo stabilimento secondario e, presumibilmente, sulla prestazione dei servizi.

[430] Fra gli altri, L. CARRARO, *Valore attuale della massima* fraus omnia corrumpit, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 793 s.; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 67; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 14.

[431] Ma v. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 255 s., il quale osserva: «Se la libertà è (il contenuto di) un diritto soggettivo; e se l'attribuzione di ogni situazione giuridica – ivi compresi i diritti di libertà – procede dalla valutazione di meritevolezza di un interesse da parte dell'ordinamento; allora, anche all'ascrizione di una libertà, come all'ascrizione di ogni altro diritto soggettivo, è sotteso un interesse. Individuato questo interesse, sarà sempre possibile configurare una vicenda di abuso, ove il soggetto si serva della libertà riconosciutagli per il perseguimento di un interesse diverso». Ritiene che l'idea di libertà sia pienamente conciliabile con quella di abuso anche E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 169.

[432] V., al riguardo, B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, 1974, § 199; P. DE VAREILLES-SOMMIËRES, *Fraude à la loi*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz – Répertoire de droit international*, vol. II, Paris, 1998, § 53.

species del più ampio *genus* abuso del diritto, come una sorta di «abuso della norma di conflitto»[433].

L'identità di *ratio* degli istituti della «frode» e dell'«abuso», tuttavia, non pare possa costituire una ragione sufficiente per giustificare il superamento della distinzione concettuale tra gli stessi (sarebbe come dire che la distinzione tra errore, violenza e dolo, attesa l'identità di *ratio*, non ha alcuna ragion d'essere).

Non del tutto decisiva appare poi l'obiezione fondata sulla impossibilità di estendere la categoria dell'abuso del diritto a fenomeni di abuso della libertà contrattuale[434]. Il mantenimento della distinzione concettuale tra frode alla legge e abuso del diritto sembrerebbe trovare piuttosto il suo principale fondamento nella circostanza che l'«abuso» nel suo fisiologico atteggiarsi non richiede la presenza di un elemento che, invece, è indefettibile ai fini della configurazione di un'ipotesi di frode alla legge: l'esercizio di un diritto per qualificarsi abusivo non deve necessariamente risolversi nell'effetto elusivo di una norma imperativa (l'esercizio di un diritto può essere abusivo ma non elusivo, mentre l'esercizio di un diritto con finalità elusive è sempre un esercizio abusivo del diritto medesimo), laddove, invece, un contratto è in frode alla legge in quanto si sostanzia nell'aggiramento della norma medesima[435].

La categoria dell'abuso del diritto ricomprende situazioni che per lo più sono riconducibili ad ipotesi di diretta contrarietà e, dunque, di illiceità[436]; diversamente, il contratto in frode alla legge è per definizione un contratto che non contrasta apertamente e direttamente con le norme imperative. In tal senso, sembrano deporre le formulazioni impiegate dai legislatori di quegli Stati membri che hanno scelto di positivizzare la tecnica dell'abuso del diritto. In tali disposizioni normative è richiesto di frequente che lo sconfinamento dei limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi, dallo scopo sociale o economico del diritto sia «manifesto», avvalorando così la tesi di chi sostiene che gli istituti della frode e dell'abuso vadano tenuti distinti. Il carattere «manifesto» dell'abuso mal si concilia infatti con l'essenza della frode, rivelandosi, invece, compatibile con le fattispecie ascrivibili alla categoria della illiceità. Peraltro, come si è avuto modo di vedere nei capitoli che precedono, la valutazione del carattere abusivo dell'esercizio del diritto è ancorata ai paramentri della buona fede, del buon costume o della finalità socio-

---

[433] Sul punto si rinvia a M. GESTRI, *o.u.c.*, p. 194, note 28 - 29, e agli autori ivi citati.

[434] In tal senso, cfr. C. RESTIVO, *o.l.c.*; E. NAVARRETTA, *o.l.c.*

[435] Del medesimo avviso, C. RESTIVO, *o.c.*, p. 259, ove si legge: «Non ci sembra che sia configurabile un abuso nelle ipotesi di illiceità del contratto (ad esempio, per l'illiceità della causa, *ex* artt. 1343 e 1344 cod. civ.; o per l'illiceità del motivo comune ad entrambe le parti e determinante del consenso *ex* art. 1345 cod. civ.)».

[436] Così anche C. RESTIVO, *o.c.*, p. 298 s., il quale inquadra l'abuso del diritto nella cornice dell'illiceità: «L'atto abusivo è sì riconducibile al *genus* dell'illecito; ma presenta un carattere proprio, che fonda la sua autonomia concettuale e lo costituisce quale *species*».

economica del diritto stesso piuttosto che al perseguimento di un risultato contrario alla finalità della norma imperativa. Del resto, dal punto di vista tecnico-giuridico, non pare configurabile l'elusione di una clausola generale, quale la buona fede.

Nell'ottica europeistica, appare fuorviante il pensiero di chi[437] affonda il superamento della distinzione tra frode alla legge e abuso del diritto nell'utilizzo per così dire fungibile che la giurisprudenza comunitaria fa di tali istituti.

Un simile orientamento rischia di travisare il significato delle parole della Corte, le quali vanno analizzate avendo sempre ben presente il singolo caso di specie. L'uso indiscriminato che la giurisprudenza europea degli ultimi anni ha fatto della frode alla legge e dell'abuso del diritto, lungi dal nascondere la volontà di pervenire ad una totale equiparazione dei due istituti, è in realtà giustificato dalle forti peculiarità che connotano la maggior parte dei casi portati all'attenzione della Corte. Non va trascurato infatti che le situazioni su cui i giudici europei sono stati chiamati a pronunciarsi sono caratterizzate dall'esercizio di un diritto di derivazione comunitaria con finalità elusive dell'applicazione della normativa nazionale. Si tratta, pertanto, di fattispecie particolari che, pur essendo caratterizzate dalla presenza di un effetto elusivo, non sono tuttavia ascrivibili alla categoria della frode così come tradizionalmente intesa. Presupposto indefettibile dei casi trattati dai giudici comunitari è, infatti, l'esistenza di un «diritto» ed in questo senso potrebbe dirsi che le situazioni affrontate dalla Corte sono da inquadrare più nella categoria dell'abuso che in quella della frode. Non è un caso che i giudici comunitari facciano riferimento, in modo pressochè costante, all'assunto secondo cui «i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente dei *diritti* comunitari».

L'esercizio abusivo del diritto di derivazione comunitaria diventa il mezzo impiegato per sottrarsi all'imperio delle più severe leggi interne. Tuttavia, il carattere solo eventuale della finalità elusiva dell'esercizio della situazione giuridica di origine comunitaria impone di mantenere ferma la distinzione tra frode alla legge e abuso del diritto: vi può essere un abuso «elusivo» del diritto (si pensi alla copiosa giurisprudenza comunitaria), che rimane comunque un abuso – per le ragioni che s'è detto – e un abuso «non elusivo», che a maggior ragione un abuso del diritto lo è. In tale ottica, sembra porsi anche lo stesso legislatore comunitario, il quale, come si è avuto modo di osservare, accomuna raramente i due istituti. In definitiva, sembra doversi concludere nel senso che la distinzione tra le categorie dell'abuso e della frode alla legge, nettamente esistente nel quadro di molti ordinamenti interni, debba continuare ad operare anche nell'ottica del diritto comunitario.

---

[437] Di tale avviso M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., p. 196 ss.

SOMMARIO

INTRODUZIONE

Frode alla legge ed esigenze di rivisitazione dell'istituto: ragioni di una ricerca p. 9

CAPITOLO I

Norme imperative, violazione diretta e tecniche rimediali

1. Concetto di norma imperativa e pensiero giuridico. » 17
2. Contratto e violazione diretta di norme imperative. » 19
3. Contratto e violazione diretta di norme penali. » 23
   3.1. Truffa e circonvenzione di incapaci. » 27
   3.2. Usura. » 30
4. Abuso di posizione dominante e violazione diretta di norme imperative con sanzione amministrativa. » 34
5. Contratto e violazione diretta di norme imperative amministrative. » 36
6. Violazione diretta di norme imperative e inserzione automatica di clausole. » 38

CAPITOLO II

Violazione diretta delle norme imperative e frode alla legge nell'esperienza storico-comparatistica

SEZIONE I. *Esperienza storica*

1. Autonomia privata, illiceità e frode alla legge. » 45
2. *Contra legem agere* e *in fraudem legis agere* nel diritto romano e intermedio. » 46

3. Frode alla legge, tecniche ermeneutiche e codificazioni ottocentesche. » 49
4. Frode alla legge e codice civile del 1865. » 55
5. Considerazioni critiche. » 57

SEZIONE II. *Esperienza comparatistica*

1. Frode alla legge e ordinamenti che non recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Francia. » 62
   1.1. Germania. » 65
2. Frode alla legge e ordinamenti che recepiscono sul piano legislativo tale nozione: Spagna e Portogallo. » 73
3. Frode alla legge e ordinamenti di *common law*: Stati Uniti e Gran Bretagna. » 75

CAPITOLO III

Frode alla legge e ordinamento interno: questioni teoriche e applicazioni pratiche

SEZIONE I. *Questioni teoriche*

1. Autonomia privata, contrarietà alle norme imperative e frode alla legge. » 83
2. Contratto fraudolento e natura giuridica della norma elusa. » 89
3. Contratto in frode alla legge e tesi «oggettiva». » 91
   3.1. Tesi «soggettiva». » 95
   3.2. Tesi «intermedia» e criteri di valutazione dell'intento elusivo. » 102
4. Contratto in frode alla legge e frode ai diritti dei terzi. » 104
   4.1. Frode e norme di diritto tributario. » 108
5. Tecniche elusive, simulazione e negozio indiretto. » 113
6. Strumenti di attuazione della frode alla legge. » 116
7. Attività interpretativa e criteri di accertamento delle fattispecie elusive. » 122

SEZIONE II. *Applicazioni pratiche*

1. Libertà contrattuale, frode alle norme imperative e prassi giurisprudenziale. » 127
2. Pratiche elusive e diritto internazionale privato. » 130
3. Ipotesi applicative: contratti di alienazione in garanzia e trasferimento commissorio. » 133
   3.1. Contratti di alienazione in garanzia risolutivamente condizionati all'adempimento del debitore-venditore. » 140
   3.2. *Sale and lease back*. » 148
   3.3. Oggetto della clausola penale e divieto del patto commissorio. » 152
   3.4. Prelazione agraria. » 154
   3.5. Ulteriori ipotesi applicative. » 159
4. Collegamento negoziale e «struttura» delle tecniche elusive. » 165

SEZIONE III. *Autonomia della frode alla legge e prospettive rimediali*

1. Considerazioni critiche e ricostruzione «in positivo» della frode alla legge. » 167
2. Contratto fraudolento e tecniche rimediali. » 175

CAPITOLO IV

Frode alla legge e diritto comune europeo

1. Frode alla legge e abuso del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. » 187
   1.1. Principi generali e ruolo della Corte di giustizia nella creazione di un diritto comune europeo. » 188
2. Tecniche ermeneutiche e abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. » 189
3. Prassi giurisprudenziale comunitaria, abuso del diritto e tecniche fraudolente: principali ipotesi applicative. » 191
   3.1. Legislazione comunitaria e fenomeno elusivo. » 198
4. «Frode» e «abuso» nel diritto privato europeo: autonomia dei due istituti e abuso «elusivo» del diritto. » 200