

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Studi Internazionali
di Diritto ed Etica dei Mercati

Corso di Dottorato di Ricerca in
Diritto internazionale
e diritto interno in materia internazionale
XII CICLO



Tesi di Dottorato in

La frode alla legge nel diritto interno e nel diritto internazionale privato

Coordinatore:

Ch.ma Prof.ssa Maria Cristina Folliero

Tutor:

Ch.mo Prof. Loris Lonardo

Dottoranda:

Dott.ssa Sara Falletta

Anno Accademico 2013/2014

INTRODUZIONE

PROFILI DIACRONICI, COMPLESSITÀ DELLA *FRAUS LEGIS* E ASPETTI SOVRANAZIONALI

CAPITOLO I

FRODE ALLA LEGGE: PROBLEMI DI UN ISTITUTO

1. Autonomia privata e frode alla legge
2. Strumenti di elusione normativa:
 - a) La simulazione
 - b) L'abuso di diritto
 - c) Il negozio indiretto
 - d) Il negozio fiduciario
 - e) La scelta del tipo negoziale
 - f) Il collegamento negoziale
3. L'analogia come strumento di lotta alle elusioni
4. Interpretazione estensiva e corretta qualificazione: ulteriori rimedi contro le elusioni
5. Origini della frode alla legge: teorie a confronto
6. Una definizione di frode alla legge
7. Rivelazione ed individuazione della frode

CAPITOLO II

LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNO: CASI PRATICI E SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI

Premessa

1. La prelazione agraria
2. La frode alla legge nel patto commissorio...
3. ...e nel *sale and lease back*
4. Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda
5. Il lavoro interinale...
6. ...e la trasformazione in contratto di somministrazione di lavoro
7. La frode ai terzi: autonomia della fattispecie?
8. Evasione, elusione e frode al fisco

CAPITOLO III

IPOTESI DI FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: UN DELICATO BILANCIAMENTO TRA RISPETTO DELLE NORME E TUTELA DEI DIRITTI

1. Le norme di diritto internazionale privato: fonti e funzione
2. I *trust* elusivi
3. Immigrazione clandestina ed elusione normativa
4. “Matrimoni di convenienza” e richieste di ricongiungimento familiare in frode alla legge
5. La “maternità surrogata” nell’esperienza comparatistica e l’interesse del minore
6. Casi problematici: scelta della legge applicabile, “*forum shopping*” e “contratto senza legge”
7. La questione dei matrimoni gay: una linea sottile tra diritto ed etica

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

**PROFILI DIACRONICI,
COMPLESSITÀ DELLA *FRAUS LEGIS*
E ASPETTI SOVRANAZIONALI**

“Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem legis vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit”. È con tali parole che si esprimeva Paolo¹, uno dei più famosi giureconsulti romani, sulla cosiddetta “frode alla legge”.

La presente ricerca si è prefissa come finalità, da un lato, quella di analizzare tale figura nelle sue diverse sfaccettature, le definizioni che ne sono state date, le tesi che si sono sviluppate a riguardo, le sue implicazioni e la evoluzione che ne hanno tracciato gli studi dottrinali e giurisprudenziali; dall’altro, quello di studiare i possibili profili della questione non solo da un punto di vista interno, ma anche internazionale, sulla scorta dell’ampia diffusione che la stessa ha avuto anche in ambito non puramente statale².

La frode alla legge è un istituto che, sin da sempre, ha destato l’attenzione degli studiosi di diritto, poiché presenta aspetti parecchio peculiari, che ne hanno giustificato i numerosi approfondimenti.

Anche Jhering, in uno dei suoi scritti³, ha fatto riferimento alla frode alla legge ai tempi dei Romani: «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,

¹ Dig., I, 3, *De legibus*, 29.

² Ciò risulta in maniera emblematica anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea: in un passo della sentenza del 21 febbraio 2002, causa C-255/02, punto 62, si legge, infatti: «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».

³ R. VON. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, pag. 362.

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».

Anche da un primo approccio alla materia, risulta di palmare evidenza la complessità che accompagna il tema della frode alla legge. Esso, infatti, oltre alle numerose problematiche che solleva in relazione a diversi istituti di diritto interno, ha assunto, col passare del tempo, un aspetto sempre più "esterno", che ha contribuito ad arricchirlo di un significativo effetto: la possibilità di una frode alla legge "internazionalprivatistica".

La diacronicità del fenomeno e del relativo concetto ha reso necessaria una sia pur breve ricostruzione storico-comparatistica, al fine di meglio analizzare e disvelare le sue ambiguità, da un punto di vista sia strutturale che funzionale.

Tale analisi risulta tanto più importante se si pensa che la normativa sul tema è assai scarna, se non quasi inesistente, il che giustifica sia il breve *excursus* storico, sia il riferimento ad altri ordinamenti giuridici, la cui comparazione può risultare un utile strumento per meglio comprendere il fenomeno e le sue implicazioni nazionali ed internazionali.

Come anticipato, il fenomeno della *fraus legis* inizia a diffondersi già in epoca romana, avvertendosi sin dagli esordi della nostra cultura legislativa l'esigenza di studiarlo e, conseguentemente, combatterlo. La definizione di Paolo, sopra riportata, evidenzia la differenza tra chi agisce *contra legem*, e chi, invece, agisce *in fraudem legis*: nel primo caso, infatti, si fa ciò che la legge proibisce; nel secondo, fermo restando il rispetto formale della legge, viene surrettiziamente aggirato il divieto contenuto

nella norma⁴. Tuttavia, la frode alla legge veniva semplicemente identificata come una divergenza tra *verba* e *voluntas* o *sententia legis*: ciò che si qualifica come atto in frode alla legge è, cioè, non l'atto che viola direttamente la disposizione normativa, che è contrario alla lettera, ai *verba* della legge, bensì quello che, pur apparendo conforme ad essa, in realtà ne viola il contenuto, la *sententia*. Il fenomeno era, dunque, facilmente risolvibile per il mezzo di una corretta opera ermeneutica, senza che si avvertisse la necessità di creare una apposita norma che lo sanzionasse. Era, cioè, sufficiente una interpretazione che tenesse conto dello "spirito" della norma e delle intenzioni del legislatore.

Dalla metà del XIX secolo, si è avuto un cambiamento di rotta, in quanto gli interpreti, soprattutto in Germania, hanno abbandonato la visione meramente descrittiva della tradizione romana, per accostarsi ad un modo di vedere la frode alla legge più concreto e pragmatico. È in questo periodo che inizia a prendere forma la moderna dottrina sul tema, studiando il fenomeno in una prospettiva differente, che tenesse conto dei concreti effetti che esso ha sui rapporti negoziali, e iniziando ad elaborare una dottrina sostenitrice della necessità di una completa autonomia del problema della frode, anche a livello legislativo.

Ciononostante, l'influenza romana è giunta fino al Legislatore italiano moderno, il quale nel codice civile del 1865 non ha sentito l'esigenza di introdurre un'apposita norma che contemplasse la frode alla legge, negando, così, autonomia a questa figura giuridica.

Conscio dei numerosi problemi che un simile vuoto normativo poteva procurare (e aveva, in concreto, procurato) a livello dei rapporti patrimoniali e non patrimoniali (si pensi alla annosa questione dei matrimoni contratti all'estero, a seguito di divorzio ottenuto in un Paese in

⁴ Per fare un esempio, si pensi al caso della vendita fatta dal marito alla moglie per un prezzo irrisorio: con tale contratto si intendeva non porre in essere una vera compravendita, bensì aggirare indirettamente il divieto di donazioni tra coniugi, legislativamente sancito nei primi anni del Principato. Il negozio così realizzato aveva, pertanto, una causa contraria alla legge.

cui tale pratica era consentita, in spregio alle leggi nazionali di contraria previsione), si è successivamente provveduto ad inserire una norma che esplicitamente contemplasse il fenomeno della frode alla legge. Con una inversione della tendenza fino a quel momento registrata, infatti, il Legislatore del 1942 ha contemplato la figura della frode nel complesso di norme civilistiche, introducendo l'articolo 1344 del codice civile, con il quale si è espressamente preso posizione sul tema, consentendo al Giudice di sanzionare un contratto anche quando questo non violi direttamente alcuna previsione legislativa.

Pur da una succinta esposizione dei passaggi storici che hanno interessato l'approccio al tema, risulta agevole comprendere come la frode alla legge, a discapito della sua portata dirompende e dell'interesse della dottrina, sia stato un fenomeno fortemente trascurato nel corso della storia legislativa: nonostante, infatti, il suo elevato potenziale destabilizzante, in sistemi in cui il rispetto delle norme ha da sempre dovuto combattere – spesso rimanendo sopraffatto – contro spinte di illegalità diffusa, tali da rendere precaria anche la più salda delle costruzioni normative, solo di recente la frode alla legge ha trovato compiuta formulazione normativa, facendo, così, ingresso nel mondo del diritto scritto. E ciò è stato dovuto alla errata considerazione della frode come istituto non scindibile e non autonomo rispetto a quello, più generico, della violazione di legge *ex art. 1343 c.c.*, che ha portato alla conseguente riconduzione dello stesso nell'alveo ora di questioni puramente interpretative, ora della più generica figura della illiceità per contrarietà a norme imperative.

Tutto questo ha comportato un aggravio del compito del Giudice, il quale è chiamato non solo a verificare la validità formale dell'operazione, ma anche la sua liceità sostanziale, dal momento che la prima non esclude aprioristicamente la seconda. Con ciò vuole dirsi che l'utilizzo di uno

strumento normativo lecito, in quanto previsto dal Legislatore quale schema negoziale tipico, non consente di escludere automaticamente la illiceità della operazione posta in essere dalle parti, che potrebbero aver formalmente rispettato il dettato normativo, ma nella sostanza realizzato un risultato contrario a norme imperative, tramite il ricorso a meccanismi fraudolenti⁵.

Torna, quindi, prepotente la distinzione tra il *contra legem agere* e l'*in fraudem legis agere*: se, infatti, in entrambi i casi ciò che viene conseguito è un risultato contrario a norme imperative, questo significa che il punto su cui deve incentrarsi la nostra attenzione va spostato. Non bisogna, cioè, per comprendere tale differenza, guardare agli *effetti*, bensì agli *strumenti*, ai mezzi che le parti hanno utilizzato per perseguire quel determinato scopo. L'indagine va, per tale ragione, condotta non su un piano effettuale, ma strutturale e cioè sindacando come venga effettivamente realizzato un determinato assetto di interessi contrario alla legge, pur nel formale rispetto della stessa.

Diversi sono stati gli approcci al tema da parte della dottrina, che ha guardato al fenomeno prima in un'ottica soggettivistica, considerando essenziale per la configurazione della fattispecie l'intento delle parti di eludere la norma, poi in una prospettiva oggettivistica, ritenendo sufficiente e necessaria la mera elusione della norma, cioè lo scopo effettivamente raggiunto, a prescindere dalla intenzione dei contraenti.

Tuttavia, data la unicità nel nostro ordinamento della norma che prevede la frode alla legge (senza sottacere le ambiguità del suo testo), numerose sono le domande che pone tale tema, come numerose sono le difficoltà che si incontrano non solo nello sforzo di dare una definizione omogenea e generalmente valevole di frode, ma anche di effettivamente

⁵ Non a caso, a riguardo è stato sostenuto che «illiceità dell'affare non postula illiceità del negozio»: G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 68.

comprendere quando ci si trovi di fronte ad una ipotesi di elusione normativa.

A ciò si aggiunga, come accennato, che la frode alla legge non ha una portata esclusivamente nazionale, circoscritta, dunque, al solo diritto interno: sempre più diffuso è, infatti, il fenomeno su scala internazionale, dovuto a una crescente globalizzazione dei mercati e dei suoi strumenti operativi, ma anche a una maggiore apertura degli ordinamenti statali verso altre realtà ordinamentali⁶. La costante “internazionalizzazione” del diritto, la “esternalizzazione” degli stabilimenti produttivi e la sempre maggiore apertura di tutti i settori della vita verso ciò che è all’infuori del mondo nazionale, proiettano sempre più lontano lo sguardo del giurista che voglia approcciarsi ad un tema così delicato, quale è quello della frode alla legge, capace di costituire un ampio bacino di confluenza delle moderne tendenze, sempre più pressanti in questi tempi di crisi, a cercare *escamotages* per eludere la applicazione delle norme cogenti.

Scopo della presente ricerca è, pertanto, constatare come un risultato vietato dalla legge sia raggiunto con operazioni che, sebbene non violino il tenore della norma, contrastano con lo “spirito” della stessa.

A tal fine, necessaria risulta una ricostruzione, sia pur succinta, della dottrina – e della giurisprudenza – sviluppatesi sul tema, per capire come i giuristi si siano differenzialmente approcciati al fenomeno della frode alla legge.

Lo studio sulla frode non può, poi, prescindere da un confronto con altre figure affini, quali la simulazione, il negozio indiretto, quello fiduciario.

Non si possono, inoltre, ignorare alcune fattispecie emblematiche per il loro, supposto o reale, potenziale fraudolento: si pensi, solo per fare qualche esempio, alla annosa questione che ha riguardato l’aggiramento

⁶ Soprattutto a seguito della costituzione della Comunità europea (ora Unione europea), che impone agli operatori nazionali di rivolgere lo sguardo in maniera sempre più costante a realtà esterne a quelle del Paese in cui esercitano le loro funzioni.

del divieto del patto commissorio, al trasferimento di azienda in relazione alla disciplina sul licenziamento collettivo e, in campo internazionale, al *sale and lease back*, al *trust* e alla questione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Interessante risulta, poi, il tema della sanzione applicabile in caso di accertata frode: da un lato, infatti, sembra che la nullità sia la logica conseguenza dell' *in fraudem legis agere*, come risulterebbe dal combinato disposto degli articoli 1344 e 1418 del codice civile; dall'altro, parte della dottrina individua la sanzione della frode nella applicazione della norma che si è tentato di eludere.

Tutto ciò, tenendo in considerazione la portata espansiva della frode alla legge, fenomeno dal respiro sempre più internazionale, che coinvolge non solo le varie branche del diritto interno, ma anche il diritto internazionalprivatistico, ponendo sempre nuove sfide all'interprete del diritto e agli operatori del settore.

CAPITOLO I

FRODE ALLA LEGGE: PROBLEMI DI UN ISTITUTO

1. Autonomia privata e frode alla legge.

Un aspetto della cultura civilistica che è stato oggetto di ampi dibattiti e analisi, ad opera di dottrina e giurisprudenza, riguarda i limiti alla autonomia negoziale dei contraenti.

Il nostro ordinamento prevede una norma di palese favore nei confronti di coloro i quali siano intenzionati a realizzare i propri interessi per il tramite dello strumento contrattuale¹. Immediatamente successiva alla stessa definizione di contratto è, infatti, l'art. 1322 del codice civile, con il quale il Legislatore si è preoccupato di garantire e tutelare la autonomia contrattuale, nel duplice senso della libera determinazione del contenuto del contratto, nei limiti tracciati dalla legge, e della possibilità di avvalersi di strumenti che non trovano nelle norme una compiuta disciplina, i cosiddetti contratti atipici; unico limite, la meritevolezza di tutela degli interessi che le parti intendono realizzare per questa via.

Sullo sfondo di tale quadro, garantistico della più ampia autonomia in campo contrattuale, si è voluto, quindi, da una parte, mettere a disposizione delle parti una vasta gamma di mezzi per il raggiungimento dei propri fini, mediante la predisposizione, tipizzazione e descrizione di numerose fattispecie contrattuali; dall'altra, concedere loro la possibilità di meglio organizzare l'assetto dei propri affari grazie alla loro stessa capacità creativa che, sempre nell'ambito dei principi generali che regolano la materia, può perfino dar luogo a contratti che non trovano nel codice civile compiuta regolamentazione.

Accanto alla scelta del tipo negoziale e alla creazione di vere e proprie nuove figure contrattuali, non va sottaciuta, poi, l'importanza di ulteriori fattori quali clausole, patti aggiunti, elementi accidentali, che consentono uno spettro ancora maggiore di possibilità concesse ai

¹ A patto, beninteso, che si tratti di interessi ritenuti meritevoli di tutela secondo l'ordinamento stesso.

contraenti per meglio regolare i propri interessi. Il contratto può essere, quindi, plasmato dalle parti, in modo da conferirgli la forma più adeguata alle esigenze che, purché meritevoli, di volta in volta, si presentano.

A fronte della ampia varietà di strumenti concessi alle parti contraenti, si pone, però, il problema delle modalità e delle finalità del loro utilizzo. Le parti possono, cioè, compiere le loro scelte avendo di mira una più compiuta realizzazione dei propri interessi e ci troviamo, allora, nell'ambito della liceità dello scopo; ma possono anche servirsi degli strumenti apprestati dall'ordinamento per violarne o eluderne le disposizioni. In buona sostanza, l'autonomia privata può essere esercitata in maniera conforme all'ordinamento, perseguendo scopi da esso non vietati, direttamente o indirettamente, ovvero con il precipuo intento di sottrarsi alla vincolatività giuridica di disposizioni che esse reputano svantaggiose per la realizzazione dell'operazione negoziale. Si pensi alla tipica ipotesi di una compravendita ovvero a quella di un contratto di lavoro autonomo: si tratta, in entrambi i casi, di fattispecie tipiche, dal momento che alla base della relativa disciplina vi sono interessi (rispettivamente, lo scambio di bene contro prezzo e l'autonomia nello svolgimento dell'attività lavorativa) che l'ordinamento ha reputato meritevoli di ricevere tutela giuridica. Se, però, al contratto di vendita viene aggiunto un patto di riscatto, esso può essere surrettiziamente utilizzato al fine di eludere il divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.; come pure può ritenersi elusivo della normativa in materia di lavoro il contratto formalmente qualificato come di lavoro autonomo ma che, in realtà, presenta gli aspetti sostanziali della subordinazione, quando ciò abbia lo scopo di sottrarsi alla più vincolante disciplina del lavoro subordinato.

Per tale ragione, ed in maniera quasi speculare all'art. 1322 che sancisce la libertà di autonomia contrattuale, l'art. 1344 c.c. introduce la figura della "frode alla legge". La norma testualmente recita: «Si reputa

altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa». Dato il tenore letterale della disposizione, è necessaria una breve premessa esegetica, per poter chiarire l'ambito e la portata dell'istituto.

L'articolo 1344 c.c. è sistematicamente collocato immediatamente dopo la disposizione sulla causa illecita, definita tale quando contraria al tritico composto da norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Da tanto deriva l'*incipit* della norma sulla frode: dal momento che la causa può essere illecita solo quando contrasta con uno dei tre elementi sopracitati, essa "si reputa"² tale anche quando mira alla elusione di una norma imperativa. Ed è proprio su tale base che si fonda la distinzione tra illiceità per contrasto e illiceità per frode³.

Proseguendo nell'analisi del testo normativo, si può notare come si faccia menzione solo del contratto. Il Legislatore, cioè, facendo riferimento solamente alle frodi perpetrate attraverso i contratti, ha omesso di considerare tutta una serie di strumenti che possono anch'essi venire adoperati quali mezzi per frodare la legge: si pensi ai meri atti, ai collegamenti negoziali o, ancora, ai collegamenti tra atti e situazioni di fatto⁴. Pertanto, dal momento che le possibilità di elusione sono, nella

² Dal momento che l'art. 1343 c.c. elenca, in maniera tassativa, le ipotesi in cui la causa di un contratto è illecita, per qualificare come tale una causa che si discosti dai parametri succitati, il Legislatore ha utilizzato una formula ("si reputa") che consentisse di mantenere ferma la fondamentale regola della illiceità come derivante dalla contrarietà a norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Che altro non significa che la causa "è" illecita anche in caso di elusione di una norma imperativa; solo che, in questa ipotesi, la contrarietà all'ordinamento ha una diversa origine, data appunto dalla elusione (e non dal contrasto diretto).

³ Tale impostazione è confermata anche da un esame del processo che ha portato alla formazione della norma. Nel primo progetto del codice civile, il testo della disposizione era, infatti, il seguente: «Il contratto è nullo quando, pur avendo di per sé causa lecita, costituisce il mezzo per eludere una norma imperativa o proibitiva». La Relazione al codice civile (n. 614) chiarisce, inoltre, che «la legge reputa che vi sia illiceità quando un contratto, anche di per sé lecito, è stato preordinato al fine di eludere l'applicazione di norme imperative (art. 1344). Opera qui l'illiceità dell'intento pratico comune ad entrambe le parti, che in via più generale è preso in considerazione dall'art. 1345». Nonostante, dunque, la discutibile formulazione della norma, non vi è dubbio che essa sottenda la concezione di causa come funzione economico-sociale del contratto.

⁴ Per le osservazioni sul tema si veda G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008. L'Autore evidenzia come lo strumento elusivo varia a seconda del tipo di norma da eludere. Pertanto, se si tratta di una norma che impone un divieto (ad esempio, uno

realtà pratica, più numerose dell'unica contemplata dall'art. 1344 c.c., l'ambito di applicazione della norma stessa risulta, di conseguenza, più ampio.

Infine, non può sottacersi il fatto che, sulla scorta della previsione normativa e stando al suo tenore letterale, oggetto di frode possono essere esclusivamente le norme imperative. Su questo aspetto, vi sono stati numerosi dibattiti. Alcuni, favorevoli ad una interpretazione estensiva dell'art. 1344 c.c., hanno ritenuto configurabile la frode quando la elusione concerne sia norme proibitive che norme precettive; altri, facendosi portatori della necessità di una interpretazione restrittiva, hanno identificato le norme cui fa riferimento l'art. 1344 c.c. nelle sole norme proibitive, così escludendo la possibilità di frode di norme precettive. Tale ultima impostazione muoverebbe dalla convinzione che la violazione di una norma precettiva darebbe luogo a una ipotesi di inesistenza: se, cioè, una previsione impone un determinato elemento *ad substantiam* e, quindi, per la validità di un atto, la sua assenza comporta l'inesistenza giuridica di quell'atto e non la sua contrarietà alla legge, per l'assenza di un elemento essenziale. Accogliendo, poi, la tradizionale tesi della frode alla legge quale *species* del *contra legem agere*, si conclude per la impossibilità di una frode alle norme precettive. Queste argomentazioni vengono, però, contraddette dalla circostanza che esistono norme precettive strutturate nella forma dell'imperativo categorico. Si pensi, nel diritto di famiglia, agli artt. 143 e segg. c.c. in materia di diritti e doveri nascenti dal matrimonio, la cui inosservanza è sanzionata sia a livello patrimoniale (art. 146 c.c.) che penale (art. 570 c.p.); nonché agli artt. 433 e segg. c.c. in tema di obbligo di prestare gli alimenti; e ancora, in materia di diritto di lavoro, si ricorda

specifico contenuto contrattuale per la locazione), essa può essere elusa mediante il semplice ricorso ad una tipologia contrattuale differente (per esempio, un usufrutto). Se, invece, la norma impone un dato effetto giuridico (si porta ad esempio la successione nei contratti di lavoro in caso di trasferimento di azienda, disciplinata dall'art. 2112 c.c.), per eluderla le parti dovranno ricorrere a strumenti diversi, quali clausole, patti aggiunti, collegamenti negoziali, interposizioni di persona e così via.

l'obbligo per i contratti di lavoro di uniformarsi alle disposizioni del contratto collettivo della relativa categoria e la conseguente sostituzione di diritto delle eventuali clausole difformi (con la unica eccezione nel caso in cui contengano condizioni più favorevoli per i prestatori di lavoro), sancito dall'art. 2077 c.c.

Ne consegue che anche le norme precettive, quando prevedano obblighi e siano, quindi, imperative, possono essere oggetto di frode.

Stesse conclusioni si possono trarre in riferimento a quelle norme che impongono oneri, laddove sia chiara la distinzione tra frode alla legge e contrarietà per violazione diretta: solo, infatti, qualora si neghi autonomia alla figura della frode si può giungere a conclusioni di senso opposto. Infatti, «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»⁵.

Ne consegue che le norme imperative cui fa riferimento l'art. 1344 c.c. sono non solo le norme proibitive e quelle precettive che impongono obblighi, ma anche quelle che pongono oneri⁶.

Premessi questi rapidi cenni sulla struttura normativa, prima di addentrarci nell'analisi vera e propria della frode alla legge e dei casi in cui essa può individuarsi, bisogna, altresì, parlare degli strumenti che le parti

⁵ V. POMPEO, *La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti*, pag. 91.

⁶ Si pensi a tutte quelle norme che non hanno come oggetto il divieto o l'obbligo di un determinato comportamento o risultato, bensì presentano semplicemente degli svantaggi per le parti che intendono contrarre.

Tra gli Autori che ritengono di poter individuare un problema di frode alla legge anche al di fuori ed oltre le norme imperative, G. CRICENTI, op. cit., pag. 8, secondo il quale «un problema giuridicamente rilevante delle elusioni non può che porsi anche rispetto alle norme semplicemente svantaggiose o sfavorevoli, pur se non imperative, quali quelle che impongono oneri, limitazioni, tassazioni, ecc. Il fatto che chiaramente l'art. 1344 c.c. sia riferito ai soli contratti in frode a norme imperative non impedisce di ritenere che anche al di fuori di quell'ambito possa porsi un problema di frode alla legge».

comunemente utilizzano per eludere la legge nonché dei rimedi (spesso coincidenti con i primi) che l'interprete ha a disposizione quando si trova a dover fronteggiare un tentativo di elusione.

La questione impone una trattazione specifica.

2. Strumenti di elusione normativa:

a) La simulazione.

Quando si parla di frode alla legge inevitabile risulta l'accostamento alla figura della simulazione contrattuale. La comparazione è data dal fatto che, per il tramite di quest'ultimo strumento, le parti possono giungere a violare la legge, quando con il contratto dissimulato mirino a conseguire finalità illecite.

Già nel Digesto viene presa in esame quest'annosa questione, con particolare riferimento alle ipotesi di messa in scena di un divorzio fittizio⁷, o allo scopo di eludere il divieto di donazioni tra coniugi stessi ovvero per aggirare le regole in tema di restituzione della dote o, ancora, per frodare i creditori⁸.

⁷In Dig., 24.6.1, si legge: «*vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra*».

⁸M. SANTINI-M. MARTINO, *I contratti della crisi coniugale e la simulazione*, www.diritto.it, che hanno trattato il tema con riferimento a una pronuncia della Corte di Cassazione, la n. 17607 del 20 novembre 2003, con la quale si è ritenuta inammissibile l'eccezione di simulazione in relazione allo scioglimento del vincolo del matrimonio civile, originato da una separazione consensuale intervenuta tra i coniugi unicamente a fini fiscali, sulla scorta della considerazione che la separazione ha la propria ed unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del Tribunale, essendo la successiva omologazione diretta solamente ad attribuire efficacia dall'esterno all'accordo di separazione. Con le parole dei Giudici di legittimità, è «logicamente insostenibile che i coniugi possano con detto accordo [simulatorio] la condizione di separati ed al tempo stesso volere l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione: l'antinomia tra tali determinazioni non può trovare altra composizione che nel considerare l'iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione». Va, dunque, distinta la simulazione *della* separazione dalla simulazione *nella* separazione, che concerne esclusivamente un accordo inserito nel più ampio contesto delle

Come è noto, la simulazione, la cui disciplina è contemplata dagli artt. 1414 e segg. c.c., è l'istituto giuridico attraverso il quale due soggetti danno vita ad un contratto (o, in generale, ad un negozio giuridico) cosiddetto apparente, con l'accordo che il medesimo non produca alcun effetto tra le parti e con la precipua finalità di poterlo invocare nei confronti dei terzi.

La frode alla legge, d'altro canto, risulta spesso caratterizzata da una divergenza tra ciò che appare e ciò che realmente è la sostanza del rapporto. Dinanzi a una simile situazione, la giurisprudenza tende a qualificare tale divergenza tra forma e sostanza non come frode alla legge, bensì come simulazione relativa⁹.

In particolare, quando le parti utilizzano un negozio lecito per mascherarne uno illecito, usando lo schema della simulazione relativa, si parla di "simulazione fraudolenta"¹⁰. In questo caso, in realtà, dal momento che, eliminando il contratto apparente, quello dissimulato è illecito, l'operazione risulterà senza dubbio *contra legem* e non *in fraudem legis*: il contratto che regola effettivamente i rapporti tra le parti è, infatti, direttamente contrario alla legge, che non viene elusa, bensì direttamente violata per il tramite del negozio dissimulato. La simulazione qui non è, dunque, uno strumento per eludere, bensì per occultare la violazione di una norma¹¹.

È possibile anche che le parti intendano occultare non un contratto illecito, bensì uno più sfavorevole di quello apparente¹².

condizioni concordate ex art. 158 c.c. ed oggetto di omologa da parte del Tribunale. Si veda anche G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale*, nota a Cass. 5 marzo 2001, n. 3149.

⁹ Ovvero come uso indiretto del negozio.

¹⁰ Si fa l'ipotesi della donazione di beni futuri, vietata dal codice civile all'art. 771, dissimulata da un contratto di vendita di cose future, lecito e disciplinato all'art. 1472 c.c.

¹¹ In questo senso, tra gli altri, F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pag. 70; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1938, pag. 54; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1961, pag. 650; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 589. *Contra*: G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909, pag. 44 e segg.; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, pag. 179.

¹² Si pensi a un contratto di comodato o usufrutto di immobile urbano che ne occultata uno di locazione: in questo caso, il contratto dissimulato (locazione) non è illecito, ma è illecita la sua

Dal momento, poi, che la figura della simulazione viene, come anticipato, spesso utilizzata dagli interpreti al fine di qualificare una situazione in cui ciò che appare essere non coincide con ciò che le parti realmente vogliono, la giurisprudenza ha individuato una serie di indici in grado di dimostrare la presenza di una simulazione. Elaborati, in particolare, per quanto riguarda le alienazioni in garanzia elusive del divieto del patto commissorio, essi sono, ad esempio: a) la irrisorietà del prezzo di scambio; b) il mantenimento del godimento del bene da parte del preteso venditore; c) la preesistenza di un debito del venditore nei confronti dell'acquirente; d) la mancata trascrizione del contratto. In presenza di questi indici sintomatici, il Giudice è portato a ritenere l'esistenza di un accordo simulatorio, soluzione che risulta anche maggiormente garantista in caso di necessità di tutelare soggetti terzi.

Nonostante le apparenti similitudini che potrebbero *prima facie* riscontrarsi tra gli istituti in questione, poiché entrambi possono essere utilizzati dalle parti per perseguire scopi diversi da quelli che appaiono ad una analisi superficiale, da sempre gli autori ne hanno posto in evidenza le differenze. Alcuni, partendo dal presupposto che possa parlarsi di frode alla legge solo qualora l'ordinamento di riferimento distingua tra regole e principi, *verba e sententia*, sostengono che la differenza consisterebbe in ciò: e cioè che mentre scopo del negozio simulato è quello di perseguire un risultato proibito dall'ordinamento, con la frode viene violato non il contenuto della norma, bensì un principio dell'ordinamento¹³.

simulazione, dal momento che viene utilizzata al fine di sottrarsi alle norme più vincolanti sulla locazione. Si vedano Cass., 8 ottobre 2004, n. 20075 e Cass., 21 luglio 2006, n. 16759, le quali però parlano di simulazione fraudolenta, ritenendo illecito l'accordo simulatorio.

¹³ Si tratta degli autori spagnoli M. ATIENZA-J.R. RUIZ MANERO, *Illicitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, traduzione italiana, *Illeciti atipici*, Bologna, Il Mulino, 2004, pag. 73, nota 1, i quali segnatamente sostengono che «con l'atto simulato si tenta, dunque, di ottenere qualcosa che in linea di principio è proibito. La differenza con la frode si trova nel fatto che l'atto simulato non viola il contenuto della norma (non viola il principio; non è, pertanto, proibito dal diritto, considerato in tutta la sua estensione) così che si permette che produca gli effetti voluti dal suo autore».

Altri hanno correttamente posto in evidenza che mentre l'accordo fraudatorio non è riconosciuto, ma disconosciuto dall'ordinamento giuridico, che lo sanziona con la nullità, l'accordo simulatorio è, al contrario, ammesso dalla legge quale strumento valido ed efficace per il raggiungimento degli interessi delle parti che pongono in essere una situazione negoziale apparente¹⁴.

Il negozio fraudolento, poi, si caratterizza per l'unicità della dichiarazione negoziale, laddove, al contrario, la simulazione implica un dualismo tra voluto e dichiarato¹⁵. Conseguenza di ciò è, pertanto, anche la circostanza secondo cui la simulazione prevede l'esistenza di un negozio, quello simulato, alle cui conseguenze giuridiche le parti non intendono sottostare, laddove, invece, la frode presuppone l'esistenza di un regolamento di interessi che le parti vogliono realmente realizzare per il

¹⁴ Si veda S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951. Illuminante, al riguardo, è il contributo di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa, Napoli, ESI, 1994, secondo cui «la simulazione può servire a coprire una illiceità ed esser adibita a scopo di frode: sia frode alla legge, sia frode a danno di altri privati, quali i creditori di chi compie il negozio, o altri che avrebbero eventualmente diritto verso di lui. Ma, a prescindere dal rilievo che vi può essere simulazione senza frode e, viceversa, frode senza simulazione, basterà qui osservare che si tratta di due qualifiche eterogenee, dipendenti da due profili diversi, sotto i quali il negozio può esser considerato. La frode, e in genere, la illiceità, esprime una qualifica dell'interesse che determina in concreto la conclusione del negozio, valutato in connessione con la causa tipica. La simulazione, per contro, esprime semplicemente una divergenza o una ripugnanza fra quell'interesse e la causa». E ancora, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1997, sostiene che il negozio in frode alla legge e il negozio simulato sono non solo figure diverse, ma anche incompatibili, dal momento che il primo è vero, il secondo fittizio. Al contrario, il negozio dissimulato, essendo vero, può essere illecito o fraudolento.

¹⁵ Dualismo che costituisce il tratto distintivo della simulazione. Cfr. Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1523, secondo cui «il contratto in frode alla legge si caratterizza per l'unicità della dichiarazione negoziale diretta alla realizzazione di una particolare finalità antiggiuridica e per questo si distingue sia dalla simulazione, in generale, sia dalla simulazione relativa fraudolenta, in particolare. Quest'ultima, infatti, implica la divergenza tra dichiarazione manifestata e dichiarazione voluta e, quindi, l'esistenza di due negozi giuridici (il simulato ed il dissimulato) al fine di eludere norme imperative (cfr. Cass. 2 marzo 1988, n. 2224; 5 novembre 1983, n. 6549). [...] la caratteristica del contratto in frode alla legge, di cui all'art. 1344 c.c., sta nel fatto che gli stipulanti riescano a raggiungere, attraverso una complessa intesa contrattuale, il medesimo risultato vietato dalla legge, con la conseguenza che, benché il mezzo impiegato dalle parti debba considerarsi lecito, illecito è il risultato che attraverso l'abuso di quel mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare.».

perseguimento dei loro interessi, ponendo, quindi, in essere un negozio effettivamente voluto¹⁶.

Nonostante le summenzionate divergenze, si è ritenuto da alcuni che la simulazione possa essere utilizzata quale mezzo per frodare la legge¹⁷.

Tuttavia, è stato per contro evidenziato come, tutt'al più, la simulazione possa essere adoperata per mascherare la violazione della norma imperativa, piuttosto che per eluderne l'applicazione¹⁸. Pertanto, anche se per il tramite di contratti simulati le parti abbiano lo scopo di evitare l'applicazione di una norma giuridica, tale operazione andrebbe più correttamente qualificata come violazione diretta della norma, ad opera del contratto dissimulato¹⁹. Se, infatti, come è vero, con la simulazione le parti intendono regolare il rapporto interno in maniera del tutto difforme rispetto a quanto viene manifestato ai terzi (simulazione assoluta) ovvero fanno apparire all'esterno, mediante il contratto dissimulato, una volontà diversa da quella reale ed esternata nel contratto simulato (simulazione relativa), il negozio dissimulato sarà allora direttamente contrario a norme imperative. Essendo il negozio dissimulato ciò che rimane una volta scoperto il contratto simulato, esso non è, dunque, *in fraudem legis*, bensì *contra legem*²⁰.

L'istituto della frode alla legge differisce dai casi di simulazione anche perché, mentre in quest'ultima ipotesi il risultato è invalido, in quanto proibito dalla legge, nella prima il risultato è costitutivamente valido, ma in

¹⁶ Si esprime in tal senso O. BÄHR, *Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte*, in *Entscheidungen des Reichsgericht mit Besprechung*, München, Leipzig, 1883.

¹⁷ Si veda, a riguardo, F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*. Successivamente, tra gli altri, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit. Per un contributo recente, cfr. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 44, secondo cui, se è vero che la simulazione può essere utilizzata quale strumento per mascherare una frode alla legge, ciò non implica che il contratto simulato sia, di per sé stesso, un contratto *in fraudem legis*.

¹⁸ Così G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁹ Cfr. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 43.

²⁰ Come acutamente osservato, il problema si sposterà, pertanto, sul piano della prova del contratto dissimulato, che, nel caso in cui dovesse risultare vietato dalla legge, andrebbe correttamente qualificato come *contra legem* e, dunque, illecito. Cfr. S. NARDI, op. cit., pag. 43, nota n. 133, il quale richiama a sua volta U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969.

seguito annullato a causa del suo collegamento con un'altra situazione di fatto proibita per ragioni di principio.

La frode si distingue sia dalla simulazione assoluta, che da quella relativa: dalla prima, in quanto le parti vogliono un negozio totalmente diverso rispetto a quello che appare ai terzi (negozio, in realtà, inesistente, in quanto non sorretto dalla volontà delle parti, e che esse non vogliono produca alcun effetto giuridico)²¹, mentre il negozio in frode alla legge è effettivamente voluto; dalla seconda, in quanto, se la simulazione relativa mira a creare una apparenza diversa dalla realtà, con il negozio in frode alla legge apparenza e realtà coincidono, dal momento che il negozio fraudolento è realmente voluto quanto alla sostanza e agli effetti.

In definitiva, risulta ampiamente giustificata l'opinione secondo cui frode alla legge e simulazione operano in due direzioni differenti. Pur, infatti, potendo entrambe dar luogo a una violazione di legge, la prima la attua in modo indiretto, eludendo la legge, la seconda in modo diretto, anche se celata dal negozio simulato. E ancora, la simulazione presuppone una controdichiarazione delle parti, laddove la frode prescinde da una simile volontà.

Non vanno, infine, sottaciute le divergenze esistenti dal punto di vista sanzionatorio: come previsto dall'art. 1344 c.c., la frode alla legge ha come conseguenza la nullità del contratto; viceversa, alla simulazione consegue il regime differenziato previsto dagli artt. 1414 e segg. c.c.²².

²¹ La mancanza di consenso, che caratterizza il negozio simulato e che ne causa la nullità, è emblematicamente espressa da Baldo, secondo cui il negozio simulato è «*sicut corpus sine spiritu, quia consensus est remotus*».

²² Qualora si tratti di simulazione assoluta, il contratto è considerato inefficace, ossia totalmente improduttivo di effetti. L'accordo dissimulato, invece, se provvisto dei necessari requisiti di forma e di sostanza richiesti per quel tipo di negozio, può divenire efficace per il diritto.

b) L'abuso di diritto.

Altra conseguenza che parte della dottrina riconnette alla scelta della tipologia contrattuale è l'abuso del tipo negoziale²³. Con tale espressione si intende un utilizzo distorto del tipo negoziale, che viene scelto dalle parti per perseguire fini diversi da quelli ad esso astrattamente assegnati dal Legislatore, in modo da provocarne una alterazione funzionale.

L'abuso di diritto consiste, più dettagliatamente, in un esercizio del potere non conforme alla *ratio* per cui è stato posto, che si manifesta in un uso non giustificato di regole giuridiche, in violazione del principio generale di buona fede. Esso si concreta in un limite esterno posto al diritto soggettivo, altrimenti tendenzialmente pieno e assoluto. "Abusa", in altre parole, del proprio diritto chi lo esercita in una maniera anormale e che esula dagli scopi per i quali il diritto medesimo è riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico. Con le parole della Consulta²⁴, l'abuso del diritto «delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore».

Nonostante il nostro codice non contempli una norma che sanziona, in via astratta, tale figura, l'abuso del diritto è stato riconosciuto quale principio generale dell'ordinamento²⁵.

²³ L'aspetto è ben trattato da G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1992.

²⁴ Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, per cui vedi nota successiva.

²⁵ La tesi è ormai condivisa e fatta propria anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, prendendo posizione sulla dibattuta questione della qualifica da riconoscere all'abuso di diritto, quale istituto ispirato al principio "*qui iure suo utitur neminem laedit*" o principio generale dell'ordinamento, ha mostrato di aderire a quest'ultima ricostruzione dottrinale. Si veda, a riguardo, Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, che così si esprime: «Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto

Se, ad una analisi superficiale, le azioni abusive sono permesse, esse risultano, considerati tutti gli elementi del caso specifico, proibite, dal momento che incidono negativamente su situazioni soggettive facenti capo a persone diverse dall'agente. Pur se, quindi, una regola permissiva esiste, ciononostante il comportamento si rivela abusivo quando, alla luce di tutti gli elementi che contraddistinguono l'ipotesi concreta, l'ambito di applicabilità della regola subisce una restrizione, richiesta dai principi che determinano l'ambito giustificativo della regola stessa. Si può dire che, in una simile ipotesi, si è in presenza di una "lacuna assiologica a livello delle regole"²⁶: le regole risolvono il caso, ma non considerano un determinato aspetto che, nella circostanza concreta, si rivela, in realtà, essenziale per la risoluzione del caso stesso.

Numerose risultano le analogie tra abuso di diritto e frode alla legge. Dal punto di vista strutturale, sia l'uno che l'altra prevedono un'analisi fondata su due "momenti"²⁷: *prima facie*, infatti, essi appaiono rispondenti alle norme imperative dell'ordinamento di riferimento; in realtà risultano, però, vietate a seguito di un esame che consideri tutte le circostanze del

ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata».

²⁶ L'espressione è utilizzata da M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illicitos Atípicos*, op. cit., pag. 64, intendendo con essa che i casi di abuso del diritto vengono risolti dal sistema permissivamente, senza, però, ritenere rilevante una proprietà che, nella ipotesi concreta, dovrebbe essere presa in considerazione per la sua risoluzione. Essi definiscono, pertanto, la figura dell'abuso di diritto come «un meccanismo di autocorrezione di diritto, ossia di correzione dell'ambito delle regole giuridiche permissive che hanno come destinatario il titolare di un certo diritto soggettivo in quanto tale, quando l'applicabilità delle stesse si estende a casi in cui la sua applicazione risulta ingiustificata alla luce dei principi giuridici che determinano l'ambito giustificato delle regole».

²⁷ Parlano, al riguardo, di «struttura normativa a due livelli» M. ATIENZA-J.R. MANERO, *ibid.*, pag. 61.

caso concreto, gli effetti dell'operazione negoziale e, eventualmente, i negozi agli stessi correlati.

Se si guarda, poi, allo scopo per il quale sono posti in essere, entrambi gli istituti vengono adoperati dalle parti per meglio perseguire i loro interessi, ovverosia per rendere i mezzi forniti dall'ordinamento giuridico più rispondenti alle loro esigenze. Essi, pertanto, presuppongono, utilizzando l'espressione prima menzionata, una lacuna assiologica a livello delle regole. Ne consegue, quindi, che sia la frode alla legge che l'abuso di diritto non risultano violativi di una regola, bensì di uno o più principi.

Una tesi non isolata ritiene che l'abuso del diritto sia un aspetto della frode alla legge, nella quale sarebbe ricompreso quale sua potenziale espressione²⁸.

Tuttavia, evidenti sono anche le differenze.

In primo luogo, con l'abuso di diritto si pone in essere un comportamento permesso dall'ordinamento giuridico che, solo successivamente, ed in quanto incidente negativamente su altre situazioni giuridiche, viene ritenuto illecito; la frode alla legge, al contrario, consiste in un comportamento solo apparentemente lecito, il quale, a seguito di un'attenta analisi delle circostanze del caso concreto, è in realtà proibito dal diritto. L'atto fraudolento si serve di norme giuridiche per ottenere, per mezzo di esse, finalità non previste dal diritto.

L'abuso di diritto, poi, ha, alla propria base, una situazione riconosciuta e tutelata dall'ordinamento, la quale però, nel confronto con

²⁸ La tesi è sostenuta da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., ristampa corretta, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, 2, Torino, pag. 174 e segg., il quale identifica la frode alla legge nell'"abuso del tipo contrattuale". Dello stesso avviso è G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., spec. pag. 96 e segg., 165 e segg. Secondo F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, pag. 717 e segg., «la frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. presenta, in effetti, molti punti di contatto con l'abuso del diritto, tanto da doversi ritenere una sua manifestazione sintomatica. La norma, infatti, essendo diretta a non consentire alle parti di perseguire un fine illecito mediante la conclusione di un contratto di per sé lecito, si può ben dire che vieti l'abuso (del diritto di determinare il contenuto) del contratto». *Contra*, U. BRECCIA, *Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999, pag. 262 e segg., che reputa riduttiva l'identificazione della frode alla legge con l'abuso del tipo contrattuale.

altre situazioni, risulta lesiva delle posizioni di terzi e deve essere conseguentemente “ridotta”; la frode alla legge consiste in una violazione indiretta della legge: una condotta apparentemente conforme ad una norma (c.d. “norma di copertura”) produce, tuttavia, un risultato contrario ad un’altra o ad altre norme o all’ordinamento giuridico nel suo complesso (“norma oggetto di frode”).

E ancora: conseguenza dell’abuso di diritto è che un altro o altri soggetti soffrono un danno e non esiste una norma regolativa che proibisca di causarlo; come conseguenza di un atto in frode alla legge si produce un determinato stato di fatto che, secondo il bilanciamento tra principi, produce una situazione proibita dall’ordinamento.

Infine, l’abuso concerne diritti soggettivi e si verifica quando vengono coinvolti interessi di soggetti diversi da quelli dei contraenti che, risultano ingiustificatamente compressi alla luce della ragione del titolo per cui si agisce; la frode, invece, ha ad oggetto ipotesi di uso di un potere normativamente attribuito: attraverso di esso, si pone in essere un comportamento apparentemente lecito, ma che, in realtà, travalica i limiti giustificativi del potere stesso²⁹.

La distinzione tra i due istituti, secondo alcuni³⁰, poggerebbe su questo: nel caso della frode alla legge, i contraenti strumentalizzano il tipo, adattandolo ai loro interessi e servendosene per scopi non coincidenti con la *ratio* giuridica per la quale è stato creato. Nonostante possa apparentemente sembrare accettabile, si è obiettato come questa concezione della frode alla legge presuppone una identificazione del tipo con la causa, di derivazione bettiana, che è chiaramente e pacificamente

²⁹ Su quest’ultimo punto, cfr. M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illicitos Atípicos*, op. cit., pagg. 93-94.

³⁰ La teoria risale a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa, Napoli, ESI, 1994, seguito da G. PALERMO, *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970; di recente anche U. BRECCIA, *Frode alla legge*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 1999, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003 e S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006.

superata: conseguenza di questa teoria è, infatti, la inammissibilità della illiceità di un tipo contrattuale, in quanto, poiché creato dal Legislatore, esso non potrebbe che avere causa lecita. Però, secondo i sostenitori della tesi dell'abuso negoziale, questa circostanza consentirebbe comunque alle parti di utilizzare il tipo per fini illeciti, appunto abusandone. Risulta, tuttavia, ormai evidente la ragione per la quale appare inammissibile un appiattimento del tipo sulla causa e viceversa. Al "tipo" si ricollega una funzione che potremmo definire astratta e generale, in quanto in esso cristallizzata ad opera del Legislatore (la c.d. funzione economico-sociale); la "causa", al contrario, è lo scopo pratico e concreto che le parti intendono perseguire mediante quel determinato contratto (la c.d. funzione economico-individuale). Secondo questa ricostruzione, dunque, tipo e causa non sono che due facce della stessa medaglia, essendo entrambi elementi della fattispecie negoziale.

Pertanto, dal momento che causa e tipo non si identificano, questo significa che la loro mancata coincidenza non implica necessariamente una frode alla legge, ben potendo darsi che la divergenza sia funzionale alla creazione di una fattispecie negoziale atipica e, quindi, meritevole di tutela.

c) Il negozio indiretto.

Altro mezzo attraverso cui le parti possono raggiungere finalità vietate dall'ordinamento è il c.d. negozio indiretto. Con tale locuzione si intende richiamare la fruizione di uno schema contrattuale per perseguire finalità ulteriori rispetto a quelle tipiche ad esso assegnate³¹. Ciò attraverso

³¹ Sul negozio indiretto si vedano, tra gli altri, D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937; A. AURICCHIO, voce *Negozio indiretto*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965; M. DI PAOLO, voce *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995. Non va sottaciuto, però, che parte della dottrina ritiene non configurabile il negozio indiretto (vedi nota 34): in questo caso, infatti, si darebbe valore a volontà delle parti che dovrebbero rimanere a livello di meri motivi,

l'apposizione di determinate clausole o patti accessori oppure grazie a una combinazione di diversi atti, nel qual caso si parlerà di procedimento indiretto. Si prenda ad esempio il caso di chi, al fine di evitare di utilizzare il contratto di vendita per alienare un bene, conferisce un mandato irrevocabile, senza obbligo di rendiconto, ad amministrare il bene stesso: l'effetto economico che si produce è lo stesso della compravendita, ad esclusione, però, degli effetti reali³².

Per meglio definirlo, si è detto che la figura del negozio indiretto è caratterizzata da un'eccedenza dello scopo rispetto al mezzo: la finalità pratica perseguita dai contraenti, cioè, va al di là della causa tipica dell'atto³³. Lo scopo ulteriore (rispetto a quello tipizzato), c.d. mediato, rimane, però, confinato nell'ambito dei motivi personali, risultando così irrilevante per il diritto. Ciononostante, la circostanza che lo scopo ulteriore e indiretto – in quanto non rispondente a quello previsto dal Legislatore – sia la ragione che ha spinto le parti a contrarre, non implica una assenza di volontà in relazione al negozio stesso, anche se solo come mezzo per conseguire il risultato voluto³⁴.

finendo, così, per attribuire rilevanza all'interno volere delle parti (che, come sappiamo, risulta irrilevante ex art. 1345 c.c., salvo che sia comune ed illecito). L'ordinaria irrilevanza dei motivi, la cui eventuale efficacia invalidante si esplica soltanto in relazione al perseguimento di scopi contrari alla legge, è stata ribadita dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 2209 del 2008.

³² O, ancora, il caso di chi, al fine di creare artificialmente una separazione del proprio patrimonio per rendere parte dei propri beni immune ad eventuali azioni dei creditori, costituisca una o più società di capitali (si ricordi che, ai sensi degli artt. 2328 e 2463 c.c., è possibile costituire una s.p.a. o una s.r.l. anche unipersonale).

³³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1997, pag. 182. E ancora, secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 458, tale figura consiste nell'utilizzo di una fattispecie negoziale per il perseguimento di un risultato che non corrisponde alla causa tipica di esso.

³⁴ R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 11, che riprende D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937.

Non va, tuttavia, sottaciuto che, proprio per la irrilevanza dello scopo ulteriore, qualificato come motivo, parte della dottrina ha escluso che il negozio indiretto sia una figura giuridica autonoma: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, II ed., Milano, Giuffrè, 2002; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, ESI, 1992.

Quando il fine ulteriore è illecito, si avrà una elusione normativa e, pertanto, il negozio indiretto servirà quale strumento di frode alla legge³⁵. È il caso del debitore esecutato che, eludendo il divieto di fare offerta di acquisto senza incanto (art. 571 c.p.c.) o di partecipare all'incanto (art. 579 c.p.c.), conferisca a un soggetto mandato a fare offerte o a partecipare in nome proprio all'asta, rendendosi aggiudicatario e destinatario degli effetti del trasferimento, salvo poi retrocedere al debitore/mandante il bene così acquistato. La funzione che, praticamente, il soggetto intende perseguire (l'acquisto di beni, precluso al debitore soggetto a procedura esecutiva) non corrisponde a quella astrattamente cristallizzata nella causa assegnata al tipo di negozio utilizzato (consentire il conferimento di poteri rappresentativi, vincolando il mandatario a compiere un incarico nell'interesse del mandante) o, come nel caso di specie, viene piegata a finalità illecite. Si ha, dunque, una divergenza tra causa in astratto assegnata al tipo negoziale e causa in concreto perseguita dalle parti³⁶.

Quando tale divergenza causale cela una elusione di norme dell'ordinamento, si è, come visto, di fronte ad una ipotesi di frode alla legge³⁷.

Alcuni Autori³⁸ inseriscono il contratto di frode alla legge proprio nell'alveo di quello indiretto, ritenendo che tra gli stessi sussista un rapporto di *genus a species*. Da questa prospettiva, la questione della frode andrebbe più correttamente inquadrata in un problema di interpretazione:

³⁵ Alcuni, come vedremo di qui a breve, ritengono che il contratto in frode alla legge sia *species* del *genus* contratto indiretto. Per tali considerazioni si veda M. CARUSO, *Il Contratto in generale nell'attività negoziale. Casi, questioni e tecniche argomentative tra diritto nazionale ed internazionale*, Singulab, 2013.

³⁶ Stesso discorso vale per l'alienazione in garanzia: essa non è altro che l'utilizzo dello schema causale della vendita, col comune intento concreto dei contraenti di costituire una garanzia reale. La causa del contratto di vendita viene piegata ad uno scopo pratico (causa in concreto – garanzia) divergente rispetto a quello (causa in astratto – scambio) assegnato al tipo negoziale.

³⁷ Ovvero, di fronte ad una ipotesi di illiceità della causa (in concreto) per contrarietà diretta a norma imperativa.

³⁸ Così, tra gli altri, F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Società editrice libraria, Milano, 1909, pag. 71; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali, Studi per Vivante*, I, Roma, 1931; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, cit., pag. 119 e segg.

le parti, la cui condotta fraudolenta si concreta nel mascherare la reale sostanza economica dell'affare dietro la tipicità negoziale, fanno affidamento su una analisi formale compiuta dal Giudice, piuttosto che su una sua interpretazione restrittiva e letterale della norma imperativa. Il comportamento fraudolento consisterebbe, dunque, nell'adozione di un negozio tipico, ma strumentalizzato al raggiungimento di finalità illecite, circostanza riscontrabile solo grazie ad una attenta ricostruzione del caso concreto; proprio questa caratteristica consentirebbe l'accostamento alla figura del negozio indiretto, caratterizzato dalla deviazione tra causa tipica attribuita al negozio codificato e causa in concreto perseguita dalle parti³⁹.

Viene fatta rientrare nell'ipotesi di negozio indiretto in frode alla legge il caso di un contratto di vendita stipulato dal debitore/alienante a garanzia del proprio debito, contenente una clausola di riscatto il cui termine coincide con l'estinzione del debito: un contratto simile sarebbe, infatti, funzionale al recupero del bene, qualora il debitore/alienante riesca a restituire il prezzo (in realtà, estinguere il debito) ovvero, in caso contrario, al consolidarsi della proprietà del bene stesso in capo al creditore/acquirente. Nella ipotesi appena considerata della vendita con garanzia, le parti utilizzano un negozio lecito (la vendita) per perseguire, considerando tutti gli elementi del caso concreto, una finalità illecita (un patto commissorio, vietato *ex art. 2744 c.c.*)⁴⁰.

Tuttavia, tale tesi non sembra doversi accogliere e ciò per una semplice ragione: la riconduzione della figura, ben più complessa, della frode alla legge in quella del negozio indiretto tradisce la natura della

³⁹ In tal senso si esprime T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Città di Castello, pag. 163 e segg.: «se ciascun negozio si caratterizza per uno scopo tipico che esso mira ad attuare e nel quale si identifica appunto la 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».

⁴⁰ Ciò che le parti vogliono porre in essere non è, dunque, una vendita con tipica finalità di scambio (in quanto tale, tutelata), bensì un negozio che, con la maschera di uno consentito, persegue finalità ulteriori (di garanzia), vietate dall'ordinamento. La materia verrà più diffusamente trattata nel secondo capitolo.

prima, potendo aversi elusione normativa non soltanto attraverso lo strumento del negozio indiretto, ma anche, ad esempio, utilizzando una combinazione di atti o l'aggiunta di un elemento accidentale o di un patto accessorio.

Va, pertanto, ribadita la natura autonoma dell'istituto della frode alla legge, il che non esclude, beninteso, la possibilità che le parti realizzino una elusione normativa, e quindi una frode alla legge, per il tramite di un negozio indiretto.

Inoltre, degna di menzione è la ricostruzione di chi ritiene che, pur volendo ammettere la configurabilità del negozio indiretto, esso non potrebbe integrare un contratto in frode alla legge: se, infatti, lo scopo ulteriore che sottende il negozio indiretto, in virtù della generale irrilevanza dei motivi, è un mero motivo, esso non ha alcun valore per l'ordinamento; se, al contrario, è il fine che ha spinto le parti ad agire, il contratto sarebbe direttamente *contra legem*⁴¹.

d) Il negozio fiduciario.

Una ipotesi particolare di negozio indiretto è il negozio o procedimento fiduciario, sussistendo tra i due istituti in rapporto di *genus a*

⁴¹ S. NARDI, op. cit. pagg. 32-33. Ciò non escluderebbe, però, la possibilità di un "uso indiretto del negozio", qualora un determinato interesse sia perseguito per via obliqua: «si pensi ad un contratto inserito in una complessa operazione animata da un interesse per la cui realizzazione esso si pone come mezzo necessario. In tal caso, infatti, è indispensabile che il suo effetto giuridico si realizzi pur se in via strumentale rispetto all'interesse unitario sotteso all'operazione complessa. Quest'ultimo, evidentemente, pur incidendo sulla funzione di ciascun contratto che partecipa all'operazione economica, non ne intacca tuttavia l'immediata liceità. Nel senso, cioè, che ciascun contratto, singolarmente considerato, continua a mantenere la propria autonomia e dunque, ove dotato di una causa lecita, la propria validità. Solo alla stregua del suo impiego indiretto, in quanto mezzo per la realizzazione di un *altro* interesse, illecito e dunque vietato dalla legge, potrebbe essere considerato *come se* fosse direttamente contrario alla legge. Non potendo, però, isolatamente considerato, sanzionarsi come tale, dovrà piuttosto intendersi in frode alla legge».

species. La fattispecie, non disciplinata dal nostro ordinamento⁴² (a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, con l'istituto del trust, di cui si parlerà in seguito), vede un soggetto (fiduciante) investire un altro soggetto (fiduciario) della proprietà di un bene, di altro diritto reale o di una ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio, mediante il c.d. *pactum fiduciae*⁴³. Con le parole della Corte di Cassazione, «Il negozio fiduciario si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore»⁴⁴. Si verificano, dunque, sia effetti reali che effetti obbligatori, in quanto, accanto al trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario, si ha l'obbligo di quest'ultimo di amministrare, conservare o ritrasferire il bene in ossequio a quanto previsto nel *pactum fiduciae*⁴⁵.

Contrariamente a quanto detto per il negozio indiretto, tuttavia, nel caso di negozio fiduciario si ritiene esservi un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, nel senso che il risultato giuridico che si ottiene con la

⁴² Con l'eccezione della c.d. fiducia testamentaria, di cui all'art. 627 c.c., in cui si ha l'attribuzione di un diritto reale, ma con caratteri ristretti, avendo come scopo il ritrasferimento del bene a altro soggetto. Cass. civ., 29 febbraio 2012, n.3134, chiarisce che «L'intestazione fiduciaria di un bene – frutto della combinazione di effetti reali in capo al fiduciario e di effetti obbligatori a vantaggio del fiduciante – è caratterizzata non solo dal trasferimento vero e proprio in favore del fiduciario, ma anche dal *pactum fiduciae* ovvero dall'obbligo, *inter partes*, del ritrasferimento al fiduciante o al beneficiario da lui indicato, mancando, invece – a differenza della donazione indiretta – qualsiasi intento liberale del fiduciante verso il fiduciario, essendo la posizione di titolarità creata in capo a quest'ultimo soltanto provvisoria e strumentale al ritrasferimento a vantaggio del fiduciante».

⁴³ Si tratta di una pattuizione accessoria di natura obbligatoria che spiega effetti solo tra le parti; a conferma della irrilevanza esterna della fiducia, viene negata la trascrivibilità del *pactum fiduciae*, di per sé inidoneo ad essere opposto ai terzi. Ciò vale, però, come vedremo, solo per la fiducia di tipo romanistico.

⁴⁴ Cass. civ., 27 agosto 2012, n. 14654.

⁴⁵ Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., 18 aprile 1957, n. 1331; 28 luglio 1958, n. 2724; 28 luglio 1988, n. 2724; 29 maggio 1993, n. 6024; 28 settembre 1994, n. 7899; 14 ottobre 1995, n. 10768; 23 giugno 1998, n. 6246; 27 novembre 1999, n. 13261; 1 aprile 2003, n. 4886; 27 luglio 2004, n. 14094) «nel rapporto fiduciario concorrono due negozi, il patto di fiducia e il mandato senza rappresentanza, l'uno dispositivo e l'altro, conseguente, di natura obbligatoria, distinti ma collegati funzionalmente, ognuno dei quali produce gli effetti suoi propri; collegamento in forza del quale il primo, di carattere esterno, determina il trasferimento di diritti ovvero la insorgenza di situazioni giuridiche in capo al fiduciario, mentre il secondo, di carattere interno, crea a carico di quest'ultimo l'obbligo di ritrasferire al fiduciante o al terzo il diritto»: Cass. civ., 08 maggio 2009, n. 10590.

conclusione del contratto eccede il reale intento delle parti. Va, però, detto che ciò è vero per la fiducia di origine romanistica⁴⁶, in cui vi è un accordo esterno al negozio di trasferimento vincolante solo nei confronti delle parti del *pactum*, che ha efficacia meramente obbligatoria: si mantiene, pertanto, unità del *dominium*. A diverse conclusioni deve giungersi per quanto concerne la fiducia germanistica: in questo caso, infatti, la validità del patto è condizionata al rispetto dello stesso da parte del fiduciario (la cui infedeltà costituisce condizione risolutiva del contratto), cui vengono attribuiti poteri giuridici di disposizione illimitati, e che ha dunque validità anche nei confronti dei terzi⁴⁷: si ha, pertanto, in questo caso una scissione tra titolarità (che rimane in capo al fiduciante) e legittimazione (del fiduciario), con conseguente sgretolamento dei poteri del proprietario.

Per le ragioni esposte, il nostro ordinamento ammette solo la fiducia di tipo romanistico, non essendo consentita una proprietà limitata nel tempo e risolubile. È, dunque, in questa ipotesi che va indagato se possa configurarsi o meno un negozio fraudolento. Dal momento che tale tipo di istituto è connotato dalla combinazione di un negozio ad effetti reali (che dà luogo al trasferimento del diritto di proprietà al fiduciario) e uno ad effetti obbligatori (mediante il quale il fiduciario è tenuto ad amministrare il bene o a mantenerlo in garanzia in adempimento di un suo credito nei confronti dell'alienante), è facile comprendere come esso sia agevolmente utilizzabile quale strumento per frodare la legge. Si pensi al caso in cui si

⁴⁶ In cui, tradizionalmente, si distingue tra *fiducia cum amico* (o pura) e *fiducia cum creditore* (detta anche impura, usata a scopo di garanzia): nel primo caso, il trasferimento viene effettuato al fiduciario affinché questi lo utilizzi per lo scopo e secondo le direzioni impartite dal fiduciante con il *pactum fiduciae*; nel secondo, il bene viene trasferito a garanzia dell'obbligazione del fiduciante, con il patto che, verrà poi a lui ritrasferito una volta soddisfatto il credito. In quest'ultimo caso, però, vi è il rischio che le parti abbiano l'intento di violare il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*, nel qual caso si avrà nullità del negozio. Esempio di fiducia *cum amico* è il caso di un soggetto che, col fine di apparire meno facoltoso di quanto sia in realtà, intesti ad altro soggetto, con cui si è previamente accordato, un bene immobile di ingente valore o parte di quote e azioni societarie. In relazione alla fiducia *cum creditore*, si pensi a un soggetto che, in qualità di fiduciante, giri un titolo cambiario a un fiduciario non come pagamento, bensì come garanzia a fronte del mutuo corrisposto dal fiduciario stesso.

⁴⁷ Dal momento che il vincolo di destinazione ha carattere reale, esso è opponibile anche ai terzi, avendosi una scomposizione del diritto di proprietà in formale e sostanziale.

utilizzi la fiducia *cum creditore* al fine di eludere il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*; o a chi, titolare di azioni societarie, ne trasferisca anche un minimo pacchetto, con il preciso scopo di eludere l'applicazione dell'art. 2362 c.c. in tema di unico azionista.

Il negozio fiduciario, dunque, è pienamente lecito quando viene utilizzato dalle parti per scopi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.: tuttavia, potendo venire utilizzato dalle parti come strumento per frodare la legge, risulta, in questi casi, nullo *ex art. 1344 c.c.*⁴⁸.

e) La scelta del tipo negoziale.

Abbiamo visto come le parti, nel regolamentare i propri affari, sono libere di scegliere il tipo negoziale ritenuto più idoneo a soddisfare i loro interessi; e abbiamo anche visto come questa scelta può essere dettata tanto da motivi leciti, quanto dall'esigenza di sottrarsi a normative sfavorevoli. Si pensi al proprietario di un immobile che per concedere il diritto di godimento sul proprio bene può conferirlo in locazione o costituire un usufrutto o vendere il diritto d'uso: secondo alcuni, la sola circostanza che si sia optato, ad esempio, per l'usufrutto invece che per la locazione sarebbe sufficiente a far ritenere l'operazione come fraudolenta. Alcuni hanno, cioè, ritenuto di poter individuare la frode alla legge proprio nella scelta contrattuale, cioè nel comportamento di chi opta per un determinato negozio piuttosto che per un altro⁴⁹.

⁴⁸ «Nell'eventualità in cui il risultato raggiunto con la complessiva operazione sia illecito perché contrario ad una norma imperativa, i negozi che compongono l'operazione medesima, tra loro teleologicamente collegati, pur non potendo essere direttamente contrari alla legge, potrebbero comunque essere sanzionati in forza dell'art. 1344 c.c., in quanto mezzi che eludono l'applicazione della norma stessa. Ma [...] la frode è attuata in tal caso, non tanto per mezzo di un negozio fiduciario, quanto a seguito del collegamento negoziale tra più negozi *fiduciarmente* conclusi tra le parti»: S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, op. cit., pag. 41.

⁴⁹ Così G. D'AMICO, op. cit., pagg. 127-128, secondo cui «il vizio del loro agire non può, per definizione, ricercarsi nel negozio utilizzato, *in sé e per sé* considerato. Esso va ricercato piuttosto in

Secondo questo orientamento, la scelta effettuata dalle parti va considerata *in fraudem legis* ogni volta che non vi sia corrispondenza tra l'interesse fondamentale delle parti e l'intento pratico tipico per la cui soddisfazione si utilizza generalmente un determinato negozio: così, la frode alla legge rientrerebbe nel più generale fenomeno dell'abuso del tipo contrattuale⁵⁰. Il rimedio per tale tipo di abuso sarebbe la applicazione della norma che si è tentato di eludere attraverso la scelta negoziale, in luogo della disciplina adottata dalle parti⁵¹. Ma, così ragionando, scindendo, cioè, la funzione tipica del contratto da quella pratica perseguita dalle parti, si contraddice la tesi, ormai generalmente accolta, secondo cui la causa rappresenta gli scopi che le parti intendono in concreto perseguire attraverso il contratto.

Per tentare di risolvere la questione, alcuni Autori⁵² hanno correlato la tassatività di un tipo negoziale alla sua inderogabilità: si è, cioè, ritenuto che quando le parti operano in una materia disciplinata da un determinato tipo, non è possibile derogarne il contenuto. In sostanza, i contraenti non sarebbero liberi di stabilire il contenuto del negozio, regolandolo in maniera differente da quanto già predisposto ad opera del Legislatore, in riferimento a quella data tipologia contrattuale: per contrattare in quella materia deve essere utilizzato quel tipo, con quel determinato contenuto. Conseguenza di tale impostazione è che nel caso di ricorso a un tipo

un più ampio contesto di esplicazione dell'autonomia contrattuale, che precede la cristallizzazione di quest'ultima nell'*atto*, e investe la stessa attività di scelta del tipo contrattuale».

⁵⁰ S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, op. cit., pag. 45: «l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'ordinamento ai privati riguardo alla loro facoltà di impiegare gli schemi negoziali più confacenti alla realizzazione dei propri interessi incontrerebbe l'evidente limite nella impossibilità dell'utilizzazione deviante dello schema negoziale scelto, nel senso che le parti non lo possono stravolgere (abusandone) per la realizzazione di interessi diversi da quello per il quale è tipicamente destinato. In tale prospettiva, dunque, la frode alla legge andrebbe spiegata ricorrendo alla categoria della "clausola generale". In altri termini, posta la generalità della clausola di frode alla legge, sarebbe demandato, di volta in volta, all'interprete il compito di individuare la concreta fattispecie».

⁵¹ In questo senso: U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, cit.

⁵² Così T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, poi seguito, tra gli altri, da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969 e, di recente, da G. D'AMICO, op. cit.

diverso, si avrà una chiara ipotesi di elusione, da cui conseguirebbe l'applicazione della norma elusa⁵³.

Tuttavia, non si può omettere di considerare come alla base di tale concezione vi sia una esigenza di controllo delle attività dei privati, che si vorrebbe dirigere verso l'utilizzo di uno specifico tipo, cui sarebbe automaticamente collegato un altrettanto specifico fine.

In realtà, l'utilizzo di un tipo contrattuale differente può anche essere sintomatico della necessità delle parti di regolamentare diversamente i propri affari, in una maniera più rispondente alle finalità avute di mira. L'inderogabilità (immutabilità del contenuto essenziale del tipo) può, quindi, essere unita alla tassatività (obbligatorietà di scelta di quel tipo per raggiungere quel determinato scopo) solo quando i fini che le parti intendono perseguire sono gli stessi di quelli per cui il Legislatore ha predisposto quel tipo.

Da quanto detto deriva che la scelta di un tipo diverso da quello inderogabile non implica affatto la necessaria esistenza di una frode, ben potendo le parti essere state spinte ad agire dalla necessità di tutelare un interesse differente; qualora, al contrario, esse dovessero scegliere un tipo diverso, pur avendo di mira lo stesso scopo di quello previsto dal contratto tipico, si potrebbe essere in presenza di una frode alla legge o di una simulazione ovvero di un caso in cui è necessaria un'opera di corretta qualificazione. Non è, infatti, dimostrabile che il solo fatto di aver scelto una determinata disciplina piuttosto che un'altra sia segno inequivocabile di intento fraudolento.

Fermo restando, dunque, che quando la scelta di un tipo è reale e concreta non siamo dinanzi a una ipotesi di *fraudem legis* (che presuppone una divergenza tra quanto risulta dal regolamento contrattuale e ciò che si vuole effettivamente), i casi di frode vanno circoscritti a quelli in cui tale

⁵³ È quanto sostiene G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit.

scelta sia soltanto apparente, in quanto volta a servirsi di una disciplina più favorevole, sottraendosi a quella, meno vantaggiosa, che dovrebbe invece trovare applicazione al caso di specie.

f) il collegamento negoziale.

Dal momento che la frode alla legge si concreta in una violazione attuata in maniera per così dire indiretta, eludendo un comando o un divieto posto in una norma imperativa, e date le considerazioni sopra svolte riguardo al rapporto esistente tra questo ed altri istituti, si potrebbe dire che lo strumento che appare più idoneo al raggiungimento di fini fraudolenti è il collegamento negoziale.

Con tale espressione si intende l'insieme di due o più negozi tra loro collegati al fine del raggiungimento di un fine ulteriore, ma le cui cause rimangono autonome ed indipendenti. Si parla, dunque, di «meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi»⁵⁴.

Tradizionalmente, a tale figura si riferisce il principio *simul stabunt, simul cadent*: a causa della unitarietà degli interessi sottesi ai singoli negozi collegati, cioè, la validità o invalidità di uno di essi si ripercuote

⁵⁴ Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11240. Solo da qualche anno la figura ha trovato espliciti riferimenti normativi: si pensi all'art. 1469 *ter* (introdotto nel codice civile dal D.Lgs. 6 febbraio 1996, n. 52, ora art. 34 Codice del consumo), secondo cui la vessatorietà di una clausola va accertata anche avuto riguardo alle altre clausole del medesimo contratto o di altro contratto collegato o da cui dipende, e, più di recente, all'art. 768 *quater* c.c. (introdotto dalla Legge 14 febbraio 2006, n. 55) che, in tema di patto di famiglia, prevede che l'assegnazione di beni ai legittimari non assegnatari dell'azienda o della partecipazione societaria oggetto del patto «può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo».

necessariamente sugli altri. Anche se è stato notato⁵⁵ come, nel caso di invalidità di uno dei contratti, dovrebbe più propriamente parlarsi di “inutilità” degli altri, dal momento che essi sarebbero, in ogni caso, inidonei al raggiungimento del fine per cui si era creato il collegamento.

La giurisprudenza ha individuato degli indici attraverso cui verificare la presenza di un collegamento negoziale: in particolare, «affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale»⁵⁶.

Nonostante, dunque, i singoli contratti mantengano la propria autonomia, essi, in virtù del nesso teleologico e strumentale che li lega agli altri, ne subiscono la medesima sorte, in quanto tutti funzionalmente tesi al perseguimento di uno scopo ulteriore e diverso rispetto a quello dei negozi singolarmente considerati⁵⁷.

Le caratteristiche summenzionate, unite all'analisi del concreto operare delle parti, che per aggirare il dettato normativo fanno

⁵⁵ In questo senso, S. NARDI, *Frode alla legge*, cit., pagg. 51-52, che riprende C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, pag. 279 e segg.

⁵⁶ Cass. civ., 17 maggio 2010, n. 11974.

⁵⁷ Il collegamento negoziale si distingue, dunque, dal contratto misto in quanto, in quest'ultimo caso, si ha l'unione di più contratti tipici, le cui cause si fondono per dar vita a un contratto atipico con una sola causa. Dunque, mentre nel primo caso i contratti, pur se funzionalmente collegati, mantengono ciascuno la propria autonomia ed individualità, nel secondo si ha una fattispecie giuridica unitaria, con causa unica. Si pensi all'ipotesi del portierato, dato dalla mistione di contratto di locazione e contratto di lavoro: in questo caso, la “scissione” dei negozi che compongono l'operazione economica non consente di realizzare (come per il collegamento negoziale) lo scopo per cui essi erano stati “fusi” e (a differenza del collegamento) i contratti originari non risultano distinguibili, in quanto l'uno risulta assorbito dall'altro.

generalmente uso di più contratti aventi come scopo quello elusivo, portano a ritenere che il collegamento negoziale sia lo strumento più frequente per realizzare una frode alla legge. Come è stato sostenuto da autorevole dottrina⁵⁸, parrebbe confermare tale conclusione anche il tenore letterale dell'art. 1344 c.c.: infatti, il giudizio di idoneità di un singolo negozio rispetto all'evento vietato non può che portare a ritenere lo stesso idoneo oppure no a realizzare tale evento, richiedendo, dunque, la frode alla legge una combinazione di più negozi.

I contratti singolarmente considerati non sarebbero altro che frammenti di un disegno più ampio, che solo nel collegamento tra gli stessi trova la propria giustificazione e riconduzione a unità.

Pertanto, la frode alla legge «godrebbe di una sua autonomia operativa *oltre il singolo negozio giuridico*»⁵⁹, sottendendo una pluralità di negozi ricondotti ad unità grazie allo scopo, ulteriore (rispetto alle cause dei negozi unitariamente considerati) ed illecito, per cui il collegamento è stato realizzato. Perché, infatti, «possa configurarsi un collegamento in senso tecnico tra negozi è necessario che oltre le finalità proprie di ciascuno dei contratti contestualmente conclusi, sussista una finalità complessiva consistente in un assetto economico globale e inscindibile che le parti hanno voluto»⁶⁰. E questo è proprio ciò che generalmente accade nelle ipotesi di frode alla legge: le parti, per il tramite di più negozi tra loro collegati, realizzano un interesse unitario (ulteriore rispetto a quello che è alla base dei contratti presi singolarmente) che risulta, valutata l'operazione economica complessiva, elusiva della norma imperativa.

Si conferma, dunque, che solo una visione globale può consentire di sventare il pericolo di una *fraus legis*: spetterà, pertanto, al singolo Giudice

⁵⁸ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pag. 254 e P. UBALDI, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, III, Torino, Utet, 1990, pag. 632 e segg.

⁵⁹ S. NARDI, *Frode alla legge*, cit., pag. 48.

⁶⁰ Così Cass. civ., 27 gennaio 1997, n. 827.

individuare eventuali stratagemmi fraudolenti, sulla base degli elementi a sua disposizione e con uno sguardo sempre attento non solo ai negozi singolarmente considerati, ma soprattutto al globale assetto di interessi che le parti hanno inteso raggiungere mediante la correlazione tra più negozi, ciascuno costituente il pezzo di un mosaico che spetta all'opera dell'interprete ricostruire.

3. L'analogia come strumento di lotta alle elusioni.

Parte della dottrina ritiene che la tecnica della analogia possa essere utilmente adottata per sventare tentativi di elusione normativa, quando ricorrano determinate circostanze.

Alcuni obiettano a questa teoria che nell'ambito della frode alla legge non vi è spazio per l'analogia, dal momento che se i contraenti si pongono sotto una disciplina diversa, manca il presupposto dell'analogia, e cioè una lacuna a livello assiologico/normativo da colmare⁶¹. Se, invece, si decide di regolare i propri rapporti per il tramite di un contratto atipico, nemmeno potrà farsi applicazione della procedura analogica, dal momento che se è vero che la atipicità è data proprio dalla assenza di una disciplina specifica, è altrettanto vero che questo caso si pone anche al di fuori della frode alla legge, essendo il giudizio di meritevolezza il criterio di valutazione di un contratto atipico.

A queste critiche si è ribattuto osservando non solo che la analogia può essere utilizzata, sia pure solo in parte, in questo campo, ma anche che il giudizio di meritevolezza non va inteso in maniera rigida e netta.

Tentiamo di chiarire cosa si intende dire.

⁶¹ Se, infatti, funzione del procedimento analogico è quello di "riempire" un vuoto normativo, quando manchi una precisa disposizione che regoli un caso concreto, non vi sarebbe possibilità di applicazione dello stesso nella ipotesi in cui una disciplina, sia pur differente, è comunque prevista.

Quando le parti sottopongono i loro interessi a una disciplina diversa da quella che dovrebbe regolarli, può trattarsi di una simulazione, e allora troverà applicazione la norma elusa. Potrebbe essere una questione di interpretazione, che si risolve attraverso una corretta qualificazione del tipo negoziale⁶². Inoltre, potrebbe trattarsi di un contratto atipico: in questa ultima ipotesi, non è detto che il giudizio circa la sua liceità vada compiuto nel senso della completa meritevolezza o immeritevolezza; può, cioè, accadere che esso sia in parte meritevole di tutela e per altri aspetti tendere ad una elusione⁶³. In questo caso, essendo eccessiva tanto una sanzione che inficiasse di nullità l'intero contratto per frode alla legge quanto un giudizio di totale immeritevolezza, si ritiene più pertinente applicare il procedimento analogico in relazione a quella parte del contratto i cui effetti risultano elusivi. Analogia, dunque, come regolatrice non dell'intera fattispecie, ma solo di quella parte di essa rivolta all'elusione⁶⁴.

⁶² Si prenda nuovamente l'ipotesi di un contratto di lavoro qualificato come autonomo, ma che, in realtà, presentandone gli aspetti essenziali, va correttamente qualificato come di lavoro subordinato.

⁶³ La teoria è fatta propria da G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., pag. 16 e segg., il quale porta ad esempio il caso *Mammoletto c. Firstmark leasing International s.p.a.*: un soggetto aveva preso in *leasing* una autovettura e aveva ricevuto un atto di risoluzione del contratto per inadempimento, per mancato pagamento di una rata del prezzo. Ritenendo che si trattasse di una vendita a rate e non di un *leasing*, il convenuto eccepeva l'applicazione dell'art. 1525 c.c. In appello i Giudici, opinando nel senso che la scelta del contratto di *leasing* fosse stata suggerita dalla volontà dell'alienante di evitare l'applicazione di una disciplina (quella della vendita a rate) per lui più svantaggiosa, dichiarava il contratto di *leasing* nullo per frode alla legge. I Giudici di legittimità (Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390), pur rimettendo la questione alla Corte di rinvio, hanno ritenuto plausibile l'interpretazione secondo cui il contratto di *leasing* sarebbe in frode alla legge con riferimento alle norme sulla vendita a rate. È questa, dunque, una ipotesi in cui, per sottrarsi alle norme, svantaggiose per l'alienante ma a protezione dell'acquirente, sulla vendita a rate, anziché stipulare un contratto di vendita se ne conclude uno di *leasing*.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva ha mutato orientamento: si è ritenuto, infatti, preferibile, nel caso di specie, non comminare la nullità del contratto per frode alla legge, bensì fare applicazione, delle norme eluse (le disposizioni sulla vendita a rate). *Ex multis*, Cass., 11 luglio 1992, n. 8454; Cass., Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65; più recenti, Cass., 14 aprile 2000, n. 4848; Cass., 3 settembre 2003, n. 12283. E ciò sulla scorta proprio della considerazione che solo per alcuni aspetti il contratto risulta elusivo, mentre per altri esso persegue interessi giuridicamente tutelabili, in quanto meritevoli e che si tende, quindi, a preservare.

⁶⁴ G. CRICENTI, op. cit., pagg. 18-19.

4. Interpretazione estensiva e corretta qualificazione: ulteriori rimedi contro le elusioni.

Molto spesso, le parti, al fine di sottrarsi a norme meno favorevoli, nel regolamentare i loro interessi, fanno riferimento a una disciplina differente rispetto a quella che dovrebbe trovare applicazione al caso concreto. Si pensi, per fare un esempio, alla prelazione agraria: la legge 26 maggio 1965, n. 590, poi modificata dalla legge 14 agosto 1971, n. 817, consente al coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con fondi offerti in vendita di esercitare, qualora ricorrano determinate condizioni, il diritto di prelazione. La norma fa riferimento solo a trasferimenti a titolo oneroso, così limitando il novero delle situazioni in cui è possibile esercitare il diritto di prelazione ai casi in cui il proprietario intenda alienare il fondo dietro corrispettivo. Rimanendo fedeli alla lettera della norma si dovrebbe, dunque, ritenere rispettata la legge ogni qualvolta la cessione del fondo avvenga a titolo diverso. Tuttavia, proprio grazie ad una interpretazione estensiva della norma, la giurisprudenza si è pronunciata nel senso della elusività di ogni trasferimento che avvenga senza il rispetto del diritto di prelazione.

Orbene, in casi simili, il Giudice è chiamato a svolgere un ruolo molto importante: egli deve, infatti, non solo far applicare la legge, ma, prima ancora, determinare la norma applicabile. E ciò mediante una delicata operazione ermeneutica, che tenga conto dei vari e numerosi aspetti che caratterizzano l'ipotesi sottoposta al suo esame.

Riprendendo la tradizione romana, molti autori ritengono che la frode, qualificata comunemente come una divergenza tra la "lettera" della legge ed il suo "spirito", possa essere agevolmente scoperta mediante una corretta interpretazione dell'operazione negoziale.

È stato obiettato che, in questo modo, si finisce con il rendere la frode alla legge una questione di interpretazione, negandole conseguentemente autonomia e finendo con l'eliminare ogni differenza tra il *contra legem* e l'*in fraudem legis agere*.

Tuttavia, si è ribattuto che quest'ultima concezione è frutto di una non ben chiara distinzione tra interpretazione estensiva e analogia: la prima mira ad attribuire alla norma un significato più ampio rispetto a quello proprio della sua lettera; la seconda ha lo scopo di colmare una lacuna, nel caso in cui la fattispecie concreta non trovi la propria disciplina in norme dell'ordinamento giuridico⁶⁵. Di conseguenza, alla interpretazione estensiva non trovano applicazione le limitazioni, cui invece è soggetta l'analogia, di cui all'art. 14 delle preleggi⁶⁶.

Alcuni Autori hanno addirittura sostenuto che, mediante la frode alla legge, il Giudice attribuisce alle espressioni un senso più ampio di quello fatto proprio dalle parole, creando una eccezione alla stessa⁶⁷.

Pertanto, in molti casi è possibile sventare casi di frode proprio mediante una interpretazione estensiva della norma, che le parti utilizzano

⁶⁵ Né vale obiettare che, in alcuni settori dell'ordinamento, risulta più pregnante l'esigenza di certezza del diritto, che imporrebbe una interpretazione più restrittiva delle norme: la certezza del diritto, infatti, è un valore che permea l'intero ordinamento e non viene pregiudicata da un tipo di interpretazione (quella estensiva) più che da altri. Per queste osservazioni, cfr. G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., pag. 20 e segg.

⁶⁶ Che impedisce di fare uso della analogia per le leggi penali e quelle eccezionali, che «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati» (art. 14 prel.).

⁶⁷ M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Illicitos Atípicos* cit., pag. 91, espressamente ritengono che «ciò che si produce con la frode alla legge è qualcosa di più di un'interpretazione. [...] Con la figura della frode non si intende semplicemente applicare certe regole semantiche ad un testo per produrne un altro; quello che si compie è, piuttosto, la sostituzione di una regola con un'altra, e questo, chiaramente, non in modo arbitrario, ma ricorrendo ai principi che giustificano le regole preesistenti. Il Giudice che nell'applicare il diritto utilizza la figura della frode alla legge compie un'operazione parallela a quella che compie quando utilizza l'analogia. Come, quindi, si distingue tra interpretazione estensiva e analogia (l'analogia rappresenta un passo ulteriore rispetto alla semplice interpretazione), così bisognerebbe dire che la frode alla legge va oltre l'interpretazione restrittiva della regola: non s'intende una determinata espressione nel senso più limitato possibile, ma piuttosto si *crea* un'eccezione alla stessa».

magari confidando in una interpretazione letterale e puntuale della stessa⁶⁸.

Altro strumento che può affiancare l'interpretazione (e che ad essa necessariamente consegue) nella lotta alle elusioni è costituito dalla qualificazione del contratto. La qualificazione consente all'interprete, una volta indagata l'effettiva consistenza e natura degli interessi ad essa sottesi, di dare il corretto *nomen iuris* all'operazione negoziale e, cioè, attribuire la giusta veste formale a ciò che le parti hanno inteso regolamentare. Attraverso tale strada, si possono smascherare eventuali frodi perpetrate dalle parti per il tramite di una nomenclatura negoziale non rispondente alla reale sostanza economica dell'affare. Si pensi, ancora una volta, al datore di lavoro che, al fine di sottrarsi alla disciplina maggiormente vincolistica del lavoro subordinato, qualifichi il contratto come di lavoro autonomo.

Si è detto che, così facendo, si rischia di far sì che il ruolo del Giudice sia non più quello di interpretare, ma di integrare e correggere la volontà delle parti, che finirebbe, per tale via, con l'essere disattesa e modificata⁶⁹. Si giungerebbe, si dice, ad operare uno stretto controllo sulla autonomia privata, e il principio di libertà negoziale sarebbe, in concreto, di continuo violato.

Tuttavia, tale ragionamento presuppone una identità tra interpretazione e qualificazione che, come sottolineato dalla dottrina più attenta⁷⁰, sono due facce della stessa medaglia, ma, benché strettamente collegate, costituiscono operazioni distinguibili. L'interpretazione ha come

⁶⁸ Questo non significa che la interpretazione estensiva sia lo (unico) strumento idoneo a risolvere tutti i casi di elusione: ciò risulta di tutta evidenza quando, ad esempio, l'operazione elusiva sia il frutto di un collegamento negoziale o di una combinazione di più negozi.

⁶⁹ Di tale avviso è U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969, pag. 191, in cui si legge: «chi stipula una vendita con patto di riscatto vuole chiaramente ed effettivamente porre in essere la convenzione dichiarata e se poi s'accerta che si tratta di un'alienazione a scopo di garanzia non può dirsi che tale è stata l'intenzione delle parti, ma piuttosto che il Giudice ha *corretto* in quel senso il tipo prescelto che non corrispondeva alla sostanza economica dell'affare».

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

scopo quello di analizzare e conoscere la reale sostanza economica dell'affare, in modo da applicare la norma più rispondente e, in tale operazione, il Giudice deve rispettare la volontà delle parti; la qualificazione, invece, che presuppone la interpretazione, prescinde dal volere dei contraenti, avendo quale fine quello di dare la giusta veste formale (il *nomen iuris*) alla operazione negoziale. Si pensi alla classica ipotesi dell'alienazione in garanzia, mascherata da vendita con patto di riscatto: in questo caso, ciò che le parti realmente volevano non corrisponde al nome che esse hanno attribuito all'affare economico; pertanto, è inesatto dire che l'interprete ha "corretto" la volontà delle parti: egli, una volta interpretato il reale contenuto del contratto e valutato che le parti, sotto le vesti di una lecita vendita con patto di riscatto, intendevano in realtà porre in essere una vendita con funzione di garanzia, eludendo così il divieto previsto all'art. 2744 c.c., non può che procedere alla corretta qualificazione di quella operazione, denominandola come alienazione in garanzia.

Ne consegue che, all'evidenza, tentativi di elusione possono essere sventati anche grazie alla semplice riqualificazione dell'operazione negoziale.

5. Origini della frode alla legge: teorie a confronto.

Come si è più volte sottolineato, la frode alla legge è un istituto che affonda le proprie radici nella cultura giuridica romana, dove iniziano a muovere i primi passi le teorie che poi, con il tempo, avrebbero aperto la strada ai più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali sul tema.

Se, fin dall'inizio, chiara fu la struttura della frode, intesa quale strumento che le parti utilizzano al fine di realizzare i propri interessi in

maniera più rispondente alle loro esigenze, ma a scapito del sostanziale ossequio alle norme (rispettate solo nella forma, non anche nello “spirito”), dibattuti erano gli elementi che dovevano caratterizzare tale istituto⁷¹.

Da una parte, infatti, si ponevano i sostenitori della cosiddetta teoria soggettiva, dall'altra quelli della opposta teoria oggettiva. Secondo i primi⁷², perché possa configurarsi la frode alla legge, oltre alla effettiva elusione del dettato normativo, deve necessariamente sussistere un ulteriore elemento, di tipo psicologico: si tratta della intenzione (*intentus*) delle parti di aggirare la norma imperativa che, nel caso di specie, avrebbe dovuto trovare applicazione⁷³. I soggetti contrattuali, cioè, nel regolamentare i propri interessi, devono avere la volontà, unica o

⁷¹ Cfr., ancora, M. ATIENZA-J. R. MANERO, op. cit., i quali ricordano come il termine romano *fraus* aveva originariamente il significato di «danno» il quale, successivamente, venne sostituito con quello di «inganno» che divenne poi esclusivo. Nelle parole degli autori «l'idea di inganno non coincide, però del tutto con quella di frode alla legge. Da un lato, infatti, può esserci frode senza che vi sia inganno (almeno nel senso stretto – soggettivo – di quest'ultima espressione) e, dall'altro lato, esistono molti tipi di inganno (ad esempio, l'inganno sulle caratteristiche di una cosa oggetto di un negozio giuridico) che non sono al tempo stesso frode alla legge. L'idea di frode che qui ci interessa si pone in relazione con la possibilità di servirsi di norme giuridiche [...] per ottenere per mezzo di esse finalità che non sono quelle previste dal diritto».

⁷² Cfr. L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, cit., pag. 83 e segg.; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1987, pag. 91. Tra i moderni sostenitori della frode alla legge in chiave soggettiva si veda F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU-F. MESSINEO, II ed., Milano, Giuffrè, 2002, che, sulla scorta della formulazione dell'art. 1344 c.c., ritiene che il Legislatore non abbia fatto altro che accogliere la tesi soggettiva della causa. Testualmente si legge, pag. 251: «la formula dell'art. 1344 («si reputa altresì illecita la causa»), che ha costituito un inutile rompicapo per gli interpreti, sembra essere null'altro che una non controllata emersione della legislativamente accantonata concezione soggettiva della causa».

⁷³ Uno dei sostenitori di tale orientamento è L. CARRARO. «La nozione dell'intenzione fraudolenta come elemento costitutivo della frode alla legge va desunta infatti dall'art. 1344 c.c.. Poiché risulta da quest'articolo che la legge considera in frode alla sue disposizioni il contratto quando costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, risulta anche dall'art. 1344 che per avere frode alla legge è necessario che le parti siano state 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. 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 quello di sfuggire all'applicazione della norma imperativa. Sicché, accanto al motivo o ai motivi 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», tratto da L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1943, pagg. 83-84.

prevalente, di disattendere le regole poste dall'ordinamento, attraverso un meccanismo di apparente ossequio ad esso, ma sua sostanziale violazione. Oltre all'elemento oggettivo dell'elusione della norma viene, cioè, richiesto un ulteriore requisito, di natura soggettiva, costituito dalla intenzione dell'agente di violare, sia pure in maniera indiretta e mediata, la norma stessa: il c.d. *intento elusivo o motivo fraudolento*⁷⁴. In virtù della teoria subiettiva, pertanto, perché possa configurarsi frode alla legge non solo l'atto deve essere contrario all'effettivo contenuto della norma, ma deve anche sussistere la volontà delle parti di sfuggire all'applicazione della norma imperativa.

A ciò va aggiunto che, in virtù di tale teoria, per potersi parlare di frode alla legge, lo scopo che le parti perseguono deve consistere in un risultato analogo a quello oggetto di divieto normativo. Quando, infatti, il risultato si presenta uguale a quello proibito, non si ha frode, ma contrarietà a norma imperativa per violazione immediata. In realtà, se si ritenesse fraudolento un atto che non sia espressamente proibito dalla legge, si finirebbe con il fare applicazione analogica di una norma eccezionale, il che è vietato dall'art. 14 disp. prel. c.c. Tuttavia, in presenza dell'intento elusivo delle parti e solo in questo caso, è possibile qualificare l'operazione come *in fraudem legis* anche se il risultato perseguito è solo analogo a quello vietato. Ed è proprio tale intenzione ad attribuire all'atto

⁷⁴ Secondo G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., pagg. 32-33, «nella formulazione più moderna l'intento elusivo è ritenuto come il motivo principale che ha indotto le parti a scegliere la forma negoziale utilizzata per la realizzazione del loro interesse. Forse più propriamente il motivo di cui parla questa dottrina coincide con l'intento giuridico, ossia come il rivolgersi della volontà verso un determinato effetto giuridico: in pratica, da un lato le parti sarebbero animate dall'intento pratico di conseguire il risultato vietato dalla legge, o uno analogo, dall'altro sarebbero animate dall'intento giuridico di scegliere il negozio adatto ad ottenere quello scopo senza incorrere nel divieto. Ai fini della frode ha rilevanza soprattutto quest'ultimo, poiché da esso risulta che le parti scelgono un dato contratto perché consente (per i suoi effetti giuridici) di raggiungere un risultato pratico analogo a quello vietato».

(o al complesso degli atti), altrimenti oggettivamente legittimo, natura illecita⁷⁵.

È stato, di contro, osservato come il solo contrasto con il reale contenuto della norma sia sufficiente affinché venga configurato un atto in frode alla legge, con tutte le conseguenze che da tale qualificazione derivano. Inutile sarebbe, pertanto, il richiamo all'elemento intenzionale.

Poi, delle due l'una: o si considera l'intento elusivo come motivo comune a entrambe le parti, e allora l'art. 1344 c.c. non avrebbe ragion d'essere, dal momento che sarebbe una inutile ripetizione di quanto già sancito ex art. 1343 c.c.; oppure, non considerando l'intento quale motivo comune, si violerebbe il divieto di applicazione analogica, dal momento che si ritiene illecita la causa di un contratto che persegue un risultato soltanto analogo a (non proprio) quello vietato⁷⁶.

Così argomentando, inoltre, la prospettiva del giudizio verrebbe spostata sulle parti che hanno posto in essere il negozio: si farebbe, cioè, dipendere la qualifica del negozio come fraudolento dalla valutazione che le stesse parti fanno del loro comportamento⁷⁷.

E ancora, è stato obiettato che si creerebbe confusione tra scopo della legge e suo oggetto, ovvero tra il risultato che la norma vuole impedire e lo strumento utilizzato dalle parti per perseguirlo. In particolare, il *motivo fraudolento* che spingerebbe le parti ad agire, utilizzando un negozio lecito come mezzo per eludere il dettato normativo, secondo la tesi soggettiva non coinciderebbe con il motivo (irrilevante, se non esclusivo e comune alle parti) di cui parla l'art. 1345 c.c., in quanto non è unico e può non essere comune. Ma anche questo aspetto della teoria è

⁷⁵ Da tale impostazione discende, *ex adverso*, la conformità a legge di ogni comportamento che persegua un risultato indirettamente illecito, ma in assenza della intenzione di frodare la legge.

⁷⁶ G. OPPO, *Recensione a Carraro, Il negozio in frode alla legge*, in RDCO, I, pagg. 179-195, 1944.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, pagg. 334-395.

⁷⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa), Camerino, ESI, 1994, pag. 382; G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in FP, I, 1972, pagg. 275-284.

stato oggetto di critiche, dal momento che non si spiegherebbe la presunta differenza tra il motivo illecito, che dovrebbe essere comune alle parti, e quello fraudolento, che potrebbe essere anche solo individuale. Si è obiettato come più che al motivo, fatto di per sé intimo ed inscrutabile, che ha spinto le parti ad agire, dovrebbe guardarsi all'interesse concretamente perseguito dai privati, laddove «l'intento è ciò che si vuol raggiungere col negozio, il motivo è ciò per cui si vuol raggiungerlo»⁷⁸.

Per confutare le argomentazioni addotte a sostegno della tesi soggettiva, è stato anche rimarcato come la sola intenzione di frodare la legge non può rendere illecito un contratto in sé lecito; che se i risultati conseguiti dalle parti sono diversi da quelli vietati non può sostenersi che le parti abbiano, neppure indirettamente, agito *contra legem*⁷⁹.

Una recente dottrina ha proposto una rivisitazione della teoria soggettiva in chiave moderna⁸⁰, scindendo la questione della frode alla legge in diversi aspetti, ciascuno oggetto di separata analisi. Innanzitutto, secondo tale concezione, bisogna verificare se oggetto del divieto normativo è esclusivamente il risultato da esso sanzionato o riguarda anche risultati simili: nel primo caso, l'istituto in esame non è affatto configurabile, dal momento che vi sarebbe spazio solo per una violazione diretta della norma; nel secondo caso, invece, vi può essere frode, allorché, per il tramite di un singolo contratto o di negozi collegati o, ancora, attraverso clausole o elementi accidentali, venga conseguito un risultato diverso ma analogo a quello vietato. È, poi, necessario valutare l'interesse che ha spinto le parti ad adottare quel determinato contratto (o serie di contratti, clausole, elementi accidentali, patti aggiunti, ecc.), perché se tale interesse viene giudicato meritevole di tutela, allora non si potrà parlare di frode; se, *a contrario*, scopo unico o principale delle parti risulta essere

⁷⁸ D. BARBERO-A. LISERRE-G. FLORIDA, *Il sistema del diritto privato italiano*, Torino, Utet, 2001.

⁷⁹ Si veda ancora L. CARRARO, *op. cit.*

⁸⁰ U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969.

quello di aggirare il divieto normativo, dovrà concludersi per la riconducibilità della fattispecie nell'alveo dell'art. 1344 c.c. Infine, l'analisi dell'interprete dovrà rivolgersi agli elementi che concretamente hanno contraddistinto la fattispecie oggetto di esame. Si tratta di indici, ovvero di elementi sintomatici in grado di evidenziare una eventuale elusione normativa e, così, "stanare" le ipotesi di frode alla legge: si pensi alla reale consistenza economica dell'affare, alla contestualità o meno del trasferimento del bene oggetto di obbligazione reale, all'equilibrio tra le prestazioni, alla tipologia di clausole utilizzate (se sono solitamente presenti in quella determinata tipologia contrattuale o meno), alla (anomala o no) successione degli atti, e così via. Quando tale esame dà esito positivo, ci si trova quasi sicuramente di fronte ad una ipotesi elusiva, con applicazione delle conseguenze previste⁸¹.

Al contrario, in virtù della concezione oggettiva⁸², anch'essa di derivazione romanistica, il contratto in frode alla legge realizza gli stessi effetti di quello contro la legge. L'unica differenza consiste in ciò: che nel primo caso essi vengono raggiunti mediante un aggiramento della

⁸¹ «Per risolvere il problema della frode alla legge è necessario compiere una serie di valutazioni (tradizionalmente descritte come problemi di individuazione dell'intento elusivo) che, consistendo essenzialmente in un esame di elementi oggettivi desunti dalla situazione economica e dagli interessi in gioco [...], hanno il loro punto focale (a) nell'accertamento della surrogabilità in senso economico del procedimento elusivo con quello proibito; (b) nella mancanza di un legittimo interesse delle parti; (c) nella facilità di individuazione della frode, con riferimento ai rischi ed al costo del procedimento impiegato, per stabilire se l'elusione si dimostri espressione di una prassi consolidata o facilmente consolidabile [...]. Stabilito che l'interpretazione rigida ed il rispetto delle forme civili costituiscono nella specie la *regola*, la frode potrà essere *eccezionalmente* colpita solo se l'interpretazione sia ammessa perché: (a) la norma "elusa", pur facendo parte di un settore di *ius strictum*, ha tuttavia una sua completezza e razionalità, esprime una direttiva dell'ordinamento, forma cioè "sistema"; (b) possono essere accantonate le esigenze di stretta interpretazione, considerando il rischio di uno svuotamento della disposizione che la facilità e generalizzabilità del procedimento elusivo può comportare [...]. E solo se la costruzione del reale affare compiuto al di là delle forme dichiarate appaia giustificato (a) da clausole del contratto, patti accessori o negozi collegati o dallo stesso modo in cui è congegnato il procedimento elusivo; oppure (b) da elementi economici facilmente accertabili e di indubbio peso nel contesto degli interessi in gioco, tenendo ancora presente, in generale, se l'impiego di determinate forme e procedimenti risulti così diffuso da costituire espressione di una prassi consolidata». Tratto da U. MORELLO, op. ult. cit., pagg. 335-336.

⁸² Il primo teorizzatore moderno della concezione oggettiva è KOHLER, seguito in Italia, tra gli altri, da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa), Camerino, ESI, 1944, pag. 378; G. OPPO, Recensione a Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, in RDCO, I, pagg. 179-195, 1944.

disposizione normativa, che viene elusa e violata in modo indiretto; nel secondo caso, suddetti effetti conseguono ad una violazione diretta e palese della norma imperativa, che non viene rispettata nemmeno nella sua lettera. Seguendo questa teoria, l'operazione fraudolenta consiste nell'utilizzare un contratto (o più contratti) di per sé lecito, ma piegato al raggiungimento di finalità illecite⁸³. Perciò, nel caso in cui la frode alla legge venga perseguita per il tramite di un collegamento negoziale, la causa di ciascun contratto singolarmente considerata risulta lecita, laddove, al contrario, valutata avendo riguardo al complesso dell'operazione negoziale posta in essere, è da reputarsi illecita.

Inoltre, ciò che importa, ai fini della esistenza di una frode alla legge, secondo la teoria oggettiva, è solo ed esclusivamente il dato fattuale dell'elusione normativa. Nessun rilievo viene, quindi, dato al volere delle parti, contando esclusivamente la circostanza che esse si siano, di fatto, servite di norme giuridiche per conseguire, per il loro tramite, finalità non previste dal diritto. E ciò a prescindere dalle motivazioni e dalla consapevolezza che esse abbiano o meno di aver posto in essere un negozio in frode alla legge. L'unico elemento che deve, pertanto, essere valutato ai fini della sussistenza di un'ipotesi di frode alla legge è la violazione dello "spirito" della norma e non della sua lettera, sulla scorta della storica dicotomia *verba-sententia legis*.

⁸³ Sul punto, G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, cit., pagg. 29-30, ritiene che si tratta della tradizionale figura del negozio indiretto, proprio a ragione del fatto che un negozio lecito viene utilizzato per perseguire finalità illecite, «puntando sul fatto che il negozio utilizzato può essere piegato a risultati economici, che divergono dagli effetti giuridici tipici». Tuttavia, se l'utilizzo strumentale e indiretto dei contratti tipici per finalità estranee al tipo può costituire uno strumento di evoluzione dell'ordinamento (permettendo, così, la nascita e l'introduzione di nuovi tipi contrattuali), dall'altro esso può anche costituire un mezzo per eludere le normative cogenti e, quindi, aprire il campo alla frode alla legge.

Il caso più ricorrentemente utilizzato per spiegare questa fattispecie è la vendita in garanzia stipulata al fine di eludere il divieto del patto commissorio, previsto all'art. 2744 c.c.: in questa ipotesi, un tipo astrattamente lecito, il contratto di vendita (avente finalità di scambio), viene utilizzato in concreto dalle parti per scopi (di garanzia) non riconducibili a quelli per cui lo stesso è stato posto dal Legislatore.

Si è, pertanto, avuta una sorta di oggettivizzazione del concetto di frode, dal momento che da una concezione soggettiva, che faceva perno sulle intenzioni dei contraenti, si è passati a una che tenga conto del solo dato fattuale dell'elusione normativa e, quindi, non dell' "inganno", ma del "danno".

Ma anche questa tesi non è stata esente da critiche. Per meglio comprenderle, è necessario delineare una sia pur sommaria distinzione tra norme materiali e norme formali: le prime sono quelle norme che vietano un determinato risultato, a prescindere dai mezzi adoperati per raggiungerlo; le seconde vietano uno specifico comportamento. Pertanto, secondo una parte della dottrina potrebbe aversi frode alla legge soltanto con riguardo alle norme materiali, dal momento che le parti, se utilizzano un contratto diverso rispetto a quello indicato dalla norma, hanno solo apparentemente rispettato la norma stessa, la cui sostanza viene in realtà violata. Tuttavia, a questa visione si è obiettato l'assenza di criteri distintivi certi idonei a tracciare una chiara linea distintiva tra norme materiali e norme formali; che se il contratto in frode alla legge consente di raggiungere lo stesso risultato di quello *contra legem*, non vi è differenza tra i due istituti e sarebbe quindi inutile la previsione dell'art. 1344 c.c. come separata dal 1343; che il problema della frode alla legge si risolverebbe nel (ritorno al) problema della interpretazione della norma che si ritiene elusa⁸⁴. Se, infatti, dalla interpretazione di una norma si può desumere un significato più ampio rispetto a quello che appare dal suo testo, tutti gli atti che violano la reale volontà della legge sarebbero non *in*

⁸⁴ L. CARRARO, op. ult. cit., pagg. 16-17, così si esprimeva: «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'obiezione discende direttamente dai principi relativi alla interpretazione della norma giuridica [...]. Quando l'interprete, usando correttamente dei mezzi rivolti a cogliere il vero senso della legge, giudica che questo non coincida con l'espressione letterale usata dal legislatore, ma per ipotesi sia più ampio di quella, non aggiunge qualche cosa di estraneo alla norma, ma invece, rimanendo fedele ad essa, ne chiarisce la portata: in questo senso si afferma, a ragione, che, qualunque sia il risultato della interpretazione (restrittivo o estensivo), essa è sempre dichiarativa [...]. Ma allora è difficile intendere quale sia il fondamento di una distinzione fra atti contrari alla legge e atti in frode alla legge».

fraudem legis, bensì contra legem. Se, cioè, le parti realizzano un risultato (non analogo, ma) identico a quello proibito dalla norma aggirata, allora esso si pone direttamente contro tale norma e non vi sarà, dunque, bisogno di "reputare" illecita la causa del contratto utilizzato, dal momento che essa sarà senz'altro tale.⁸⁵

Insomma, viene contestato che in tal modo la norma viene sostanzialmente svuotata di contenuto ed è quindi necessario battere altre strade. Da tanto deriverebbe l'impossibilità pratica di distinguere la frode alla legge dalla violazione diretta della legge, con conseguente mancanza di autonomia della categoria della frode.

È stato, di contro, ribattuto che caratteristica della frode alla legge non è tanto il risultato raggiunto (analogo, come per la teoria soggettiva, o identico, come per quella oggettiva), bensì le modalità attraverso cui viene violata la norma: violazione che, come chiarito, non avviene per il tramite di un comportamento direttamente e manifestamente violativo della legge, ma indiretto ed elusivo.

Altri obiettano alla teoria soggettiva che, poiché la frode così teorizzata corrisponde al negozio indiretto e poiché esso si caratterizza per la predominanza del motivo delle parti rispetto alla funzione tipica del negozio, o i motivi sono irrilevanti, e quindi lo scopo indiretto non ha rilievo, oppure essi hanno rilevanza e quindi modificano il tipo, dando luogo a un contratto atipico. Pertanto, il negozio fraudolento sarebbe un negozio illecito atipico⁸⁶.

⁸⁵ Aderendo a tale orientamento, del tutto inutile sarebbe la norma sulla frode alla legge e la sua collocazione immediatamente successiva all'art. 1343 c.c., che commina la nullità per i contratti la cui causa è contraria a una norma imperativa, perché, secondo quanto criticato alla teoria oggettiva, le due norme finirebbero con l'avere lo stesso contenuto e sanzionare lo stesso comportamento contrattuale. In tal senso, F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, op. cit.; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1943.

⁸⁶ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1987, pag. 187. Per avvalorare questa tesi, si porta ad esempio ancora una volta il consueto caso di vendita con patto di riscatto: tale contratto ha la tipica finalità di scambio; ma se le parti lo utilizzano per garantire un debito di una nei confronti dell'altra, essa dismette le vesti di contratto lecito, per divenire un contratto direttamente (e non già indirettamente) contrario alla legge. Sono di questo

Ciononostante, risulta senz'altro da preferire la visione oggettiva della frode alla legge, una visione che sia, cioè, scevra da ogni condizionamento interiore e psicologico delle parti: se, infatti, si accogliesse l'opposto orientamento, il campo di applicazione dell'istituto verrebbe ristretto alle sole ipotesi in cui, accanto a una elusione normativa, vi sia il concomitante intento delle parti di produrre l'effetto fraudolento. Ci si troverebbe, dunque, di fronte allo strano fenomeno per cui la legge dà importanza a ciò che espressamente esclude possa rilevare ai fini normativi (i motivi delle parti) e al paradosso di sanzionare un comportamento vietato dal diritto nella sola ipotesi in cui ciò sia lo scopo avuto di mira dalle parti, così marginalizzando la circostanza della effettiva violazione.

Inoltre, argomentando *a contrario*, non si sarebbe coerenti con il dettato dell'art. 1344 c.c. il quale parla, appunto, di "causa" del contratto. Ciò significa che la frode va individuata a livello di causa e non di motivo, potendosi, pertanto, asserire che vi può essere frode anche senza l'intenzione dell'agente di eludere la legge.

La tendenza attuale è, perciò, nel senso di negare rilevanza all'intento elusivo delle parti e di accentrare, al contrario, l'indagine sulle concrete modalità operative attraverso cui è perseguito il risultato vietato⁸⁷.

6. Una definizione di frode alla legge.

Alla luce delle considerazioni svolte, la frode può essere definita come una violazione indiretta, un aggiramento della legge, in ciò differenziandosi dagli altri istituti che, pur comportando la inosservanza di

avviso, tra gli altri, S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, pag. 356 e segg.; C.M. BIANCA, *La vendita e la Permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1993, pag. 686; U. CARNEVALI, *Patto Commissorio*, in *ED*, XXXII, Milano, 1982, pag. 504.

⁸⁷ M. RABITTI, *Controllo di validità degli atti strumentali ai reati fallimentari e disciplina della revocatoria*, www.academia.edu.

un comando o un divieto posto a livello delle norme, agiscono in maniera diretta⁸⁸.

Da ciò deriva che la frode alla legge può dirsi strutturata su due “livelli”: uno, apparente, conforme alla norma che le parti indicano quale applicabile al caso di specie, e l’altro, reale, consistente nel risultato effettivamente conseguito, che è tutt’altro che rispondente alla norma suddetta. La norma imperativa funge, pertanto, esclusivamente da “maschera” al congegno messo in pratica dalle parti per il perseguimento dei loro obiettivi.

Il negozio illecito è «quello che persegue una finalità vietata in assoluto dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume ovvero perché diretta ad eludere una norma imperativa»⁸⁹. E ancora, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha chiarito che «La peculiarità del contratto in frode alla legge, di cui all’art. 1344 c.c., consiste nel fatto che gli stipulanti raggiungono, attraverso gli accordi contrattuali, il medesimo risultato vietato dalla legge, con la conseguenza che, nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l’abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare»⁹⁰.

Per il tramite della frode, dunque, viene posto in essere un atto o una attività che, all’apparenza conforme a quanto prescritto dall’ordinamento, risulta, in realtà, valutati tutti gli elementi del caso concreto, essere contrario ad esso.

La illiceità può, pertanto, essere dovuta sia a contrasto della causa del contratto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume (ed è

⁸⁸ Si veda, in merito, Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 1967, n. 302, la quale fornisce una chiara definizione dell’istituto in tali termini: «è in frode alla legge il contratto che, pur rispondendo a schemi tipici ammessi dall’ordinamento e in sé non illegale o illegittimo o direttamente illecito, mira, per volontà delle parti, a raggiungere fini contrari alla legge o ad ovviare a divieti tassativi di legge».

⁸⁹ Cass. civ., 29 maggio 2003, n. 8600, che richiama Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 1993, n. 10603.

⁹⁰ Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1523.

questa l'ipotesi di illiceità per contrasto, prevista dall'art. 1343 c.c.) sia a elusione di – una o più – norme imperative (e si avrà, allora, la frode alla legge contemplata al successivo art. 1344 c.c.).

Per quanto riguarda, dunque, la struttura dell'istituto, a differenza della contrarietà a norma imperativa (*contra legem*), che si realizza quando si ha una violazione diretta della norma, di cui vengono disattese lettera e spirito, la frode alla legge realizza una «violazione indiretta e mediata della norma, rispettandone la lettera (*salvis verbis legis*) ma disattendendone lo spirito (*sententiam eius circumvenit*)»⁹¹.

In giurisprudenza, per marcare tale distinzione, si è anche parlato di “abuso della funzione causale del negozio (o dei negozi) adottato”, con ciò volendo sottolineare il differente atteggiarsi dei due tipi contrattuali, con causa illecita e in frode alla legge: il primo nasce da un *vulnus* diretto e immediato inferto all'ordinamento; il secondo presuppone l'opera di aggiramento ed elusione che viene, coscientemente o meno, posta in essere dalle parti e che conduce comunque al risultato vietato⁹². Anche parte della dottrina concorda nel ritenere il negozio fraudolento come frutto dell'abusivo esercizio della libertà contrattuale concessa dall'ordinamento⁹³, abuso che si estrinseca nell'utilizzo di un mezzo (unico contratto o più negozi) finalizzato all'aggiramento di un divieto imperativo⁹⁴.

⁹¹ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, Cedam, 2008, pag. 592.

⁹² Così Cass. civ., 1 aprile 1981, n. 1849, che afferma: «Il contratto in frode alla legge [...] realizza uno schema negoziale preordinato non al raggiungimento del risultato pratico immediatamente conseguibile ma alla elusione dell'osservanza di una norma imperativa in relazione ad altro ed ulteriore risultato (art. 1344 c.c.); esso si distingue dal contratto viziato da causa illecita sul piano strutturale in quanto quest'ultimo contratto è stipulato per raggiungere direttamente il risultato pratico vietato da una norma imperativa, mentre il contratto in frode alla legge è preordinato al raggiungimento del medesimo risultato (vietato dalla legge) attraverso l'abuso della funzione causale del negozio (o dei negozi) adottato».

⁹³ Tra gli altri, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1992.

⁹⁴ In una sentenza del 19 giugno 1986, il Tribunale di Milano, sulla struttura del contratto in frode alla legge e sulla differenza con quello contro legge, così si esprimeva: «la frode alla legge consiste nell'impiego di un atto contratto allo scopo (“mezzo”) di eludere l'applicazione di una norma di legge di carattere imperativo, peraltro rispettando di questa la lettera. Il modo di

Tali conclusioni valgono, come anticipato, a prescindere dalla volontà o meno delle parti di mettere in atto il procedimento elusivo che ha poi, concretamente, condotto alla violazione, sia pur mediata, della norma imperativa. Superato l'orientamento che vedeva nella intenzione dei contraenti un elemento essenziale alla configurabilità della frode alla legge, dottrina e giurisprudenza si sono assestati su un atteggiamento che potremmo definire sostanzialistico: ciò che conta, ai fini della effettiva sussistenza della figura in esame, non è l'interno volere delle parti⁹⁵, ma l'effettiva consistenza della operazione negoziale. Sotto questo specifico angolo visuale, quindi, il contratto in frode alla legge viene assimilato a quello contro la legge, dal momento che, a prescindere dal mezzo concretamente utilizzato (singolo contratto, collegamento negoziale, inserzione di clausole o elementi accidentali, patti aggiunti), in entrambi i casi si raggiunge un risultato vietato dalla legge⁹⁶.

Se, tuttavia, suddetta distinzione risulta chiara in via di principio, ad essa corrisponde oscurità nell'analisi concreta delle fattispecie che

attuazione consiste nella stipulazione di più negozi collegati tra loro funzionalmente nel senso che il primo costituisce il motivo del secondo, ciascuno di essi in sé lecito. La sanzione è la nullità del procedimento negoziale. La diversità tra la frode alla legge ed il negozio contro la legge sta nel mezzo usato allo scopo e non nello scopo: il procedimento indiretto anziché il negozio direttamente contro la legge, mentre lo scopo e il risultato sono la violazione del divieto». Come vedremo più avanti, «il modo di attuazione» della frode di cui parla l'art. 1344 c.c. non è soltanto il collegamento negoziale; né la sanzione univocamente o unicamente quella della nullità. Ma la pronuncia ha il pregio di aver evidenziato come la differenza tra contratto *in fraudem legis* e contratto *contra legem* non è di natura sostanziale, ma strutturale: il risultato è il medesimo, ma diverse sono le vie attraverso le quali vi si giunge.

⁹⁵ Che potrebbero essere state spinte ad agire anche a prescindere dalla effettiva consapevolezza della frode del loro comportamento.

⁹⁶ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino, Utet, 1958, pag. 125: «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 vi è da 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».

integrano la frode alla legge. Tale difficoltà si verifica non soltanto per la affinità della stessa con altri istituti, che rende spesso arduo il lavoro dell'interprete chiamato a giudicare della validità di un contratto, ma anche per la sottile linea che separa la frode alla legge dalla contrarietà alla legge.

Tanto premesso, si è posto, da alcuni, il problema della tipologia di norme che possono essere oggetto di frode: ci si è chiesti, cioè, se ad essere “aggirate” possano essere tutte le norme imperative di un determinato sistema giuridico o sia necessario fare delle precisazioni a riguardo.

Tradizionalmente, si distingue tra norme formali e norme materiali, distinzione già precedentemente illustrata. Basti qui ricordare che le prime sono quelle che vietano un comportamento preciso, lasciando così le parti libere di raggiungere il risultato avuto di mira attraverso il ricorso a procedimenti diversi rispetto a quello vietato; di conseguenza, il rispetto della lettera di tale tipo di norme ne comporta necessariamente il rispetto della sostanza. Non può, dunque, aversi frode in relazione alle norme formali. Discorso diverso vale per le norme materiali, che sono quelle che prevedono il divieto di un determinato risultato, che può quindi essere raggiunto mediante procedimenti differenti; ed è proprio in queste ipotesi che può configurarsi frode alla legge.

Al fine di dare una risposta al quesito, altri autori hanno reputato necessario porre come presupposto la distinzione, che dovrebbe sussistere ed essere chiara in ogni ordinamento normativo, tra regole e principi: le prime, che sono norme specifiche, troverebbero la loro giustificazione nei secondi. I principi, in particolare, oltre ad essere fonte delle regole, si rivelano essenziali sia nel compito di stabilire le norme che in quello di applicarle per la soluzione dei casi concreti⁹⁷. I principi sono, infatti, alla

⁹⁷ M. ATIENZA-J. R. MANERO, *Illicitos Atípicos*, op. cit. Da tale separazione si fa discendere la classificazione degli illeciti in “tipici” o “atípicos”, a seconda che siano contrari, rispettivamente, a regole o a principi. Conseguenza di ciò è la qualificazione della frode alla legge come “illecito

base di ogni ordinamento giuridico, quali “guide” che devono orientare non solo il lavoro del Legislatore, che, nella sua opera di creazione normativa non può (o non potrebbe) non tenerne conto, ma anche di chi le norme è chiamato ad applicare e far rispettare. Essi soccorrono anche nel caso in cui vi siano vuoti normativi o, al contrario, quando si tratti di scegliere tra più norme potenzialmente applicabili alla fattispecie. I principi incarnano i valori che, in un dato momento storico, caratterizzano la società e sono, dunque, mutevoli, essendo chiamati ad adeguarsi alle necessità che, di volta in volta, emergono. Le regole sarebbero, pertanto, il tramite attraverso cui i principi esplicano la loro forza cogente.

Se, quindi, mediante l’elusione normativa, le parti hanno l’obiettivo di produrre una sorta di adeguamento delle loro esigenze alle norme giuridiche cui sono assoggettate, la repressione della frode alla legge risulta indispensabile per consentire la costante rispondenza tra queste norme e i principi generali che le stesse sono tenute a rispettare, proteggere, promuovere e realizzare.

Queste considerazioni contribuiscono a corroborare la teoria che vede nella frode la mera elusione della legge, prescindendo da qualsivoglia connotato soggettivo ed interno alla volontà di chi la pone in essere. Se tra le maglie dell’istituto si consentisse, infatti, l’ingresso del filo della “intenzione” degli agenti di utilizzare la norma per fini differenti da quelli per cui la stessa è stata posta nell’ordinamento e in cui trova la sua giustificazione, si amplierebbe a dismisura l’ambito applicativo dell’istituto, che finirebbe per ricomprendere una gamma indeterminata di azioni e atti per il solo fatto di essere stati spinti dalla volontà delle parti di non adeguarsi ai dettami ordinamentali. Anzi, aderendo all’opposta concezione (soggettiva), si potrebbe paradossalmente far rientrare nel novero degli

atipico”, dal momento che il comportamento posto in essere dalle parti non consiste nella violazione, sia pur obliqua, di una norma (che risulta solo indirettamente oggetto del comportamento fraudolento), bensì di un principio.

atti fraudatori anche comportamenti che, intenzionalmente elusivi, non hanno, di fatto, neppure indirettamente violato una norma imperativa⁹⁸.

Si sarà, allora, in presenza di una frode alla legge ogni qual volta che coloro che hanno posto in essere il comportamento elusivo avranno, alternativamente o cumulativamente, ottenuto un beneficio altrimenti non conseguibile ovvero causato un danno ingiustificato.

In conclusione, e con le parole della Suprema Corte, «il contratto in frode alla legge è caratterizzato dalla consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione causale delle parti indirizzate all'elusione di una norma imperativa»⁹⁹. In sostanza «si tratta di contratto inficiato da nullità perché caratterizzato, nel suo insieme, da causa oggettivamente illecita, che postula la necessaria comunanza dell'intenzione fraudolenta, giacché attraverso un oggettivo collegamento strutturale e funzionale, è utilizzato un contratto tipico e permesso per realizzare un risultato vietato da norme imperative»¹⁰⁰. «In altre parole la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'art. 1344 c.c. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette»¹⁰¹.

⁹⁸ Si pensi al coniuge che, nella errata convinzione della persistenza del divieto di fare all'altro liberalità in costanza di matrimonio, effettui una donazione, supponendo che si tratti di un atto in frode alla legge!

⁹⁹ Cass. civ., 9 dicembre 1971, n. 3568, poi confermata da Cass. civ., Sez. Un., 7 luglio 1981, n. 4414 e da Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 1993, n. 10603.

¹⁰⁰ Cass. civ., Sez. Un., 17 luglio 1981, n. 4414.

¹⁰¹ Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2008, n. 2874.

7. Rivelazione ed individuazione della frode e problema della sua sanzione.

Il compito che il Giudice si trova a svolgere quando gli elementi a sua disposizione fanno ipotizzare la sussistenza di un'operazione fraudolenta non è sicuramente di poco conto; egli deve, infatti, sulla scorta degli elementi in suo possesso, vagliare e scandagliare la reale sostanza dell'operazione stessa.

Qualora l'interprete si trovi di fronte ad un caso che lascia presumere la sussistenza di una violazione di legge, e qualora essa non risulti direttamente violativa di una norma imperativa, dovrà indagare se, analizzate le circostanze del caso concreto, si trovi al cospetto di una costruzione negoziale finalizzata all'elusione dell'apparato ordinamentale.

Ciò che il Giudice è chiamato a compiere può essere, con una metafora, definito come un'opera di "chirurgia": una volta "aperta" la questione sottoposta al suo esame, deve sviscerarla in tutte le sue parti, al fine di disvelare e far venire alla luce la reale consistenza dell'operazione economica posta in essere dalle parti, così curando il male della frode.

Date le numerose componenti di cui bisogna tener conto, l'indagine sull'individuazione di una effettiva frode alla legge non è semplice e deve, necessariamente, tenere conto dei numerosi fattori che, di volta in volta, contraddistinguono il caso specifico.

L'analisi che conduce allo svelamento della frode¹⁰² passa attraverso distinti momenti che, successivamente analizzati nel complesso delle loro risultanze, consente di concludere per la sussistenza o meno di un'operazione fraudolenta.

¹⁰² L'espressione è efficacemente utilizzata e presa in prestito da F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, op. cit., pag. 632, a cui si deve anche il frazionamento dell'opera di "svelamento" nei tre distinti momenti.

Perché possa aversi frode alla legge, l'art. 1344 del codice civile espressamente richiede l'elusione di una norma imperativa: pertanto, il primo *step* è quello di verificare che l'oggetto di violazione sia proprio una norma imperativa. Come sappiamo, nonostante nel nostro ordinamento non si trovi una definizione di norma imperativa (o cogente o inderogabile), una disposizione può definirsi tale quando il suo precetto, consistente in un obbligo o un divieto¹⁰³, non può essere derogato, ovvero, le parti¹⁰⁴ non possono liberamente decidere se applicarla o meno, neppure sulla base di un accordo comune. E ciò in quanto la norma è portatrice di interessi supremi, che la rende immune da qualsiasi contraria volontà espressa da coloro che sono soggetti a quel determinato assetto normativo¹⁰⁵. Si distinguono, dunque, dalle norme dispositive (o relative o derogabili) perché in quest'ultimo caso le parti possono regolare i loro rapporti in maniera difforme rispetto a quanto da esse previsto, senza incorrere in alcuna sanzione¹⁰⁶: si applicano, cioè, salvo diversa volontà delle parti o salvo patto contrario. Le norme imperative sono, quindi, asservite a scopi reputati essenziali ai fini del corretto funzionamento dell'ordinamento e hanno la funzione di preservare l'assetto che, in quel determinato momento storico, caratterizza l'apparato legislativo¹⁰⁷. Il carattere

¹⁰³ Oggetto di una norma, sia imperativa che derogabile, può essere, infatti, tanto un *facere*, quanto un *non facere*.

¹⁰⁴ Quando si trovano ad agire in un campo i cui interessi sono regolati da quella determinata previsione.

¹⁰⁵ E. RUSSO, in *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, pag. 585 e segg., definisce la norma imperativa come «la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata».

¹⁰⁶ Che, nel caso di violazione di una norma imperativa, consiste della nullità del contratto, secondo quanto disposto dall'art. 1418 c.c.

¹⁰⁷ Queste caratteristiche evidenziano il carattere distintivo delle norme imperative, che è dato dalla loro rispondenza ai valori ritenuti indispensabili per il corretto svolgimento della vita civile tra i cittadini di un determinato Stato e che non possono, di conseguenza, essere oggetto di deroga e/o sostituzione ad opera di altre norme, anche se reputate dai contraenti meglio rispondenti ai loro interessi.

imperativo di una disposizione è, dunque, strettamente correlato alla (e conseguenza della) indisponibilità dell'interesse da essa tutelato.

Una volta appurato che la norma oggetto di violazione è imperativa, il passo successivo sarà quello di valutarne l'effettiva consistenza: bisognerà, cioè, verificare se la disposizione in questione vieta un determinato comportamento (norma formale) oppure uno specifico risultato (norma materiale). In questa seconda ipotesi, solo qualora la legge limiti l'autonomia privata nel senso di rendere un determinato risultato non raggiungibile per mezzo di alcune condotte, ma perseguibile con altre, allora, e solo allora, potrà aversi frode alla legge¹⁰⁸. Si deve, dunque, essere in presenza di una norma imperativa di tipo materiale, che presenti le peculiarità ora menzionate.

A questo punto, esaurita la fase cognitiva che potremmo definire formale, l'interprete è chiamato a percorrere la strada, ben più irta e ripida, dell'analisi sostanzialistica dell'affare compiuto dalle parti. Necessario risulta, infatti, valutare il negozio o il complesso di negozi posto in essere dagli agenti, al fine di verificarne l'effettiva portata: se il risultato concretamente realizzato e avuto di mira coincide con quello vietato dalla norma, allora ci si troverà con ogni probabilità di fronte ad una ipotesi di frode.

In questa analisi, è bene ricordare che l'intento elusivo¹⁰⁹ delle parti non ha alcun rilievo, dal momento che non costituisce un presupposto della frode alla legge, come chiarito dai più moderni approcci dottrinali e giurisprudenziali alla materia. E ciò non soltanto perché nessuna traccia di

¹⁰⁸ «In un primo momento, si deve prestare attenzione alla norma imperativa. Si deve valutare se essa sanziona una modalità contrattuale, uno specifico comportamento, un particolare movimento dell'autonomia privata, o un risultato economico conseguibile con i comportamenti espressamente vietati ma anche con altri, e tuttavia stigmatizzato con l'esplicito divieto di talune soltanto delle condotte offensive. In tale secondo caso si avrà una norma materiale che, a causa della inesatta tecnica di formulazione, è suscettibile di frode». Così F. DI MARZIO, op. cit., pag. 632.

¹⁰⁹ Che, come chiarito, consiste nella volontà dei contraenti di eludere, con l'operazione negoziale da essi posta in essere, la norma imperativa che dovrebbe trovare applicazione al caso di specie.

tale elemento si rinviene a livello normativo¹¹⁰; ma anche, e soprattutto, perché se rimane a livello di motivo, esso risulta irrilevante, a meno che il motivo illecito non sia comune e costituisca la ragione unica che ha spinto le parti ad agire e troverà, allora, applicazione l'art. 1345 c.c.¹¹¹.

L'ultimo passo della strada che conduce verso la (quasi) sicura sussistenza di un'ipotesi fraudolenta è costituita dalla presenza dei cosiddetti indici sintomatici. Si tratta di elementi la cui presenza, cioè, unita alle circostanze summenzionate, porta a concludere nel senso dell'esistenza di una frode alla legge.

A ciò va aggiunta l'inesistenza di un legittimo interesse delle parti all'adozione di quella determinata forma contrattuale¹¹².

Una volta appurato, dunque, che: si è in presenza di una norma imperativa, la quale consente il raggiungimento di un risultato anche attraverso condotte differenti da quelle espressamente vietate; l'operazione posta in essere persegue un risultato economico corrispondente a quello oggetto di divieto normativo; sussistono gli elementi indicatori; le parti non avevano alcun interesse obiettivo

¹¹⁰ L'art. 1344 c.c. che prevede e sanziona il contratto in frode alla legge non prevede, tra i requisiti di configurabilità dell'istituto, il motivo fraudolento.

¹¹¹ Secondo F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, pag. 633, «l'intento elusivo non costituisce un presupposto della frode alla legge. Di intento elusivo, infatti, la legge non parla. Del resto, se inteso quale stato psicologico, non può che essere irrilevante, se non quando integra un motivo (certamente illecito) comune ed esclusivo al contratto: nel qual caso si applica non l'art. 1344 c.c., ma l'art. 1345 c.c. Se inteso quale volontà oggettivata nel contratto, e come tale sicuramente rilevante, altro non è che parte della (in nulla si distingue dalla) causa concreta (e immeritevole)».

¹¹² Siamo, dunque, in presenza di una certezza relativa: parte della dottrina ha acutamente sottolineato che «la presenza o l'assenza degli elementi spia della frode non basta a far ritenere o a escludere l'elusione in atto: ciò che conta essenzialmente è l'interpretazione dello scopo del divieto e del fine concreto raggiunto con il contratto, nonché [...] la sussistenza o l'insussistenza di un interesse meritevole delle parti all'adozione di quelle particolari modalità negoziali. [...] Tirando le fila del discorso: la norma che, a un'attenta lettura, si rivela non formale ma materiale va interpretata con riguardo non al comportamento contrattuale che sanziona ma al risultato economico che vieta: il contratto o l'insieme di contratti collegati vanno analizzati non per la veste formale che assumono ma per il risultato pratico che consentono di raggiungere. Se quest'ultimo corrisponde a quello vietato, dovendosi escludere che le parti abbiano un interesse meritevole alle forme adottate, il contratto (si reputa, nel senso che) è illecito. Non in via diretta, in quanto la modalità negoziale esperita è diversa dalla modalità negoziale sanzionata dal precetto imperativo. Ma in via indiretta, in quanto in entrambi i casi si ottiene un (identico) risultato pratico immeritevole». F. DI MARZIO, op. ult. cit., pag. 633, che riprende U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit.

giuridicamente tutelabile all'utilizzo di quella specifica tipologia (o operazione) contrattuale, allora si sarà, con altissima probabilità, in presenza dell'ipotesi prevista e sanzionata dall'art. 1344 c.c.

CAPITOLO II

LA FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNO: CASI PRATICI E SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI

Premessa.

La frode alla legge ha trovato, negli anni, terreno fertile in molti istituti previsti dal nostro ordinamento, frequentemente oggetto di attacchi elusivi ad opera di chi, pur di sottrarsi alla normativa applicabile, in quanto più sfavorevole, ha escogitato sistemi sempre più raffinati per aggirare il dettato normativo. Il tutto dietro la apparenza di un formale rispetto della norma imperativa, richiedendo, così, all'interprete un notevole sforzo quanto ad analisi ed indagine del caso concreto: spesso, infatti, solo un esame approfondito delle circostanze che contraddistinguono l'operazione negoziale (la maggior parte delle volte realizzata non tramite un singolo contratto, bensì attraverso una serie coordinata e teleologicamente orientata di atti e fatti, clausole e patti) può consentire di scoprire la natura elusiva della stessa.

Gli istituti oggetto di una utilizzazione per così dire anormale, deviante, cioè, dagli scopi tipici per cui essi sono stati previsti dal Legislatore, sono i più vari: essi spaziano dalle violazioni, più risalenti nel tempo, delle normative agrarie in tema di prelazione e di divieto di patto commissorio, a quelle, più recenti, che investono il diritto del lavoro, il *sale and lease back*, la materia dei trasferimenti d'azienda e di ramo d'azienda.

Una trattazione specifica va, poi, riservata a due peculiari ipotesi: si tratta della frode ai terzi e della frode al fisco. In questi casi, infatti, come vedremo nel prosieguo della trattazione, nonostante la dicitura, non si ritiene applicabile la previsione civilistica di cui all'art. 1344 c.c.

1. La prelazione agraria

Prima di delineare alcune ipotesi di contratti in frode alla legge sulla prelazione agraria, è opportuno, per comodità di analisi, tratteggiare, per sommi capi, la figura giuridica relativa alla materia *de qua*.

In via generale, la prelazione agraria può definirsi come il diritto che la legge attribuisce a taluno di essere preferito nell'acquisto di un fondo agricolo (terreno, senza alcuna limitazione di estensione, destinato alla coltivazione, pur se privo di colture presenti, di qualsiasi tipo), nell'ipotesi che il proprietario decida di alienarlo.

Tale figura giuridica è stata, in un primo momento, stabilita dall'art. 8 della L. 26 maggio 1965 n. 590 e aveva lo scopo di privilegiare determinati soggetti nella coltivazione e nello sfruttamento del suolo: originariamente, infatti, il diritto di prelazione agraria era stato previsto solamente per l'affittuario coltivatore diretto, il mezzadro, il colono o il compartecipante¹.

Con l'introduzione dell'art. 7² della L. 14 agosto 1971 n. 817 il diritto di prelazione è stato esteso al coltivatore del fondo finitimo³ a quello compravenduto, a condizione che il proprietario confinante abbia i requisiti previsti dall'accennata normativa e, cioè, a) che quest'ultimo possenga da

¹ L'art. 8, primo capoverso, della Legge 590/1965 così prevedeva: «In caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione in enfiteusi di fondi concessi in affitto a coltivatori diretti, a mezzadria, a colonia parziaria, o a compartecipazione, esclusa quella stagionale, l'affittuario, il mezzadro, il colono o il compartecipante, a parità di condizioni ha diritto di prelazione purché coltivi il fondo stesso da almeno quattro anni, non abbia venduto, nel biennio precedente, altri fondi rustici di imponibile fondiario superiore a lire mille, salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria, ed il fondo per il quale intende esercitare la prelazione in aggiunta ad altri eventualmente posseduti in proprietà od enfiteusi non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della sua famiglia».

² Con tale articolo è stato espressamente sancito che il diritto di prelazione in parola spetta anche al «coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con fondi offerti in vendita, purché sugli stessi non siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti od enfiteuti coltivatori diretti».

³ La vicinanza tra fondo di proprietà e fondo *viciniore*, è elemento essenziale per la sussistenza della prelazione agraria e deve consistere in una vera e propria contiguità tra i fondi stessi. Tale estensione ha l'evidente scopo di consentire l'accorpamento dei fondi agricoli, al fine di trarne un migliore sfruttamento e di aumentare la redditività.

almeno un biennio⁴ il terreno e che lo stesso venga coltivato da lui personalmente o dai membri del proprio nucleo familiare; b) una capacità lavorativa pari almeno ad un terzo di quella necessaria per condurre direttamente il fondo riscattato unitamente a quello posseduto⁵; c) non aver alienato fondi rustici nel biennio precedente l'esercizio del riscatto⁶; d) va, inoltre, aggiunto il requisito, introdotto dalla giurisprudenza⁷, dell'essere il prelazionario coltivatore diretto dei fondi⁸. Poiché la *ratio* della disciplina in parola è quella della promozione dell'attività contadina e della continuità nella coltivazione del fondo, oltre che dell'incremento della redditività dei terreni, è intuibile come il fondamento di tali ultime imposizioni risieda nell'intento di evitare azioni speculative, mentre la prescrizione biennale ha lo scopo di configurare una pur minima professionalità del soggetto che pretende di valersi della prelazione legale.

In ordine alla qualità di coltivatore diretto, il Supremo Collegio ha ormai da tempo e ripetutamente precisato che la stessa sussiste anche nell'ipotesi di mancata iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli, atteso che quel che rileva non è tanto l'accennato requisito bensì «l'effettivo

⁴ Il termine di quattro anni, previsto dal primo comma dell'articolo 8 della Legge 590/65 per l'esercizio del diritto di prelazione, è stato dimezzato ad opera della Legge 817/71.

⁵ È, nelle parole del Legislatore, richiesto che «il fondo per il quale intende esercitare la prelazione in aggiunta ad altri eventualmente posseduti in proprietà od enfiteusi non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della sua famiglia» (art. 8, L. 590/65): si tratta della c.d. ULI, unità lavorativa individuale, calcolata sia come singolo che complessivamente con i componenti della famiglia.

⁶ È fatto salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria. Il requisito è, all'evidenza, richiesto per evitare che il diritto di prelazione venga esercitato da chi non sia realmente interessato alla coltivazione del terreno, ma solamente al fine di rivenderlo e trarre, così, guadagno dalla compravendita del fondo.

⁷ «Il proprietario del fondo confinante con quello in vendita in tanto è titolare del diritto di prelazione, in quanto lo stesso non solo abbia la qualità di coltivatore diretto ma, contemporaneamente, coltivi direttamente i terreni confinanti con quello in vendita»: Cass. civ., 16 marzo 2005, n. 5682.

⁸ Per quanto concerne la definizione di coltivatore diretto, essa è contenuta nell'articolo 31 della Legge n. 590 del 1965, secondo cui «ai fini della presente legge sono considerati coltivatori diretti coloro che direttamente ed abitualmente si dedicano alla coltivazione dei fondi ed all'allevamento ed al governo del bestiame, sempreché la complessiva forza lavorativa del nucleo familiare non sia inferiore ad un terzo di quella per la normale necessità della coltivazione del fondo».

esercizio dell'attività agricola con lavoro prevalentemente proprio o dei componenti della propria famiglia»⁹.

Va, inoltre, precisato che oggetto della prelazione non sono solo i terreni agricoli, ma anche i fabbricati pertinenziali agli stessi.

A sottolineare come il dato della coltivazione del fondo fosse, per la giurisprudenza, elemento costitutivo del diritto all'esercizio della prelazione agraria, vi è la circostanza che la stessa richiedeva la sussistenza della condizione non solo al momento dell'esercizio della prelazione, ma anche successivamente: ciò si giustificava con la *ratio* stessa della normativa sulla prelazione, avente come scopo quello di favorire la continuità dell'impresa agricola. Veniva, conseguentemente (e forse in maniera eccessiva), configurata una ipotesi di frode alla legge quando tale requisito non fosse rispettato. Si affermava, infatti, che il diritto di prelazione doveva ritenersi escluso «quando venga esercitato dall'affittuario coltivatore diretto o dal mezzadro, non per continuare l'impresa agricola, ma per poter, invece, operare la rivendita del fondo ad un terzo non avente diritto, determinandosi in tal caso la nullità sia del contratto di acquisto che del successivo atto di rivendita, in quanto posti in essere in frode alla legge»¹⁰.

Dopo aver individuato i soggetti legittimati alla prelazione, non possono trascurarsi le modalità per l'esercizio del diritto, così come individuate dall'art. 8 della L. 590/65.

⁹Cfr. Cass. civ., 10 aprile 2003, n. 5673; 20 gennaio 2006, n. 1112; 28 luglio 2005, n. 15805; 8 luglio 2005, n. 1445; 28 gennaio 2004, n. 1562. Per quanto concerne, poi, il requisito della abitualità, essa deve intendersi «quale normale e usuale svolgimento di lavori agricoli, in maniera tale che l'attività agricola venga realizzata in modo stabile e continuativo, prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della propria famiglia, traendo da tale attività un reddito, pur se secondario»: Cass. civ., 20 gennaio 2006, n. 1107.

¹⁰Così Cass. civ., 14 marzo 1983, n. 3329; conformemente v. Cass. civ., 2 febbraio 1984, n. 820; 19 luglio 1984, n. 4249; 10 agosto 1988, n. 4923; 10 novembre 1994, n. 9202; 18 aprile 1996, n. 3661.

Esse consistono, essenzialmente nella *denunciatio*¹¹, vale a dire la proposta di alienazione fatta dal proprietario al coltivatore del fondo confinante, con la trasmissione del preliminare di compravendita¹², e nel pagamento del prezzo¹³.

Premesso quanto sopra, la disciplina *de qua* è stata oggetto di frequenti violazioni, tendenti ad eludere il rispetto dei requisiti normativamente imposti per l'esercizio del diritto di prelazione. Più esattamente, si configura frode alla legge ogni qualvolta il proprietario del fondo che si intende alienare non ponga in essere o modifichi le condizioni (ad esempio, quello della contiguità del fondo) per l'esercizio della prelazione, così ledendo il diritto, legislativamente stabilito, del soggetto legittimato alla prelazione; ovvero quando lo stesso impedisca il pratico godimento del bene a favore di colui al quale spetterebbe di essere preferito nell'acquisto.

E infatti, «sono nulle, a norma degli artt. 1418 e 1419 c.c., perché stipulate in frode alla legge (n. 590/65) le clausole del contratto di compravendita di un fondo rustico che, una volta accettate ed osservate dall'affittuario che abbia esercitato il diritto di prelazione, impediscono in linea di fatto, il raggiungimento dello scopo voluto dalla legge, vale a dire la concentrazione nella persona dell'affittuario della proprietà del fondo sul

¹¹ In ordine alla proposta di alienazione, in passato la giurisprudenza la riteneva legittima e produttiva di effetti alla sola condizione che la stessa rivestisse la forma scritta. Tale orientamento, tuttavia, ha subito un repentino revirement a partire dalla decisione del 2008 n. 2002 con la quale il S.C. ha ritenuto che «in tema di prelazione agraria, la norma che prevede le formalità della comunicazione, pur perseguendo finalità di interesse sociale, ha carattere dispositivo e non cogente e inderogabile, sicché è rimessa all'iniziativa delle parti l'adozione di forme alternative di comunicazione, purché idonee a consentire la piena conoscenza della proposta in funzione dell'esercizio della prelazione. E nell'ambito del principio generale di libertà delle forme è sufficiente anche la forma verbale, non derivando alcun ostacolo dalla disposizione di cui all'art. 1351 c.c., che per i contratti preliminari aventi forma scritta richiede "ad substantiam" la medesima forma, poiché la comunicazione non ha natura di proposta contrattuale».

¹² La sua natura giuridica è stata ed è tutt'ora oggetto di vivace contrasto dottrinale e giurisprudenziale.

¹³ Il pagamento del prezzo – che costituisce una condizione necessaria per il trasferimento, pena la nullità del contratto stipulato con l'accettazione della proposta di alienazione – deve avvenire entro il termine di tre mesi decorrenti dal trentesimo giorno dalla notifica del preliminare da parte del proprietario, salvo che non sia diversamente stabilito tra le parti.

quale lo stesso esercita la sua impresa agricola, come nell'ipotesi che si imponga un'utilizzazione non agricola del fondo o si preveda la trasmissione di parte del fondo stesso a terzi»¹⁴. Infatti in un contratto qualificabile come di affitto di fondo rustico, è necessario non solo che esso abbia ad oggetto una cosa potenzialmente produttiva, ma anche che la disponibilità del bene sia concessa al fine di consentire all'affittuario la gestione produttiva dello stesso.

E ancora, come anticipato, è stato stabilito che, essendo il dato della coltivazione del fondo elemento costitutivo, da valutarsi non solo al momento dell'esercizio del diritto di prelazione ma anche successivamente, tale diritto non sussiste se esso sia esercitato non per continuare l'impresa agricola, ma al solo fine di rivendere il fondo a un terzo non avente diritto. In questo caso, si avrà una preordinazione negoziale in frode alla legge, che comporta la nullità sia del contratto di acquisto, che di quello di rivendita del fondo¹⁵. In tal caso, «l'acquisto di un fondo agricolo, a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione previsto dall'art. 8 della L. 26 maggio 1965, n.590 (come modificato dall'art. 8 della L. 14 agosto 1971, n. 817) da parte dell'affittuario coltivatore diretto, e la successiva vendita a un terzo, non avente diritto, posti in essere con una combinazione negoziale preordinata, nelle intenzioni del prelazionante e del terzo, alla realizzazione dello scopo pratico di far conseguire la proprietà del fondo al terzo, sono entrambi nulli, perché in frode alla normativa sulla prelazione agraria, ai sensi degli artt. 1418 e 1344 c.c. A

¹⁴ App. Venezia, 19 febbraio 1999.

¹⁵ «In materia di contratti agrari, il dato della coltivazione del fondo che, quale elemento costitutivo del diritto di prelazione agraria, deve essere accertato per l'avente diritto alla prelazione con riferimento all'epoca in cui essa viene esercitata, deve sussistere non solo in termini di attualità, ma anche di prospettiva futura, e va di conseguenza escluso allorché, attraverso una preordinata combinazione negoziale - che, in quanto in frode alla legge, determina la nullità sia del contratto di acquisto, che del successivo atto di rivendita - il diritto di prelazione venga esercitato dall'affittuario coltivatore diretto o dal mezzadro non per continuare l'impresa agricola, ma per poter, invece, operare la rivendita del fondo ad un terzo non avente diritto. [...] L'esercizio della prelazione agraria preordinata alla cessazione del godimento diretto del fondo deve ritenersi nullo per frode alla legge, ma l'accertamento della preordinazione costituisce indagine di merito, come tale sottratta al vaglio della Corte di cassazione»: Cass. civ., 29 gennaio 2010, n. 2044.

tale nullità partecipano tutti gli atti e negozi ad essi collegati ed attuati per il raggiungimento di detto scopo»¹⁶.

2. La frode alla legge nel patto commissorio...

Nel vigente codice civile, il divieto del patto commissorio è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 1963 e 2744 c.c.: il primo sancisce la nullità di qualunque patto stipulato prima, contestualmente o successivamente al contratto di anticresi¹⁷, con il quale le parti concordano che, in caso di mancato pagamento del debito nel termine stabilito, la proprietà dell'immobile passi al creditore¹⁸, mentre il secondo vieta le pattuizioni in cui, in caso di inadempimento del credito garantito, si conviene che la cosa data in pegno o in ipoteca passi in proprietà del creditore¹⁹.

La sanzione espressamente prevista per tali patti è la nullità e si estende a qualunque negozio che venga impiegato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento²⁰.

La *ratio* dell'istituto, già presente nel diritto romano²¹, è, ancora oggi, oggetto di vivaci dispute dottrinali e giurisprudenziali. L'orientamento tradizionale, e prevalente, la individua nell'esigenza di tutela del debitore,

¹⁶ Cass. civ., 22 luglio 1981, n. 4709.

¹⁷ Che è, ai sensi dell'art. 1960 c.c., «il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti».

¹⁸ In questo caso, il debitore potrebbe vedersi costretto a garantire il proprio adempimento concedendo in garanzia un bene di valore superiore a quello del credito garantito. in tali precisi termini, S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 79; G. LOIANNI, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, pag. 32 e segg.

¹⁹ L'art. 2744 c.c. testualmente dispone che «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

²⁰ Cass., 27 maggio 2003, n. 8411.

²¹ Il codice del 1865 ne sanciva la nullità nelle sole ipotesi di dazione in pegno ed anticresi, mentre quello del 1942 ha esteso la nullità anche al patto commissorio accessorio alla costituzione di ipoteca.

parte debole del rapporto, il quale di fronte al creditore, parte forte del rapporto, verserebbe in uno stato di bisogno e avrebbe, dunque, la funzione di sottrarlo alla coazione morale di quest'ultimo, oltre che quella di impedire una possibile sproporzione tra l'ammontare del debito e il valore del bene.

Altra teoria ritiene che lo spirito del divieto di cui agli articoli in commento, risiede nella tutela della c.d. *par condicio creditorum*, in quanto il patto commissorio realizzerebbe il soddisfacimento, con preferenza, di un determinato creditore piuttosto che di altri, in spregio alle legittime cause di prelazione.

Un ulteriore indirizzo, anche sulla scorta della prevista sanzione della nullità, individua la ragione giustificatrice delle previsioni in oggetto nella tutela di interessi generali, al fine di evitare che il patto commissorio divenga una clausola di stile da cui possa derivare un danno sociale²².

Non è mancato, poi, chi, in un'ottica pubblicistica, ha ritenuto di inquadrare il fondamento del divieto in questione nell'interesse dello Stato a che non vi siano forme convenzionali di soddisfacimento del credito, oltre che alla tutela di un "principio di ordine pubblico economico".

Secondo un indirizzo ormai condiviso, incorre nella sanzione *ex art. 2744 c.c.* qualunque contratto, sia pur tipicamente previsto, che produca gli stessi risultati da tale norma sanzionati: così si ritengono, per esempio, nulli la vendita con patto di riscatto, le alienazioni in genere finalizzate a garantire un credito vantato dall'acquirente nei confronti dell'alienante, il mandato irrevocabile ad alienare senza obbligo di rendiconto, il patto di opzione, il *sale and lease back* il cui negozio di finanziamento è un *leasing*

²² C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pag. 157. La stessa Corte di Cassazione ha più volte ribadito tale concetto; *ex multis*, Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9466, Bosco c. Greco, per cui la ragione di tale divieto è quella di «assicurare una più efficace tutela del debitore e assicurare la *par condicio creditorum*, in tal modo contrastando l'attuazione di strumenti di garanzia diversi da quelli legali».

finanziario. In sostanza, «il patto commissorio è ravvisabile anche rispetto a più negozi tra loro collegati, qualora scaturisca un assetto di interessi complessivo tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento di un bene dal creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, a prescindere dalla natura meramente obbligatoria, o traslativa, o reale del contratto ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi»²³.

Secondo l'opinione maggioritaria, viceversa, il patto commissorio non attinge il c.d. patto marciano, atteso che in questo caso il trasferimento della proprietà della cosa data in garanzia a favore del creditore non si verifica se non a prezzo equo, sulla base di una stima imparziale posteriore all'adempimento, con eventuale versamento di conguaglio²⁴. Analogamente, non può considerarsi tradita la *ratio* del divieto di patto commissorio ove il debitore, scaduto il termine per adempiere, esegua, con il consenso del creditore, una prestazione in luogo di quella originariamente pattuita. In tal caso, «...a parte il fatto che l'esecuzione della prestazione diversa da quella originaria presupponendo l'avvenuta scadenza del termine dell'adempimento, dovrebbe intendersi *solutionis causa* e non a garanzia del credito, la contrarietà all'art. 2744 c.c. deve comunque escludersi in considerazione del fatto che la diversa prestazione il cui valore potrebbe eventualmente anche eccedere di molto quello del debito da estinguere, è eseguita per scelta del debitore e non in forza di una costrizione»²⁵. La Corte di Cassazione²⁶, inoltre, ha ritenuto lecito anche il mandato irrevocabile a vendere i propri beni, conferito dal mandante al mandatario, con il preciso scopo di soddisfare con il ricavato i

²³ La già citata Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9466.

²⁴ Cass., 9 maggio 2013, n. 10986.

²⁵ S. NARDI, op. cit., pag. 85.

²⁶ Cass. civ., 3 febbraio 1999, n. 893.

creditori del primo, atteso che anche in siffatta circostanza l'operazione è eseguita per libera volontà del debitore.

Anche recentemente il Supremo Collegio, nel distinguere il patto commissorio dal negozio fiduciario con causa lecita – valido quest'ultimo per non essere la retrovendita condizionata all'adempimento del fiduciante – ha ribadito la natura materiale del divieto *ex artt. 1963 e 2744 c.c.*, atteso che qualsiasi negozio può essere qualificato come violativo delle norme suddette, qualora venga utilizzato per il raggiungimento del risultato pratico di trasferire la proprietà del bene al creditore al fine di garantire il credito e nel caso di un non puntuale adempimento del debitore²⁷.

Per quanto concerne l'ambito che ci riguarda, particolare importanza riveste la distinzione tra patto commissorio ed alienazione in garanzia. La possibilità di stipulare, infatti, un c.d. patto commissorio autonomo, ovvero una pattuizione che preveda, in caso di inadempimento, il trasferimento della proprietà di un bene dal debitore al creditore del tutto scollegata ad una garanzia tipica (preesistente o contestuale), ha posto il problema di tracciare una linea di demarcazione tra gli istituti, allo scopo di verificare se le alienazioni in garanzia possano, a determinate condizioni, essere qualificate come in frode al divieto del patto commissorio.

Tradizionalmente, si è ritenuto che il criterio discrezionale fosse da ricercare nel momento traslativo della proprietà: così, nel patto commissorio esso è sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore; viceversa, nelle alienazioni a scopo di garanzia il trasferimento è immediato, ma risolutivamente condizionato al pagamento del debito²⁸.

²⁷ «Qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte, nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione»: Cass. civ., 20 febbraio 2013, n. 4262.

²⁸ Si è, in tal caso, di fronte ad un patto di riscatto o retrovendita. Con le parole della Suprema Corte, «la vendita fiduciaria a scopo di garanzia si distingue dalla vendita con patto di riscatto dissimulante un mutuo con patto commissorio perché nel negozio fiduciario la proprietà si trasferisce al compratore che, però, assume l'obbligo, derivante dal patto interno ad efficacia

Più di recente, però, a partire da un'importante pronuncia delle Sezioni Unite ²⁹, la giurisprudenza, mutando l'orientamento precedentemente seguito, ha posto l'accento sulle reali intenzioni delle parti, come parametro cui far riferimento per distinguere le ipotesi in esame. Se, infatti, viene accertato che l'intento primario delle parti non è quello di scambio, bensì quello di costituire una garanzia reale a tutela dell'esatto adempimento del debitore, la vendita con patto di riscatto o di retrovendita va qualificata come nulla anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene: in una simile ipotesi, infatti, il denaro verrebbe versato dall'acquirente non come pagamento del prezzo, ma in esecuzione di un mutuo. In questo caso, pur non potendo qualificarsi come patto commissorio vietato ex art. 2744 c.c., tale vendita costituisce il mezzo

meramente obbligatoria, di ritrasferire il bene al venditore se questi estinguerà il debito garantito, mentre nel negozio simulato, pur essendo apparentemente convenuto il trasferimento immediato della proprietà (sottoposto a condizione risolutiva a favore del venditore che voglia riprendere la cosa mediante la tempestiva restituzione del prezzo), le parti concordano in concreto, ponendo in essere un patto commissorio, che il compratore-creditore diverrà proprietario dell'immobile solo se il debitore non adempierà il suo debito nel termine stabilito»: Cass. civ., 6 giugno 1983, n. 3843.

²⁹ Cass. civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, fa espresso riferimento alla frode alla legge: «la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore e il creditore, la quale risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore, è nulla anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura mezzo per eludere tale norma imperativa e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c.». Nello stesso senso: Cass. civ., 27 febbraio 1991, n. 2126; Cass. civ., 13 dicembre 1994, n. 10648; Cass. civ., 27 settembre 1994, n. 7878.

Non è mancato un orientamento di senso opposto, decisamente minoritario, che non ha ritenuto ravvisabile la violazione del divieto di patto commissorio nella vendita con patto di riscatto. Si tratta di Cass. civ., 12 dicembre 1986, n. 7385, che testualmente afferma: «la vendita con patto di riscatto o *de retrovendendo* ex art. 1500 c.c., anche se stipulata a scopo di garanzia, sempre che sia vera e reale, non incorre nella sanzione di nullità stabilita per il patto commissorio vietato dagli articoli 1963, 2744 c.c., stante la strutturale non assimilabilità al patto commissorio (che determina l'effetto traslativo in danno del debitore, in dipendenza e in conseguenza, anche cronologica del suo inadempimento) del patto di riscatto che attribuisce al venditore soltanto il potere di conseguire a pena di decadenza nel termine e con le modalità fissate dalla legge, il riacquisto del bene, ma prescinde da qualsiasi incidenza sull'effetto reale della vendita che avviene immediatamente e direttamente per effetto del solo consenso ex art. 1376 c.c., indipendentemente dal mancato esercizio del riscatto. Né, d'altra parte, lo scopo di garanzia può, di per sé, determinare la nullità della vendita con patto di riscatto sotto il profilo dell'illiceità del motivo ai sensi dell'art. 1345 o del negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c.».

per eludere tale disposizione, configurando, così, un'ipotesi di frode alla legge³⁰.

«La vendita con patto di riscatto o di retrovendita», dunque, «è nulla, in quanto in frode al divieto del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.* qualora, anche se sia previsto il trasferimento effettivo ed immediato del bene, essa abbia non una funzione di scambio (causa tipica di tale tipo di negozio), ma una causa di garanzia: si ha contratto in frode alla legge, cioè, quando il versamento del denaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo, ma esecuzione di un mutuo ed il trasferimento del bene serve solo per costituire una garanzia reale a favore del creditore/mutuante, con il fine specifico di attribuire il bene al creditore soltanto nel caso di inadempimento del debitore. La predetta vendita, in sostanza, pur non integrando direttamente un patto commissorio, vietato dall'*art. 2744 c.c.*, costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime, perciò, una causa illecita che rende applicabile l'*art. 1344 c.c.*»³¹.

Nulle *ex artt. 2744 e 1344 c.c.* sono, altresì, da ritenersi le alienazioni effettuate al creditore da terzi per garantire debiti altrui. A stessa

³⁰ «Il divieto di patto commissorio si applica a qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito; ove, pertanto, venga a mancare la funzione di scambio a parità di condizioni, tipica di ogni contratto di compravendita, costituente elemento indispensabile per la liceità del negozio, si ricade nella causa illecita, quindi sotto la sanzione della nullità, in quanto il negozio concluso costituisce il mezzo che permette di raggiungere il risultato vietato dalla legge»: Cass. civ., 10 febbraio 1997, n. 1233.

³¹ Cfr. Cass. civ., 7 settembre 2009, n. 19288. Per Cass. civ., 11 giugno 2007, n. 13621 «Qualora la vendita con patto di riscatto, pur se ad effetti apparentemente immediati, sia stipulata a scopo di garanzia con il fine specifico di attribuire il bene al creditore soltanto nel caso di inadempimento del debitore, il contratto, eludendo il divieto del patto commissorio sancito dall'*art. 2744 c.c.*, è, ai sensi dell'*art. 1344 c.c.*, affetto da nullità per causa illecita». E ancora: «Una vendita stipulata con patto di riscatto o di retrovendita è nulla se il versamento del denaro da parte del compratore non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'adempimento di un mutuo, ed il trasferimento del bene serve solo a porre in essere una transitoria situazione di garanzia, destinata a venir meno, con effetti diversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che una siffatta vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, costituisce un mezzo per eludere il divieto posto dall'*art. 2744 c.c.*, e la sua causa illecita ne determina l'invalidità ai sensi degli *art. 1343 e 1418 c.c.*». Cfr. anche Cass. civ., 8 febbraio 2007, n. 2725.

conclusione deve giungersi per quanto concerne le vendite con patto di riscatto stipulate tra il mutuatario e un soggetto diverso dal mutuante al fine di costituire garanzia dell'adempimento del primo nei confronti del creditore: in questo caso, infatti, il collegamento tra i due negozi (teleologicamente orientati all'elusione del divieto normativo) rappresenta il mezzo utilizzato dai contraenti per eludere l'applicazione dell'art. 2744 c.c., avendo le parti l'intento comune di raggiungere un risultato concreto ulteriore (garanzia) derivante dal collegamento negoziale.

Anche un contratto preliminare di compravendita può incorrere nella sanzione della norma codicistica in parola. Recente è la pronuncia³² secondo cui rientra nell'ipotesi di cui all'art. 2744 c.c. il contratto preliminare di compravendita «ove risulti l'intento primario delle parti di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente venditore con altro negozio collegato [...] in quanto i contraenti abbiano predisposto un meccanismo (quale la previsione di una condizione) diretto a far sì che l'effetto definitivo e irrevocabile del trasferimento si realizzi solo a seguito dell'inadempimento del debitore promittente venditore, rimanendo, in caso contrario, il bene nella titolarità di quest'ultimo. In tal caso, infatti, il contratto preliminare viene impiegato per conseguire l'illecita coartazione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, per cui non sussiste la causa di scambio, tipica di ogni contratto di compravendita, ma il preliminare costituisce il mezzo per raggiungere il risultato vietato dalla legge».

³² Cass. civ., 21 maggio 2013, n. 12462.

3. ... e nel *sale and lease back*.

Strettamente collegato all'argomento appena trattato è l'istituto, di origine anglosassone, del *sale and lease back*, anche detto "compravendita con locazione finanziaria di ritorno"³³.

Si tratta di un contratto atipico di finanziamento, essendo l'ibrido risultato della combinazione di due tipologie negoziali differenti, ma funzionalmente collegate: quella della vendita con patto di riservato dominio (art. 1523 c.c.) e quella del contratto di locazione (art. 1571 c.c.)³⁴.

Attraverso di esso, un'impresa commerciale (o lavoratore autonomo) vende beni di sua proprietà (mobili o immobili) ad un imprenditore finanziario, che ne diventa proprietario, pagando un corrispettivo, e contestualmente lo cede in *leasing* (locazione finanziaria) alla stessa venditrice, che versa periodicamente dei canoni per una certa durata. Quest'ultima, al termine del contratto, potrà esercitare (se prevista dal contratto stesso) la c.d. opzione di acquisto, così riacquistando la proprietà dei beni venduti, previo versamento del prezzo stabilito per il riscatto³⁵.

³³ I due istituti differiscono, però, in quanto nel contratto di *sale and lease back*, manca, a differenza che nella vendita in garanzia sopra analizzata, un credito preesistente da garantire, il bene rimane nella disponibilità del venditore e, inoltre, l'importo del credito garantito (corrispondente all'ammontare dei canoni dovuti) è (salvo utilizzi distorti del tipo negoziale) proporzionale al valore del bene trasferito in proprietà alla società di *leasing*.

³⁴ «Il contratto di (sale and) lease back non può essere assimilato alla vendita con riserva della proprietà: l'acquisto della proprietà del bene da parte dell'utilizzatore non rappresenta, infatti, la conseguenza indeclinabile del pagamento dell'ultima rata, ma è rimesso ad un'opzione, che può anche non essere esercitata, specie quando i beni sono soggetti ad una rapida obsolescenza». Lo stesso contratto, peraltro, «non può essere inquadrato negli schemi della locazione, dal momento che i canoni non rappresentano il corrispettivo del godimento del bene, essendo commisurati alla somma impiegata (e quindi anticipata) dalla società concedente per l'acquisto del bene, maggiorata dei costi dell'operazione e degli interessi, e che la mancata consegna, i vizi e lo stesso perimetro del bene, non esonerano l'utilizzatore dall'obbligo di effettuare il pagamento. La cosiddetta causa "di finanziamento", lungi dall'assumere il ruolo di elemento distintivo dei due istituti, ne rappresenta quindi il tratto comune e ne giustifica l'uniforme trattamento sul piano giuridico. Non dandosi differenza, non si può quindi giustificare l'applicazione di una disciplina diversa, neppure agli effetti tributari». Per le distinzioni in oggetto, cfr. Cass. civ., 28 luglio 2000, n. 9944.

³⁵ Così definisce il contratto di *sale and lease back* Cass. civ., 16 ottobre 1995, n. 10805, di cui si parlerà diffusamente a breve, nonché, da ultimo, Cass. civ., 21 gennaio 2005, n. 1273. Su tale istituto cfr., tra gli altri, A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pag. 306 e segg.; F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back e divieto di patto commissorio*, nota a Trib. di Piacenza 12 giugno 2002, in *Contratti* 2003, pag. 1156 e segg.; G. GITTI,

È, pertanto, evidente come, avvalendosi di tale strumento, il venditore/utilizzatore del bene trae un doppio vantaggio: dispone rapidamente di liquidità finanziaria e, al contempo, continua ad avere la materiale disponibilità del bene, di cui può, inoltre, riappropriarsi avvalendosi del diritto di opzione alla scadenza del contratto. Infatti, le operazioni di *sale and lease back* vengono, in genere, poste in essere da imprese che possiedono beni, solitamente immobili, di ingente valore e hanno, al contempo, bisogno di liquidità³⁶. Allora, l'impresa cede la proprietà dell'immobile alla società di *leasing*, la quale, a sua volta, concede il bene all'impresa cedente con un contratto di locazione finanziaria.

Per lungo tempo la liceità di tali operazioni è stata negata, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza: in esse veniva, infatti, ravvisato un mutuo con garanzia atipica, quindi nullo per violazione del divieto del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*³⁷. Non può non sottacersi

Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back», in Riv. trim. dir e proc. civ., 1993. In giurisprudenza, si veda, ex multis, Cass. civ., 11 giugno 2003 n. 9324.

In realtà, il *leasing* si distingue in finanziario ed operativo. Per tale distinzione, si veda P. BOTTANI-M.EONI, *Leasing Finanziario e Leasing Operativo: elementi distintivi e principali differenze*. Il *leasing* finanziario, più frequente nella pratica, vede la presenza di tre soggetti: il Locatore acquista da un Fornitore beni strumentali, mobili o immobili, che poi concede in uso (locazione finanziaria) ad una azienda (Utilizzatore o Locatario, impropriamente anche detto Conduttore) per un determinato periodo di tempo e dietro corresponsione di un canone periodico. Tale tipologia di *leasing* prevede, inoltre, la possibilità per il Conduttore che intenda, al termine del periodo di locazione finanziaria, acquisire la proprietà del bene, di esercitare "l'opzione di acquisto". Data la natura finanziaria dell'operazione, il pagamento del canone non è tanto un corrispettivo per la locazione del bene, quanto una modalità per la restituzione del finanziamento (costituito dal costo del bene – e delle spese accessorie – e dal compenso per l'attività del finanziatore, sotto forma d'interesse sul capitale investito). Il contratto di *sale and lease back* rientra tra le forme di *leasing* finanziario.

Viceversa, il *leasing* operativo prevede, nel suo schema tipico, la presenza di soli due soggetti: in questo caso, infatti, è generalmente lo stesso produttore che concede il bene in locazione, sempre a fronte del pagamento di un canone periodico, che non è relazionale, però, alla durata economica del bene e non è prevista una opzione di riscatto.

³⁶ La funzione specifica dell'operazione economica è quella di «procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone a questo l'uso con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto»: così Cass. civ., 16 ottobre 1995, n. 10805.

³⁷ In questo senso, Trib. Milano, 19 giugno 1986; Trib. Verona, 15 dicembre 1988; Trib. Pavia, 1 aprile 1988; orientamento poi avallato da Cass. civ., 3 aprile 1989, n. 1611, secondo cui «in questo caso, la nullità deriva dalla violazione dell'art. 1344 c.c.: è cioè nullità per illiceità della causa, in

come, infatti, il *lease back* potrebbe venire utilizzato in funzione di garanzia di natura commissoria del trasferimento del bene, che, in ipotesi di inadempimento del debitore/alienante, potrebbe essere trattenuto dal creditore/acquirente³⁸.

Negli ultimi anni, tuttavia, in particolare a seguito di una importante pronuncia della Corte di Cassazione³⁹, l'orientamento è mutato, riconoscendo al contratto di *sale and lease back* astrattamente considerato

quanto il collegamento negoziale suddetto costituisce il mezzo per eludere il divieto del patto commissorio».

Contra, e dunque a favore della validità del contratto di *sale and lease back*, Trib. Milano, 13 giugno 1985, a parere del quale «Il contratto di *sale and lease back* è lecito e non viola il divieto di patto commissorio, nei limiti in cui risulti escluso che il trasferimento della proprietà del bene, benché immediato, abbia la funzione primaria di costituire una garanzia reale a favore del concedente». Nello stesso senso, Corte App. Milano, 15 gennaio 1988; Trib. Milano, 3 marzo 1988; Trib. Pavia, 16 giugno 1988; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988.

³⁸ «Invero, trattandosi di una operazione di finanziamento, il corrispettivo versato dalla società di *leasing* all'utilizzatore potrebbe essere considerato l'oggetto di un mutuo e i canoni del *leasing* le rate di restituzione della somma mutuata. Il trasferimento della proprietà del bene alla società *mutuante* potrebbe costituire garanzia del mutuo. In particolare, la facoltà della società stessa di trattenere il bene in caso di inadempimento dell'obbligazione, tingerebbe l'operazione del sospetto di avere natura commissoria». Per tali osservazioni, cfr. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 92.

³⁹ Si tratta della più volte menzionata Cass. civ., 16 ottobre 1995, n. 10805. La sentenza ha costituito un importante punto di arrivo (e di abbrivio) in relazione alla questione sulla liceità o meno del contratto di *sale and lease back*: dopo avere, infatti, percorso l'evoluzione giurisprudenziale in materia, la Suprema Corte conclude per la validità e liceità del contratto in generale, che può, viceversa, qualificarsi nullo solo nel caso in cui la vendita non sia finalizzata al trasferimento della proprietà, ma a rafforzare la posizione del creditore, in subordinazione e accessorietà rispetto al mutuo, attraverso l'acquisizione definitiva del bene ad opera del creditore, a fronte dell'inadempimento del debitore. «Lo schema negoziale socialmente tipico del *lease back* presenta, quale contratto di impresa, autonomia strutturale e funzionale nonché 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. [...] Occorre allora valutare 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 è necessario individuare la 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 vietato dall'art. 2744 c.c., avuto riguardo alla *ratio* del divieto. Nel contratto di *sale and lease back* [...] la vendita ha scopo di *leasing* e non di garanzia e come tale non è, quindi, di per sé, in frode al divieto del patto commissorio».

La posizione è stata, di recente, ribadita dalla Suprema Corte con sentenza 21 luglio 2004, n. 13580 e da Cass. civ., 6 agosto 2004, n. 15178. Per una raccolta delle principali sentenze che hanno segnato l'evoluzione della materia in oggetto, si veda V. TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 297 e segg.

natura di operazione del tutto lecita⁴⁰. In questo caso, infatti, la vendita viene effettuata non a scopo di garanzia, ma a scopo di *leasing*.

Ciò non toglie, tuttavia, la possibilità che tale tipologia contrattuale venga utilizzata in maniera distorta, potendo, nella pratica, riscontrarsi eventuali patologie tali da far deviare l'operazione dalla sua funzione tipica⁴¹. Dunque, in astratto, il contratto in oggetto va qualificato come lecito, ma, nella pratica, esso può venire impiegato quale strumento di frode al divieto di patto commissorio.

Il contratto in parola può, dunque, essere impiegato per fini illeciti e fraudolenti; in particolare, viola il disposto dell'art. 2744 c.c. allorché la

⁴⁰ La recente Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6969, si esprime nei seguenti termini: «La giurisprudenza di questa Corte ha riconosciuto che il lease back si configura come operazione economica complessa, rispondente ad una specifica esigenza, caratteristica dell'attività imprenditoriale (o di lavoro autonomo), e cioè all'esigenza del venditore/utilizzatore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi di natura finanziaria, di ottenere con immediatezza liquidità, mediante l'alienazione di un suo bene strumentale e quindi, di norma, funzionale ad un determinato assetto produttivo e pertanto non agevolmente collocabile sul mercato, conservando di questo l'uso, e con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto. In questa prospettiva, lo schema negoziale 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.». Per Cass. civ., 19 luglio 1997, n. 6663 «Costituisce accertamento di fatto, in base ad elementi sintomatici, soggettivi - quali ad esempio lo stato di debolezza economica dell'impresa venditrice - ed oggettivi - quali ad esempio la sproporzione tra valore del bene venduto e prezzo pagato dalla fornitrice - stabilire se il lease back, contratto di impresa in sé lecito, è stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio, ed è pertanto nullo perché in frode alla legge». E ancora: «Lo schema negoziale del "sale and lease-back" non integra in sé una violazione del patto commissorio, che, viceversa, deve risultare dalla valutazione caso per caso dei parametri soggettivi ed oggettivi, tra i quali spiccano la situazione economica dell'impresa venditrice e la concreta valutazione economica dell'affare in termini di adeguata proporzionalità delle prestazioni corrispettive».

⁴¹ V. TAGLIAFERRI, op. cit., pag. 297, così scrive: «Il contratto di lease back fisiologicamente è da considerarsi pienamente meritevole di tutela, in considerazione della sua funzione sociale, poiché costituisce una particolare forma di autofinanziamento delle imprese. Con il lease back, l'impresa può realizzare una monetizzazione di beni aziendali e, dunque, una più efficiente ed elastica utilizzazione delle risorse produttive, nel contesto di una politica aziendale di investimento e di un mercato sempre più concorrenziale. Ben evidente, però, come il lease back, per la peculiare struttura ben si presti ad essere utilizzato impropriamente proprio con la finalità di eludere detto divieto [del patto commissorio]. Infatti, sulla base del presupposto che il divieto di patto commissorio si estende a qualsiasi negozio impiegato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un bene come conseguenza della mancata estinzione del debito, è evidente come il lease back possa, in un uso non normale, ben rientrare in detto campo di applicazione. Nel caso in cui, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., i contratti di vendita e di lease back collegati possono costituire un mezzo per eludere tale norma imperativa, allora la verifica sostanziale della illiceità del contratto spetta alla giurisprudenza».

garanzia cessa di essere solo un intendimento comune ai contraenti, per diventare l'unico e principale scopo dell'operazione⁴²; allorché, cioè, si accerti che il venditore/utilizzatore abbia fatto ricorso al *sale and lease back* con l'unico scopo di procurarsi denaro per sanare le passività dell'impresa.

Un ruolo pregnante assume, pertanto, in particolari situazioni, la figura del Giudice, il quale dovrà, di volta in volta, attraverso un esame approfondito delle situazioni sottoposte al suo vaglio, attentamente valutare se l'operazione si pone in contrasto con il divieto previsto dalla legge. In linea di massima, allorché viene in rilievo una sostanziale posizione di equilibrio tra le varie prestazioni richiamate nel contratto, lo stesso potrà dirsi coerente con lo spirito della normativa⁴³. In questa opera, l'organo giudicante è aiutato da eventuali indici sintomatici.

La giurisprudenza ha provveduto, dunque, ad individuare elementi tipici da cui desumere la presenza di una deviazione del contratto dalla sua funzione tipica⁴⁴. Le "anomalie" dello schema tipico che consentono di intravedere possibili funzioni illecite, possono intravedersi in situazioni quali: a) la natura e la qualità dei contraenti, nonché lo stato produttivo o meno dell'impresa alienante/utilizzatrice; b) la natura del bene oggetto di

⁴² Nonostante, infatti, tale contratto sia «un contratto d'impresa socialmente tipico che, come tale, è, in linea di massima, astrattamente valido», resta «ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che la vendita è stata posta in essere in funzione di garanzia ed è volta, pertanto, ad aggirare il divieto del patto commissorio». A tale scopo, sottolinea ancora la Corte, sarà necessario accertare «la compresenza delle seguenti circostanze: l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente»: Cass. civ, 14 marzo 2006, n. 5438.

⁴³ Secondo la più volte menzionata Cass. 10805/95, la vendita nel contratto di *sale and lease back* «non è, quindi, di per sé in frode al divieto del patto commissorio che [...] deve, invece, ritenersi violato ogni qualvolta lo scopo di garanzia non costituisca solo motivo, ma assurga a causa del contratto di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, a meno che non risulti in concreto, da dati sintomatici ed obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato ed, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto, che la predetta vendita, nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore».

⁴⁴ Cfr. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., pag. 94.; Trib. Piacenza, 12 giugno 2002.

vendita e la sua strumentalità rispetto all'attività esercitata dall'utilizzatore; c) la sproporzione fra il valore del bene venduto ed i canoni pagati dalla società di *leasing*; d) la durata del rapporto di locazione finanziaria⁴⁵; e) la anormalità di particolari circostanze e di alcune clausole⁴⁶.

Di recente, la Corte di Cassazione civile, con sentenza n. 8481 dell'8 aprile 2009, si è pronunciata sulla tematica del contratto di *sale and lease back* in ambito tributario e in relazione al negozio in frode alla legge. La Suprema Corte preliminarmente nega che dalla liceità civilistica del negozio di *lease back* discenda automaticamente anche la sua liceità tributaria: e ciò in quanto l'equivalenza tra liceità civilistica e liceità tributaria dell'attività negoziale è, in via di principio, contraddetta dalla divisione della normazione dell'ordinamento giuridico in due subsistemi normativi – appunto, quello civilistico e quello tributario – e dalla autonoma rilevanza attribuita dal secondo ai fatti di elusione tributaria e di abuso del diritto, che possono investire anche atti di autonomia privata leciti dal punto di vista civilistico.

Essendo stata, poi, chiamata a esprimere parere in merito alla questione se siano tributariamente leciti i contratti di *leasing* di beni ammortizzabili stipulati tra due società del medesimo gruppo, la Corte conclude in senso negativo, esprimendo il principio di diritto in virtù del quale il contratto di *leasing* di beni ammortizzabili stipulati tra società del medesimo gruppo realizza un abuso di diritto tributario. Tale abuso, realizzato attraverso l'operazione infrasocietaria di *lease back*, si è

⁴⁵ Infatti, «la sua eccessiva brevità evidenzerebbe l'inettitudine del bene alienato-utilizzato a inserirsi nel progetto di risanamento dell'impresa», S. NARDI, op. ult. cit.

⁴⁶ Per una recente pronuncia sul tema, si veda Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6969: «la giurisprudenza di questa Corte ha individuato alcuni dati sintomatici ed obiettivi in presenza dei quali si può concludere per l'illiceità della operazione di *lease back* (debolezza economica della società venditrice, situazione creditoria preesistente o contestuale, sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato e comunque delle reciproche obbligazioni, mancanza di conformità delle condizioni del contratto di utilizzazione del bene rispetto a quelle usualmente praticate per un *leasing*, anche riguardo alla determinazione dei canoni e del prezzo di opzione)». Ma si vedano anche Cass. civ., 21 luglio 2004, n. 13580 e 14 marzo 2006, n. 5438.

manifestato sia nella detrazione dei canoni di locazione finanziaria da parte della società di gruppo locataria sia nel rinnovato e, perciò, duplice ammortamento, da parte della società di gruppo locatrice, dei beni oggetto di *leasing*, senza che, data l'appartenenza di entrambe le società al medesimo gruppo, si sia realizzato – con riguardo, non alle singole società e, in particolare, alla società locataria, ma con riguardo al gruppo di società – quell'effetto economico che è proprio e caratterizzante della locazione finanziaria e che è costituito da una maggiore disponibilità di danaro.

In conclusione, anche nel caso del contratto di *sale and lease back*, dunque, nonostante esso sia astrattamente qualificabile come un contratto atipico lecito, è insita la possibilità di un suo utilizzo distorto, deviante, cioè, rispetto alla *ratio* giuridica ad esso sottesa, e in frode al divieto del patto commissorio previsto e sanzionato dall'art. 2744 c.c.

4. Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda.

Le questioni connesse con l'istituto in esame sono, ancora oggi, vivaci e ricche di problematiche, oggetto di attento esame da parte della dottrina e della giurisprudenza, anche per quanto riguarda il rapporto tra ordinamento italiano e comunitario, non immune da contrasti.

La norma di cui all'art. 2112 c.c., intitolata "mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda", definisce trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata⁴⁷: ad esso vanno assimilati, ai fini della

⁴⁷ Ai sensi e per gli effetti del comma 5 dell'art. 2112 c.c., il trasferimento d'azienda va inteso come «qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda».

disciplina normativa, cessione, fusione, scorporo e anche ristrutturazione aziendale.

La disciplina dettata per le vicende di circolazione aziendale è imperniata sulla tutela della posizione dei lavoratori coinvolti, sotto il duplice aspetto della continuità del rapporto di lavoro e del mantenimento dei diritti acquisiti, disponendo che il rapporto di lavoro continui presso il cessionario⁴⁸. Essa, per espressa disposizione normativa, trova applicazione anche nelle ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, inteso come articolazione autonoma di un'attività economica organizzata preesistente al trasferimento⁴⁹, purché, oltre ad essere dotata di un nucleo, appunto, organizzativo autonomo, fosse già dotata di un autonomo centro direttivo che organizzi i fattori produttivi⁵⁰.

Deve precisarsi che la nozione legale di "ramo d'azienda", e la relativa estensione della disciplina dettata in materia di trasferimento d'azienda, è stata un'evoluzione posta in essere dapprima dalla dottrina e dalla giurisprudenza, facendo perno sulla definizione di azienda data dall'art. 2555 c.c.⁵¹: infatti, è solo con l'introduzione del D.Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, che ha introdotto il 5° comma all'art. 2112 c.c., che si ha una definizione normativa di ramo d'azienda⁵².

⁴⁸ L'art. 2112 co. 1 c.c. prevede che «in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano».

⁴⁹ Lo stesso comma 5 del menzionato articolo 2112 c.c. estende la relativa disciplina al trasferimento di ramo d'azienda, disponendo che «le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

⁵⁰ Si veda Trib. Genova 7 settembre 1999, che ritiene che il ramo di azienda non possa essere esente da una qualificazione come "centro direttivo organizzativo". La stessa giurisprudenza ha, invece, escluso la necessità dell'autonomia finanziaria dell'unità economica ceduta.

⁵¹ S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo di azienda ed esternalizzazione*, in *Dir Lav.* 2000, pag. 38 e segg.

⁵² La Corte di Giustizia dell'Unione europea (allora Corte di Giustizia delle Comunità europee), invece, sollecitata sul tema, si era già pronunciata qualche anno prima con la sent. CGCE 11 marzo 1997, causa n. C13/95, con la quale (interpretando l'art. 1 n. 1 della Direttiva 1977/187/CEE, che comprendeva nel suo campo applicativo i "trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione") chiariva che «la nozione di entità economica fa riferimento ad un complesso organizzato di

In ordine ai suddetti requisiti (“organizzativi” e di “autonomia produttiva”) che si riteneva dovessero sussistere ai fini di una qualificazione di una parte dell’azienda come “ramo”, si sono venuti a creare opposti orientamenti giurisprudenziali, poi solo relativamente composti a seguito di due pronunce unanimi della sezione lavoro della Corte di Cassazione del 2002⁵³. Infatti, un primo filone giurisprudenziale ritiene che i beni che compongono il ramo di azienda devono essere dotati di un centro organizzativo e direttivo preesistente al trasferimento e capace di renderli idonei al fine produttivo perseguito⁵⁴. La contraria opinione, invece, ritiene che non sia necessaria una preesistente autonomia organizzativa ed economica, essendo sufficiente la potenziale idoneità del complesso trasferito all’esercizio dell’attività economica⁵⁵.

persone e di elementi che consente l’esercizio di un’attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo».

⁵³ Cass. civ., 19 giugno 2002, n. 14961 e 25 ottobre 2002, n. 15105.

⁵⁴ Quello che, poi, con una felice espressione, la Corte di Cassazione ha definito “una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo”: Cass., sez. lav., 23 ottobre 2002, n. 14961 e 4 dicembre 2002, n. 17207, riprese di recente da Cass. civ., 8 marzo 2006, n. 4963. Di questo avviso è Trib. Milano, sez. lav., 21 luglio 2010, n. 3293, secondo cui «Il “ramo di azienda” ai sensi dell’art. 2112 c.c., nonostante le modifiche introdotte dall’art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, non può essere disegnato e modificato solo al momento del trasferimento e in esclusiva funzione di esso, ma deve viceversa consistere in un’entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la propria struttura, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente; in difetto di tale requisito, il trasferimento alla cessionaria del rapporto di lavoro del lavoratore dissenziente è inefficace, con conseguente diritto di questi alla riammissione in servizio presso la cedente (nella fattispecie, il Giudice ha escluso la riconducibilità alla fattispecie di cui all’art. 2112 c.c. della cessione di una testata editoriale le cui pubblicazioni erano terminate due anni prima dell’asserito trasferimento per riprendere solo alcuni mesi dopo di esso con un progetto diverso e con parte soltanto del personale precedentemente addetto)». Nello stesso senso, Trib. La Spezia, sez. lav., 14 ottobre 2008, nn. 577, 578, 579, 580.

⁵⁵ Trib. Roma, 3 Marzo 2008. Facendo anche riferimento alla normativa comunitaria in materia, il Tribunale capitolino ha ritenuto che «Nel nostro ordinamento, in virtù del principio di supremazia del Diritto comunitario su quello nazionale, sussiste un preciso obbligo per il Giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e della ratio della disciplina comunitaria tenendo conto anche dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell’opera di armonizzazione della legislazione statale dei diversi paesi membri dell’Unione europea. Pertanto – anche in considerazione del valore «normativo» delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia – deve ritenersi che la nozione di ramo d’azienda elaborata nell’ambito della giurisprudenza comunitaria sia vincolante anche per il Giudice nazionale».

Starà, dunque, alla sensibilità e all’esperienza del giurista individuare tutti quei casi in cui l’autonomia che dovrebbe giustificare tale scorporo non sussiste nella realtà. Si veda, a riguardo, F. ZEOLI-A. MUSCOLO, *Il recupero dell’importanza del concetto di autonomia per la legittimità dell’outsourcing nei rapporti di lavoro (Commento alle pronunzie della Suprema Corte Sez. Lav. nn. 14961 del 19/6-23/10/2002 e 15105 del 25/10/2002)*, www.diritto.it, a parer dei quali «non vi è

Prendendo posizione in maniera decisa a favore del primo dei menzionati orientamenti e recependo una nozione commercialistica di azienda, ai sensi dell'art. 2555 c.c.⁵⁶, il Legislatore, prima, e la giurisprudenza di legittimità, poi, hanno esteso la applicabilità della disciplina di tutela del lavoratore stabilita dall'art. 2112 c.c. anche al ramo di azienda, precisando, inoltre, la necessità che esso sia una entità economica preesistente al trasferimento e dotata di propria autonomia funzionale, organizzativa ed economica⁵⁷.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 15105/2002, ha, in particolare, stabilito che «la disciplina dettata dall'art. 2112 cod. civ. e

autonomia laddove la frazione aziendale ceduta costituisca un'articolazione accessoria e complementare. Questo si verifica allorché l'oggetto della cessione si identifichi nell'espletamento di un servizio ausiliario che resta di fatto legato all'azienda cedente da un contratto di fornitura», come, ad esempio, nell'ipotesi di identità della sede in cui venivano esercitate le attività dell'azienda ceduta e/o di identità dei macchinari utilizzati.

⁵⁶ F. BUFFA-G. DE LUCIA, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, Matelica, Halley, 2006, pag. 44.

⁵⁷ «Diversamente opinando, sarebbe la sola volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo di azienda, disponendo così unilateralmente in ordine alla disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro che invece l'art. 2112 C.C. ricollega necessariamente alla presenza di elementi oggettivi»: così F. BUFFA-G. DE LUCIA, op. ult. cit., pag. 45. Ciò, tuttavia, non consente di escludere la possibilità di un'esternalizzazione che traferisca solo la manodopera, particolarmente qualificata e specializzata: è l'ipotesi del c.d. "labour intensive", quando, cioè, le strutture materiali assumono un peso scarso se non inesistente (si pensi al caso di aziende che si occupano di consulenza informatica). In tal senso si è pronunciata la stessa Corte di Cassazione, con la già citata sent. 206/2004, secondo cui, in presenza delle condizioni più volte richiamate (entità preesistente al trasferimento, che abbia caratteri di autonomia) «può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know how (o, comunque, dall'utilizzo di copyright, brevetti, marchi, etc.), realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non bisognevole del consenso del contraente ceduto, ex art. 1406 c.c. e seguenti. Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 cod. civ. resta comunque, anche in siffatte ipotesi, l'elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto».

Cfr. anche Cass. civ., 10 gennaio 2004, n. 206, nella cui pronuncia la Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui «l'art. 2112 cod. civ., anche nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 18 del 2001, attuativo della direttiva comunitaria n. 50 del 1998, consente, letto in linea con la giurisprudenza comunitaria formatasi in merito alla interpretazione della direttiva n. 187 del 1977 e con le esplicite indicazioni fornite dalla direttiva n. 50 del 1998, di ricondurre, ai fini da esso considerati, alla cessione di azienda anche il trasferimento di un ramo della stessa, purché si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità». Nello stesso senso, Cass., 10 agosto 2004, n. 15443.

dall'art. 47 della Legge 428/1990 (in ordine alla successione dall'imprenditore cessionario all'imprenditore cedente nel rapporto di lavoro) trova applicazione non solo nel caso di trasferimento dell'intera azienda, ma anche quando sia trasferito un ramo di azienda, da intendere come un complesso di beni che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi. Tale disposizione, anche nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. 18/2001, pur non impedendo la cessione di singole funzioni o servizi (c.d. esternalizzazione), impone che essi si presentino, prima del trasferimento, funzionalmente autonomi, essendo preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda già costituito»⁵⁸.

Aderendo al primo orientamento, dunque, i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità ritengono che il ramo d'azienda è autonomo funzionalmente quando è «in grado di funzionare in modo autonomo», senza «rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale»⁵⁹: accogliendo questa tesi (ormai costante), si è voluto, dunque, dare un

⁵⁸ Cass. civ., 25 ottobre 2002, n. 15105.

⁵⁹ Sono le parole delle già richiamata sent. Cass., sez. lav., 25 ottobre 2002, n. 15105, seguita immediatamente da Cass., sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17207 e, più di recente, da Cass. 8 marzo 2006, n. 4963. I Giudici così proseguivano: «Con queste caratteristiche e con queste limitazioni, quindi, il ramo di azienda deve preesistere alla vicenda traslativa, nel senso che già prima esso deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente, senza, peraltro che tale requisito venga a mancare soltanto perché il ramo di azienda venga integrato da altri elementi, una volta inserito nella complessiva azienda dell'acquirente. Occorre dunque che il ramo di azienda ceduto, oltre a risultare antecedente alla cessione, sia idoneo al perseguimento dei fini dell'impresa. [...] Il diritto positivo richiede per una applicazione dell'art. 2112 c.c., che oggetto del trasferimento sia una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionale allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi».

importante segnale nel senso del controllo e della limitazione delle operazioni traslative attuate in frode alla legge⁶⁰. È, infatti, possibile che il trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda) possa essere fraudolentemente utilizzato al fine di eludere la normativa sui licenziamenti, chiaramente a favore del lavoratore, parte debole del rapporto.

Non può sottacersi, dunque, come la legislazione vigente in materia di trasferimento di ramo d'azienda, potrebbe dare adito a intendimenti fraudolenti e procedure illecite, in particolare con riferimento alla Legge 23 luglio 1991, n. 223, sui licenziamenti collettivi⁶¹.

L'ampiezza del dettato normativo ha, invero, favorito prassi economico-aziendali aventi come unica finalità quella della dismissione illegittima di lavoratori in eccedenza, finalità conseguita attraverso la cessione di meri segmenti aziendali, privi di autonomia funzionale, organizzativa e produttiva rispetto al resto dell'azienda non oggetto di cessione. Paradossalmente, dunque, una norma scritta proprio per proteggere i lavoratori è stata utilizzata in maniera distorta, causando danni alla categoria che si intendeva salvaguardare.

Un tale sistema, pertanto, che dovrebbe tutelare il lavoratore garantendogli una continuità occupazionale, può essere, nella pratica, utilizzato a suo svantaggio⁶². Difatti, l'art. 2112 c.c. prevede che, in caso di trasferimento d'azienda, il lavoratore ha diritto a conservare il rapporto sussistente al momento del trasferimento presso il cessionario. Tale

⁶⁰ A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, Padova, Cedam, 2003.

⁶¹ Cosicché, come ragionevolmente sottolineato da S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 111, «è frequente che le imprese, nell'intento di realizzare una riorganizzazione aziendale che permetta loro di raggiungere una sempre maggiore produttività, sottraendosi ai vincoli e ai costi della procedura per licenziamento collettivo, preferiscano aggregare *ad hoc* più lavoratori in un'unica *articolazione funzionalmente autonoma* che poi provvedono a trasferire come ramo di azienda ad una compiacente società cessionaria. Il tutto invocando il principio di continuità dell'occupazione dei lavoratori coinvolti senza che sia necessario il loro consenso, così come previsto dall'art. 2112 c.c.».

⁶² In ordine alla frode alla legge sui licenziamenti collettivi si veda pure Trib. Treviso, 4 novembre 2003, in *Lav. Giur.* 2004, pag. 141, con nota di F. MARCHESAN, *Ancora sul trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge*.

procedura potrebbe, per quanto detto, essere animata dal solo intento di espellere personale in eccedenza, in spregio alle regole che sottendono la materia dei licenziamenti.

Si pone, dunque, il problema di verificare la genuinità o meno della vicenda circolatoria di volta in volta posta in essere. Non è infrequente, nella pratica, che la chiusura dell'attività aziendale sia soltanto apparente, così causando la cessazione dei rapporti lavorativi in essere e la successiva riapertura della stessa attività con un diverso soggetto giuridico. Proprio per tutelare i lavoratori che, in una simile ipotesi, vedrebbero leso il proprio diritto al mantenimento del posto di lavoro, la giurisprudenza ha chiarito che l'art. 2112 c.c. e l'esercizio dei diritti da esso previsti prescinde dalle modalità con cui viene realizzata la vicenda circolatoria. Viene, pertanto, riconosciuto il diritto dei lavoratori ad essere riassunti presso l'azienda cessionaria ogni qual volta risulti la continuità dell'attività aziendale⁶³.

Una parte importante dell'opera di tutela dei lavoratori viene svolta dall'attività ermeneutica: ben si comprende, infatti, come una interpretazione estensiva e formale della norma potrebbe giustificare fenomeni di trasferimenti e cessioni che, con buona pace dell'art. 2112 c.c. e dello scopo per cui è stato introdotto, realizzano, nella pratica, un licenziamento di massa, senza fornire ai lavoratori le garanzie per essi apprestate dall'ordinamento giuridico⁶⁴.

⁶³ Da ultimo, Trib. Varese, sez. lav., 2 luglio 2013: «In tema di rapporto di lavoro subordinato, la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. ricorre in tutte le ipotesi in cui – ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa – si abbia la sostituzione della persona del titolare, quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso cui tale sostituzione si attua».

⁶⁴ M. NICOLOSI, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 4, 2004, pagg. 423-457, ben sintetizza il problema, chiarendo che «È facile comprendere come un'interpretazione della definizione del ramo d'azienda in chiave estensiva ed acritica, tale da investire esternalizzazioni non genuine, autorizzi fenomeni espulsivi dei lavoratori, esponendoli al rischio di un licenziamento collettivo mascherato (cioè privo delle garanzie che gli sono tipiche), e quindi al trasferimento automatico dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, in assenza cioè del loro consenso (in deroga alla ordinaria disciplina in tema di cessione del contratto ex art. 1406 c.c.)».

È il caso di un contratto di trasferimento di un ramo di azienda (nella specie, un esercizio commerciale) che il Giudice ha considerato nullo perché in frode alla legge, in quanto, fra l'altro, la «cessionaria aveva un capitale assai modesto [...], non svolgeva attività di impresa e aveva tenuto comportamenti non compatibili con l'intento di continuare l'attività rilevata»⁶⁵.

Con la sentenza n. 14961 del 23 ottobre 2002, il Supremo Consiglio ha affrontato la problematica dell'esternalizzazione come strumento utilizzato dal datore di lavoro per la mera espulsione del personale in eccedenza. La Corte ha, infatti, disposto che: «il ramo d'azienda deve avere una sua autonomia organizzativa ed economica che gli consenta di funzionare in modo autonomo, essendo escluso che esso costituisca lo smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, o che si risolva in una mera espulsione del personale in eccedenza. Con queste caratteristiche il ramo d'azienda deve preesistere alla vicenda traslativa nel senso che già prima del trasferimento esso deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente».

Vi è da dire che la nozione originariamente posta dalla norma codicistica è stata notevolmente ampliata sia con le modifiche apportate dall'art. 1 del D.Lgs. n. 18 del 2 febbraio 2001 sia con l'introduzione dell'art. 32 della c.d. "Legge Biagi"⁶⁶, le quali hanno ulteriormente specificato il concetto di azienda e di ramo della stessa, introducendo la possibilità di stipulare un contratto di appalto con l'impresa cessionaria per l'attività in precedenza svolta dalla cedente.

⁶⁵ Cass. civ., 2 maggio 2006, n. 10108.

⁶⁶ La Legge 14 febbraio 2003 n. 30, meglio nota come "riforma Biagi", ha eliminato l'elemento della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo aziendale (modifica che ha, però, inciso solo formalmente, ritenendosi unanimemente la permanenza del requisito stesso anche a seguito della riforma) e ha esteso il campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. a qualunque «articolazione funzionale autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale al momento del suo trasferimento da parte del cedente e del cessionario».

Il D.Lgs. n. 18 del 2001, di attuazione della Direttiva 1998/50/CE, ha disciplinato i rapporti di lavoro nel caso in cui un'azienda o una parte di essa, sia trasferita a un nuovo imprenditore, prevedendo che, in caso di trasferimento d'azienda, «il cedente e il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento». Tale responsabilità, tuttavia, presuppone la vigenza del rapporto di lavoro e non è, quindi, riferibile ai crediti maturati nel corso di rapporti di lavoro cessati anteriormente al trasferimento medesimo, salvo il disposto dell'art. 2560 c.c.⁶⁷. Pertanto, nell'ipotesi di trasferimento di azienda o di un ramo di essa, si verifica semplicemente un mutamento soggettivo nel contratto individuale di lavoro, nel senso che all'originario datore di lavoro si sostituisce automaticamente il cessionario dell'azienda⁶⁸. La disposizione introduce un'evidente deroga rispetto ai principi civilistici contenuti negli articoli 1406 e segg. c.c., secondo cui la cessione del contratto richiede il consenso del contraente ceduto⁶⁹.

⁶⁷ Trib. Bologna, 21 maggio 2010; Trib. Firenze, 30 maggio 2011.

⁶⁸ È opportuno sottolineare che quest'ultimo subentra nella titolarità dei rapporti di lavoro *ex lege*: non assume, infatti, alcuna rilevanza né l'eventuale difforme intenzione del cedente e del cessionario né l'eventuale dissenso del lavoratore, il quale, pertanto, passa alle dipendenze del cessionario a prescindere dalla propria volontà. Si veda Trib. Cassino, sez. lav., 15 gennaio 2010, n. 22, che sostiene che «l'art. 2112 c.c. - che disciplina il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda - è applicabile, relativamente alla cessione di rapporti di lavoro, solo a quelli in corso al momento della stessa cessione. E infatti detta norma non riguarda quelli che sono i rapporti cessati o comunque esauriti prima del trasferimento anche se risulta in ogni caso applicabile l'art. 2560 c.c. che, da un punto di vista generale, sancisce la responsabilità dell'acquirente rispetto ai debiti dell'azienda ceduta e, quindi, anche quelli che la stessa ha nei confronti dei lavoratori».

⁶⁹ Anche di recente il più volte richiamato art. 2112 c.c. ha subito ulteriori rivisitazioni e integrazioni, precisamente con l'art. 19 *quater* della Legge 166/2009, che ha escluso dalla lista delle situazioni che consentono di disapplicare la norma il riferimento alle aziende o unità produttive delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale. Esclusione, però, che ha avuto una portata solo parziale, nel senso che il legislatore del 2009, ha stabilito che nei casi di crisi dell'impresa è comunque possibile stipulare un accordo sindacale con cui sono definiti i limiti entro i quali trova applicazione l'articolo 2112 c.c. Inoltre, con la Legge 134/12 si è consentito di stipulare accordi sindacali con cui sono definiti i limiti entro i quali trova applicazione l'articolo 2112 c.c., anche ai casi di impresa interessata da una dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo. Proprio di recente, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 9090 del 22 aprile 2014 ha affermato il principio che la cessione d'azienda, o di un suo ramo, destinata a successiva chiusura, deve considerarsi lecita, non ravvisandosi l'esistenza di particolari divieti contenuti in norme di garanzia dei lavoratori, restando pur sempre discrezione del proprietario la possibilità di cedere un bene che risulta antieconomico e troppo oneroso. Mentre con la statuizione del 15 aprile 2014, n. 8756, la S.C. ha statuito che il licenziamento o il trasferimento del contratto per cessione di

Il D.Lgs. 18/2001, inoltre, introduce nel corpo dell'art. 2112 c.c. l'espresso principio in virtù del quale «il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento», apportando una tutela ancora più salda nei confronti del lavoratore⁷⁰.

Tornando al tema centrale della presente trattazione, numerosi sono i casi pratici sottoposti al vaglio dei Giudici che, in quanto miranti alla elusione della normativa posta a tutela dei lavoratori, sono stati dichiarati come contratti in frode alla legge ex art. 1344 c.c.

Rientra nell'ipotesi del contratto in frode alla legge e, pertanto ne deve essere dichiarata la nullità, l'affitto del ramo di azienda (in sé valido ed efficace) che sia diretto unicamente a privare i lavoratori della tutela del licenziamento prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. In una simile fattispecie il Supremo Consiglio, fatta una breve premessa sulla natura dell'istituto, conclude per la configurabilità di una frode alla legge posta in essere al fine di eludere la disciplina di cui alla L. 300 del 1970, art. 18, in tema di tutela reale del posto di lavoro⁷¹.

Ed ancora in ordine al contratto di affitto di azienda, ricorre – in virtù di una costante giurisprudenza della Suprema Corte⁷² – la frode alla legge nell'ipotesi in cui sia predisposta una clausola contrattuale in base alla quale gli effetti del contratto stesso sono condizionati all'inserimento nelle

ramo d'azienda è legittimo nel caso in cui la cessione riguardi effettivamente un intero ramo produttivo, dotato di autonomia funzionale, e non di meri immobili sprovvisti di adeguata dirigenza tecnica.

⁷⁰ Fermo restando il diritto del lavoratore di esercitare il diritto di recesso ovvero, nel caso in cui le condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica, la possibilità di rassegnare le proprie dimissioni. Giova precisare che, in virtù dell' art. 31 del D.Lgs. 65 del 2001, la disciplina in parola trova applicazione anche nel settore pubblico, che in questi ultimi anni ha visto un cospicuo incremento dei casi di trasferimento di funzioni o di attività da un soggetto ad un altro.

⁷¹ Cass., sez. lav., 7 febbraio 2008, n. 2874: «Integra gli estremi di frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. il trasferimento di azienda attuato, nella specie, attraverso l'affitto della stessa da imprenditore soggetto al regime di stabilità reale di cui all'art. 18 stat. lav. ad altro imprenditore non soggetto a tale regime, che abbia subito provveduto a licenziare i dipendenti passati alle sue dipendenze e poi risolto il contratto in affitto, allorquando risulti che a tale complesso regolamento negoziale le parti si siano determinate al fine di sottrarre il cedente (primo imprenditore) dal rispetto della regola imperativa costituita dal predetto art. 18 stat. lav.».

⁷² Cass., sez. lav., 3 novembre 2003, n. 16444; 13 maggio 2003, n. 7352; 28 ottobre 2002, n. 15207; 4 marzo 2000, n. 2443.

liste di mobilità di cui alla Legge 223/91 di tutti i dipendenti dell'azienda affittata e l'azienda affittuaria si obbliga ad assumere con i benefici di legge un certo numero di dipendenti. In siffatte ipotesi, poiché l'azienda affittuaria ha l'obbligo, scaturente dall'art. 2112 c.c. di assumere i dipendenti dell'azienda affittata, non può ricorrere il beneficio contributivo della decontribuzione, riservato ai soli casi di assunzione per libera scelta e non per obbligo di legge.

Ricorre, altresì, la violazione in parola nel caso di ripetuti licenziamenti e riassunzioni dello stesso lavoratore con l'unica finalità di eludere la normativa sul trattamento di fine rapporto ex art. 2120 c.c.

Così come rientra nella fattispecie fraudolenta l'ipotesi del trasferimento del lavoratore da una società alle dipendenze di un'altra società (aventi un unico complesso economico e attività di impresa unitaria), al fine di poter attribuire alla prima il licenziamento e, quindi, invocare la tutela reale in relazione al numero dei dipendenti della stessa.

Non si verifica, viceversa, alcun atto emulativo o in frode alla legge, né può intravedersi una violazione dei principi di buona fede e correttezza, allorché l'imprenditore alienante, nella imminenza del trasferimento dell'azienda, receda dal rapporto di lavoro nei casi in cui tale facoltà gli sia consentita dalla legge, atteso che se è vero che l'art. 2112, comma 4, c.c., come modificato dalla Legge 29 dicembre 1990 n. 428, dispone che il trasferimento non può essere di per sé ragione giustificativa di licenziamento, è altrettanto innegabile la previsione che l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale⁷³.

⁷³ Sull'argomento deve precisarsi che con una recente pronuncia (sent. 6 marzo 2014 – Sez. XI) la Corte di Giustizia UE, ha dichiarato che «il cedente e il cessionario possono identificare un ramo d'azienda al momento della cessione, anche se questo, prima di allora non esisteva come entità autonoma».

5. Il lavoro interinale...

Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo o lavoro interinale (dal latino "*interim*", provvisorio), meglio conosciuto come "lavoro in affitto"⁷⁴, è stato introdotto dalla Legge 24 giugno 1997, n. 196 (c.d. pacchetto Treu). Con la normativa in parola si è codificata nell'ordinamento italiano una fattispecie giuridica prima non solo non prevista, ma anche assolutamente vietata: era, infatti, inibito all'imprenditore ricevere qualsiasi forma di lavoro mediante assunzione di manodopera, da inserire nel proprio organico, da parte di un soggetto appaltatore (o subappaltatore o intermediario), e da quest'ultimo retribuita.

Ed invero, fino all'accennata innovazione, il mercato del lavoro in Italia avveniva in regime di "monopolio", dal momento che tutte le assunzioni erano rigidamente regolate da un collocamento pubblico, peraltro in aperta dissonanza con quanto stabilito dal Trattato CE (artt. 82 e 86, ex artt. 86 e 90), che ha indotto anche la Corte di Giustizia Europea a sanzionare il nostro Paese per il mancato riconoscimento, nell'accennato meccanismo, di un sistema idoneo a creare una soluzione di libera concorrenza⁷⁵.

Il processo che ha portato all'introduzione, anche in Italia, della "locazione dei lavoratori", non è stato dei più semplici e ha dato luogo a vivaci ed accese diatribe, dovute sia a retaggi culturali che alla vigenza della Legge 23 ottobre 1960, n. 1369, la quale, come detto, sanciva il divieto dell'interposizione di manodopera nel contratto di lavoro⁷⁶, con il chiaro

⁷⁴ Come viene chiamato da francesi e spagnoli, mentre in Germania viene definito "leasing di manodopera".

⁷⁵ In tale senso, cfr. Corte di Giustizia Comunità europee, 11 dicembre 1997, Job Centre coop. S.r.l., causa C-55/96.

⁷⁶ L'art. 1 della legge espressamente prevedeva che «È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società

intendimento di combattere il degradante fenomeno, spesso collegato a organizzazioni malavitose, del caporalato, molto diffuso da decenni, specie nel mezzogiorno e in particolari settori come quello agricolo⁷⁷.

Pertanto, nonostante le accennate dispute, con la richiamata normativa anche in Italia è stato consentito alle imprese e ai lavoratori, peraltro come già avveniva in buona parte dell'Europa, di usufruire di uno strumento di flessibilità, al fine di semplificare le pratiche di selezione del personale e di velocizzare il reperimento di risorse umane per brevi periodi.

Con il contratto in parola, un'impresa autorizzata, detta "fornitrice" (che, di fatto, è un'agenzia specializzata, necessariamente iscritta presso un apposito albo tenuto dal Ministero del lavoro) assume uno o più lavoratori, detti "prestatori di lavoro temporaneo", mettendoli a disposizione di altra impresa, detta "utilizzatrice"⁷⁸ che ha necessità di integrare il proprio organico per lo svolgimento di una prestazione lavorativa dovuta al soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo⁷⁹. In sostanza, il lavoratore è assunto dall'agenzia, ma presta la sua attività presso l'utilizzatore. Pertanto, si ha una vera e propria forma di interposizione della società fornitrice tra l'azienda che effettivamente utilizza la prestazione di lavoro e il lavoratore. Si tratta, dunque, di una particolare forma di "contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo", attraverso cui le aziende utilizzatrici possono beneficiare

anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari».

⁷⁷ Come è noto, il caporale illegalmente si interponeva (e ancora oggi, si interpone, nonostante la prevista figura criminosa introdotta nel codice penale dalla legge del 2011 intitolata "intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro"), tra il reale datore di lavoro e il lavoratore, al fine di evitare in capo al primo, le responsabilità derivanti dal rapporto.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, della Legge 196/1997, «Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo è il contratto mediante il quale un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, di seguito denominata "impresa fornitrice", iscritta all'albo previsto dall'articolo 2, comma 1, pone uno o più lavoratori, di seguito denominati "prestatori di lavoro temporaneo", da essa assunti con il contratto previsto dall'articolo 3, a disposizione di un'impresa che ne utilizzi la prestazione lavorativa, di seguito denominata "impresa utilizzatrice", per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo individuate ai sensi del comma 2».

⁷⁹ Esigenze spesso dettate dalla necessità di sostituire personale assente, realizzare specifiche attività, in presenza di un maggior carico di lavoro e così via.

temporaneamente di una prestazione lavorativa, senza però assumersi tutti gli oneri che derivano dall'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato.

Da tale particolare forma di lavoro è dato rilevarsi che il contratto⁸⁰ è fondato sul rapporto di tre soggetti: l'impresa fornitrice, quella utilizzatrice e il lavoratore⁸¹.

Nei casi in cui si verifica l'assunzione di lavoratori temporanei mediante agenzie non autorizzate o non iscritte negli appositi albi, oltre alle sanzioni civili e penali previste dalla legge, trova applicazione la richiamata Legge 1369/60 sul divieto di intermediazione di manodopera.

Con il chiaro intendimento di evitare abusi, il Legislatore ha previsto il numero massimo dei lavoratori che possono essere impiegati in affitto rispetto a quelli assunti direttamente⁸², nonché la specifica utilizzazione dei lavoratori medesimi: ad esempio, è previsto che essi possono essere utilizzati per la sostituzione di lavoratori assenti qualsiasi sia la causa, per acquisire specifiche qualifiche professionali normalmente non utilizzate; al contrario, fra le varie ipotesi previste, non è ammessa l'utilizzazione se l'impresa, nell'anno precedente alla richiesta di affitto, ha provveduto a licenziamenti o cassa integrazione, per bassi profili professionali o per la sostituzione di lavoratori in sciopero⁸³. E ciò con il chiaro scopo di evitare

⁸⁰ Il contratto dovrà necessariamente rivestire la forma scritta, pena l'automatico passaggio dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore: il contratto di lavoro col fornitore interposto si considera, cioè, a tutti gli effetti instaurato con l'utilizzatore interponente. Alla conversione soggettiva del rapporto si aggiunge, inoltre, la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato.

⁸¹ Quest'ultimo si considera assunto dall'agenzia di lavoro (impresa fornitrice), da cui dipende formalmente e che esercita il potere disciplinare, mentre quella utilizzatrice esercita il potere di direzione e di controllo sulle prestazioni del lavoratore ed è tenuta a corrispondere alla prima, oltre il costo per il servizio di fornitura di manodopera, l'ammontare delle retribuzioni dovute e gli oneri previdenziali ed assistenziali.

⁸² L'art. 1, comma 8, della Legge 196 del 1997 dispone che «I prestatori di lavoro temporaneo non possono superare la percentuale dei lavoratori, occupati dall'impresa utilizzatrice in forza di contratto a tempo indeterminato, stabilita dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa stessa, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

⁸³ Le esigenze, previste all'art. 1, comma 2, L. 196/97, che giustificano il ricorso al contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo sono individuate nei casi: previsti dal CCNL della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice; di temporanea utilizzazione in qualifiche

che l'utilizzatore si serva della disciplina in oggetto per eludere altre disposizioni cogenti o per sottrarsi all'applicazione di norme più severe in materia di lavoro.

L'accennata tipologia contrattuale, in particolare in ordine alla mancanza dei motivi di ricorso al lavoro temporaneo, ha dato origine ad un diffuso ricorso al Giudice del Lavoro, sia di merito che di legittimità, che ha costantemente reiterato il principio in virtù del quale nei contratti di fornitura di lavoro temporaneo deve essere specificata la causale, non essendo sufficiente una indicazione generica⁸⁴: «la genericità della causale rende il contratto illegittimo, per violazione della L. 196 del 1997, art. 1, commi 1 e 2, che consente la stipulazione solo per le esigenze di carattere temporaneo rientranti nelle categorie specificate nel comma 2, esigenze che il contratto di fornitura non può quindi omettere di indicare, né può indicare in maniera generica e non esplicativa, limitandosi a riprodurre il contenuto della previsione normativa [...] La legittimità del contratto di fornitura costituisce il presupposto per la stipulazione di un legittimo contratto per prestazioni di lavoro temporaneo»⁸⁵. In carenza in particolare

particolari non previste dai normali assetti produttivi dell'azienda; di sostituzione di lavoratori assenti per qualsiasi ragione (compresa malattia o ferie). È, tuttavia, vietata la fornitura di lavoro temporaneo: per le qualifiche di esiguo contenuto professionale; per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, sospesi o con orario ridotto che hanno diritto al trattamento di integrazione salariale; presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura (salvo che la fornitura avvenga per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto); a favore di imprese che non dimostrano alla Direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei rischi; per le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi.

⁸⁴ È, infatti, previsto che il contratto debba indicare, tra le altre cose, oltre all'impresa fornitrice e quella utilizzatrice, i motivi della fornitura, le mansioni alle quali il lavoratore sarà adibito ed il relativo inquadramento, il luogo, l'orario ed il trattamento normativo ed economico (che è determinato non dall'agenzia, bensì dall'impresa utilizzatrice e non può in ogni caso essere inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice); la data di inizio ed il termine dello svolgimento dell'attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice.

⁸⁵ Così Cass., sez. lav., 17 gennaio 2013, n. 1148, che prosegue nei seguenti termini: «Ne consegue che l'illegittimità del contratto di fornitura comporta le conseguenze previste dalla legge sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e, quindi, l'instaurazione del rapporto di lavoro con il fruitore della prestazione, cioè con il datore di lavoro effettivo; inoltre, alla conversione soggettiva del rapporto si aggiunge la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal d.lg.

del requisito della motivazione, si avrà, dunque, una omessa o non sufficiente indicazione delle ragioni che hanno indotto l'impresa utilizzatrice a servirsi di questa determinata tipologia contrattuale, non consentendo, così, il controllo (in ultima istanza del Giudice) sulla liceità o fraudolenza della scelta del contratto⁸⁶.

Con le statuizioni n. 10560 del 7 maggio 2013 e n. 11411 del 13 maggio 2013 il Supremo Consesso ha, consolidando l'orientamento precedente, ribadito che il contratto di fornitura di lavoro temporaneo che risulti privo della causale, determina la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra l'impresa utilizzatrice ed i lavoratori. «L'illegittimità del contratto di fornitura comporta le conseguenze previste dalla legge sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, e quindi l'instaurazione del rapporto di lavoro con il fruitore della prestazione, cioè con il datore di lavoro effettivo. Infatti, l'art. 10, primo comma, collega alle violazioni delle disposizioni di cui all'art. 1, commi 2, 3, 4 e 5 (violazioni di legge concernenti proprio il contratto commerciale di fornitura), le conseguenze previste dalla Legge 1369 del 1960, consistenti nel fatto che "i prestatori di lavoro sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni"⁸⁷. [...] Alla conversione soggettiva del rapporto, si aggiunge la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal decreto legislativo 368 del 2001 ai fini della legittimità del lavoro a tempo

368 del 2001 ai fini della legittimità del lavoro a tempo determinato tra l'utilizzatore ed il lavoratore». Di recente, v. Cass., sez. lav., 8 gennaio 2014, n. 161.

⁸⁶ Ove l'indicazione della causale del ricorso alla somministrazione sia addotta, «rimane ferma la necessità di una verifica diretta, onde accertare l'effettiva esistenza delle esigenze cui si ricollega l'assunzione del dipendente, al fine di evitare che il ricorso alla somministrazione avvenga per causali non corrispondenti a quelle poste a giustificazione del contratto di assunzione». A tali conclusioni è giunta Cass., 24 febbraio 2012, n. 2521 in riferimento al contratto di somministrazione a termine, che vedremo in seguito.

⁸⁷ In tal senso si è espressa la Corte, in modo univoco e costante, con una pluralità di decisioni: si vedano Cass., sez. lav., 23 novembre 2010, n. 23684; Cass., sez. lav., 24 giugno 2011, n. 13960; Cass., sez. lav. 5 luglio 2011, n. 14714.

determinato tra l'utilizzatore ed il lavoratore⁸⁸. L'effetto finale è la conversione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato tra l'utilizzatore della prestazione, datore di lavoro effettivo, e il lavoratore»⁸⁹.

Risulta agevole comprendere come il rapporto interinale, anche per l'assenza nel proprio assetto normativo di uno specifico divieto di reiterazione contrattuale, spesso ha dato luogo alla violazione di cui all'art. 1344 c.c. anche da questo particolare angolo visuale. La frode alla legge può verificarsi, in particolare, in tutti quei casi in cui vengano reiteratamente conclusi contratti con lo stesso lavoratore che veniva avviato presso la medesima impresa utilizzatrice, eludendo, in tal modo, la temporaneità, che costituisce elemento essenziale della fattispecie e fonda la giustificazione del sistema stesso.

Secondo la Corte di Cassazione, la *ratio* della disciplina di cui alla Legge n. 196 del 1997, consiste nella possibilità di utilizzare prestazioni di lavoro temporaneo fornite da una impresa terza, per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo della impresa utilizzatrice. Qualora il requisito della temporaneità venga eluso, si è di fronte ad una ipotesi di frode alla legge. I Giudici di Legittimità, infatti, a seguito di una attenta valutazione, hanno correttamente individuato tutta una serie di ipotesi elusive che, attraverso un collegamento negoziale tra impresa fornitrice e impresa utilizzatrice, andavano a realizzare «una fattispecie complessa, di sostanziale proroga reiterata dell'unico originario contratto, a fronte pertanto di esigenze stabili di occupazione e quindi con finalità elusive della disciplina di legge». In conseguenza di ciò, è stato enunciato il principio di diritto in virtù del quale «La mancata previsione nella L. n. 196 del 1997 di un divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore avviato presso la medesima

⁸⁸ Sul punto, v. anche: Cass., sez. lav., 8 maggio 2012, n. 6933.

⁸⁹ Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10560.

impresa utilizzatrice non esclude la possibilità di valutazione della relativa vicenda nei termini di cui all'art. 1344 c.c. quando essa costituisca il mezzo, anche attraverso intese, esplicite o implicite, tra impresa fornitrice e impresa utilizzatrice concernenti la medesima persona del prestatore, per eludere la regola della temporaneità dell'occasione di lavoro che connota tale disciplina»⁹⁰.

Come vedremo, però, questa giurisprudenza ormai consolidata rischia di essere stravolta a seguito della emanazione della recentissima Legge 16 maggio 2014, n. 78, secondo cui, tra le varie novità, non è più necessaria, per la validità del contratto, l'indicazione della causale per cui viene stipulato.

Discorso in un certo senso analogo può essere fatto in caso di contratto di formazione e lavoro: poiché il fine della disciplina è quello, appunto, di formare un lavoratore, l'impossibilità di svolgere tale compito, perché lo stesso è già competente ed esperto, causa la nullità del contratto per frode alla legge ex art. 1344 c.c., perché posto in essere al solo scopo di usufruire indebitamente delle agevolazioni di legge⁹¹. In questo caso, dunque, la mancanza dell'elemento formativo realizza una violazione del modello negoziale predisposto dal Legislatore, dal momento che la funzione tipica del contratto, ravvisabile nel conseguimento di una preparazione complessiva, porta con sé la naturale conseguenza che

⁹⁰ Sono le parole di Cass., sez. lav., 2 luglio 2009, n. 15515, ripresa, tra le altre, da Cass., sez. lav., 15 luglio 2011 n. 15612; Cass., sez. lav., 2 luglio 2009 n. 15515, asserisce, inoltre, che «In caso di reiterati contratti di fornitura di lavoro temporaneo con corrispondenti avviamenti a termine sempre del medesimo lavoratore al fine di fronteggiare una stabile esigenza dell'utilizzatore si configura una frode alla legge con conseguente dichiarazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore».

⁹¹ Oscilla nella qualificazione sanzionatoria Cass., sez. lav., 7 agosto 2004, n. 15308, a tenore della quale «Nel contratto di formazione e lavoro, l'impossibilità di formare il lavoratore in quanto lo stesso è già esperto determina la nullità del contratto per frode alla legge (ove della circostanza le parti siano state consapevoli al momento della stipulazione), ovvero per difetto di causa».

qualora la professionalità è già stata conseguita, viene meno la ragione stessa del contratto, così realizzando quanto previsto dall' art. 1344 c.c.⁹².

Anche se, come vedremo di qui a un momento, le norme relative al lavoro interinale sono state abrogate dal D.Lgs. 276/2003, che ha introdotto il contratto di somministrazione, la questione è tuttavia ancora attuale, dal momento che i contratti di lavoro interinale stipulati prima del 24 ottobre 2003 restano in vigore fino alla loro scadenza.

6. ... e la trasformazione in contratto di somministrazione di lavoro.

Al fine di garantire una maggiore tutela alle reali esigenze lavorative e sferrare un ulteriore colpo alla devastante piaga del lavoro sommerso, incentivando maggiormente l'inserimento, specie dei giovani, nel mercato lavorativo, il lavoro interinale è stato sostituito dal D.Lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 ed entrato in vigore il 24 ottobre⁹³, il quale ha dato vita ad una nuova figura giuridica che ha, in parte, ridefinito le situazioni contrattuali nel mercato: il contratto di somministrazione di lavoro.

Tale innovazione si è resa ancora più impellente a causa delle mutevoli condizioni economiche e produttive del Paese, che rendevano ormai obsoleto l'appalto di manodopera che, come noto, si fondava sul principio generale del divieto di intermediazione di cui all'art. 1 della Legge

⁹² Inoltre con la statuizione del 7 agosto 2004, n. 15308, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha precisato che «...il contratto di formazione e lavoro [...] è affetto da nullità per illiceità della causa, atteso che in tale ipotesi non può realizzarsi la funzione propria di tale contratto, previsto dal legislatore per favorire l'occupazione e l'inserimento in attività produttiva».

⁹³ Il Decreto è stato emanato in attuazione della c.d. Legge Biagi, del 14 febbraio 2003, contenente "Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro". L'art. 3, contenente le finalità della disciplina, al comma 1 prevede che «Le disposizioni contenute nel presente titolo hanno lo scopo di realizzare un sistema efficace e coerente di strumenti intesi a garantire trasparenza ed efficienza del mercato del lavoro e migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione, con particolare riferimento alle fasce deboli del mercato del lavoro».

n. 1369 del 1970, il quale, secondo quanto già precisato, veniva in rilievo tutte le volte in cui risultava violato il disposto di cui all'art. 1, comma 1⁹⁴.

La nuova materia è regolata dagli artt. da 20 a 28 di detto decreto e, così, come per il lavoro interinale precedentemente delineato, prevede la partecipazione di tre soggetti: il lavoratore, che presta la propria attività; l'utilizzatore (che può essere un'impresa, un professionista o anche un privato, come nelle ipotesi di lavoratori domestici; in maniera innovativa rispetto a quanto previsto per il lavoro interinale, poi, la somministrazione si estende anche alle Pubbliche Amministrazioni, le quali, tuttavia, possono stipulare contratti solo per periodi determinati); il somministratore (ora "Agenzia per il lavoro", dotata sempre di idonea autorizzazione da parte del Ministero del lavoro). Sotto il profilo soggettivo, pertanto, il contratto continua ad essere di tipo trilaterale.

Analogamente al lavoro interinale, la somministrazione consente alle aziende di stipulare un contratto di fornitura di manodopera, al fine di far fronte a momentanee esigenze dell'utilizzatore, per il tempo necessario. Contrariamente a quanto disciplinato dalla previgente fattispecie, utilizzata unicamente per prestazioni temporanee, tuttavia, nella somministrazione la fornitura lavorativa può anche avvenire, per determinate attività⁹⁵, a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*), a tempo pieno o parziale, e per qualsiasi categoria di lavoratori (operai, impiegati, quadri, dirigenti etc.).

La Legge 23 dicembre 2007, n. 247 ha abrogato la somministrazione a tempo indeterminato, poi reintrodotta successivamente con la legge

⁹⁴ L'art. 1, comma 5, della Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 testualmente prevedeva che «I prestatori di lavoro occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni».

⁹⁵ Si tratta, ad esempio, di servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico; servizi di pulizia, custodia, portineria; trasporto di persone, macchinari e merci; gestione di call-center; gestione di attività imprenditoriali; altri casi previsti dalla contrattazione nazionale, territoriale o aziendale.

finanziaria 2010 (23 dicembre 2009, n. 191), la quale ne ha, tra l'altro, ampliato il campo di applicazione⁹⁶.

Anche in questo caso, tuttavia, la disciplina può essere strumentalmente utilizzata al fine di eludere altre disposizioni normative.

Il D.Lgs. 276 del 2003, sanziona espressamente diverse ipotesi di violazione della normativa in esso contemplata. Nonostante l'abrogazione della Legge 1369 del 1960, contenente disposizioni in tema di "Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro", il D.Lgs. 276 del 2003 ne ha sostanzialmente mantenuto il regime sanzionatorio in caso di violazione delle norme sulla somministrazione. Sono, infatti, previste, in un *climax* ascendente di gravità, la fattispecie di somministrazione irregolare⁹⁷, somministrazione abusiva⁹⁸ e somministrazione fraudolenta.

⁹⁶ Il contratto di somministrazione (che, come visto, deve rivestire la forma scritta, pena la sua nullità e la conseguenza di considerare a tutti gli effetti i lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore) può essere a tempo indeterminato, nel qual caso è soggetto alla disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato (durante il tempo di non utilizzazione, è previsto che il lavoratore resti a disposizione del somministratore, percependo, per il periodo di inattività, una indennità definita di disponibilità). Per il lavoro di somministrazione a tempo determinato – ammesso per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo sostitutivo, senza tuttavia alcun onere di specificazione –, si applicano le regole del contratto a termine, fatta eccezione per le disposizioni in tema di diritto di precedenza, riassunzione, successione nei contratti. Il contratto di somministrazione a tempo determinato può essere prorogato (con il consenso del lavoratore e per atto scritto), ma un massimo di 6 volte e per una durata complessiva comunque non superiore a 36 mesi. Rimangono ferme alcune limitazioni, non potendo tale tipo di contratto essere stipulato: per sostituire lavoratori in sciopero; in caso di licenziamenti collettivi da parte dell'azienda nei precedenti 6 mesi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale; per le imprese non in regola con le norme di sicurezza. Così come originariamente previsto per il lavoro interinale, l'agenzia di somministrazione ha l'obbligo di retribuire il lavoratore ed ottemperare al versamento degli oneri previdenziali ed assistenziali. Il lavoratore, inoltre, per tutta la durata del rapporto lavorativo, ha diritto di esercitare i diritti sindacali presso l'azienda utilizzatrice e matura il diritto alle ferie in termini di ore e giorni secondo quanto previsto dai rispettivi contratti collettivi.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 27, si ha somministrazione irregolare quando la somministrazione di lavoro viene effettuata senza il rispetto dei limiti e delle condizioni previsti agli articoli 20 e 21 del D.Lgs. 167/2003: si tratta, dunque, della fattispecie nella quale confluiscono tutte le ipotesi di somministrazione realizzata senza i requisiti formali e sostanziali previsti dalla legge. Si configura una somministrazione di lavoro irregolare, e quindi illecita, sia nel caso in cui difetti un'impresa reale sia nel caso in cui l'impresa, pur se effettiva, non utilizzi la propria organizzazione nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto e non assuma quindi il rischio d'impresa in relazione all'opera o al servizio di cui al medesimo contratto: Trib. Milano, 8 ottobre 2012.

⁹⁸ Tale fattispecie si verifica non solo in caso di esercizio non autorizzato delle attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale (art. 18, comma 1, D.Lgs. 167/2003), ma anche nel caso di utilizzazione illecita, posta

Dall'apparato sanzionatorio menzionato risulta di tutta evidenza come, anche nel vigente sistema normativo, la fornitura a terzi di prestazioni lavorative risulta lecita solo se effettuata con le modalità, alle condizioni e nei limiti stabiliti dalla legge⁹⁹.

Come anticipato, all'apice del sistema piramidale di fattispecie sanzionatorie si trova quella, più grave, della somministrazione fraudolenta, disciplinata e sanzionata all'art. 28 del D.Lgs. Essa si verifica quando «la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore» e le ammende previste per tale ipotesi¹⁰⁰ si sommano a quelle civili e penali dettate per la somministrazione abusiva. Viene, così, severamente punita una condotta specificamente diretta alla utilizzazione della somministrazione per fini fraudolenti.

Come è stato correttamente osservato¹⁰¹, la natura distinta e autonoma della fattispecie sanzionatoria della somministrazione fraudolenta, essendo finalizzata a reprimere tutte le ipotesi di somministrazione, tanto regolare quanto irregolare, nelle quali sia possibile rinvenire l'esistenza di una specifica finalità fraudolenta, ben può coesistere con le altre ipotesi di violazione prima menzionate.

in essere da chi si serve della manodopera somministrata da un soggetto privo dei requisiti di legge (art. 18, comma 2). In questa ipotesi, sono comminate sanzioni sia penali che amministrative.

⁹⁹ Come chiaramente esposto da G. FALASCA-P. SANNA-L. VICHI a cura di, *Somministrazione di lavoro, lavoro intermittente e lavoro accessorio*, in *La riforma del lavoro*, n. 5, Il Sole 24 ore, pag. 112, «Il combinato disposto dell'abrogazione della Legge n. 1369/1960 e del contestuale recupero del sistema sanzionatorio per i casi di somministrazione, appalto e distacco illecito non fa venire meno il divieto d'interposizione, in quanto resta un principio cardine del nuovo regime sanzionatorio il divieto di dissociazione, fuori dai casi consentiti, tra titolarità del rapporto di lavoro e prestazione lavorativa. Tuttavia, cambia notevolmente la tecnica normativa con cui il divieto viene posto, in quanto esso viene meno come divieto esplicito ma diventa lo specchio negativo di tutte le ipotesi in cui la somministrazione sia realizzata fuori dalle forme previste dalla legge; in altri termini, il legislatore non definisce esplicitamente la fattispecie della "interposizione illecita", ma la ricostruisce a contrario definendo i casi e le condizioni che rendono lecita la somministrazione».

¹⁰⁰ Si tratta di una ammenda di 20 euro per ogni lavoratore coinvolto, moltiplicato per ciascun giorno di somministrazione fraudolenta, da comminare sia al somministratore che all'utilizzatore.

¹⁰¹ G. FALASCA-P. SANNA-L. VICHI, op. ult. cit., pag. 117.

La *figura iuris* della somministrazione fraudolenta non va, tuttavia, confusa con quella della somministrazione in frode alla legge: la prima, cioè, non equivale alla seconda né vi è tra le due figure un rapporto di *genus* e *species*. La somministrazione fraudolenta, prevista come visto dall'art. 28 del D.Lgs. 276 del 2003, assume rilievo solo da un punto di vista penale e richiede la necessaria sussistenza del dolo specifico; viceversa, la somministrazione in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* si verifica tutte quelle volte in cui, fermo il rispetto dei requisiti formali e sostanziali previsti per il contratto tipico, esso risulti, nella pratica, elusivo di una o più norme imperative, a prescindere dallo specifico intento elusivo delle parti.

In particolare, il contratto di somministrazione può essere utilizzato come mezzo per eludere le norme protettive sulla tutela reale del posto di lavoro e sulla assunzione diretta dei lavoratori. Pertanto, in «caso di serrata consecuzione di contratti di lavoro temporaneo, con utilizzazione prolungata dello stesso lavoratore, da parte della medesima azienda, nella medesima sede, per le medesime mansioni, si è in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti di una frode alla legge, di cui sono consapevoli il fornitore e l'utilizzatore, con conseguente nullità dei contratti e dichiarazione della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'utilizzatore»¹⁰². Come anche in frode alla legge risulta l'operazione negoziale, posta in essere dal datore, di licenziamento di lavoratori e successiva riassunzione mediante contratti di somministrazione¹⁰³.

In conclusione «anche in questo caso occorrerà valutare l'operazione economica complessiva, concentrando l'attenzione sul risultato effettivamente raggiunto. Così, qualora risulti oggettivamente comprovato, sulla base della situazione di fatto realizzata, che la scelta del contratto di

¹⁰² È il caso trattato da App. L'Aquila, 25 Giugno 2010, n. 817.

¹⁰³ Per una esauriente trattazione della questione di rinvia a G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2011.

somministrazione costituisce un pretesto per strumentalizzare il negozio a manovre elusive di norme imperative, potrà trovare applicazione l'art. 1344 c.c.»¹⁰⁴.

Pochissimi giorni fa è stata, tuttavia, approvata una Legge, la n. 78 del 16 maggio 2014 (che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 20 marzo 2014, n. 34), con la quale sono state apportate significative variazioni alla disciplina dei contratti a tempo determinato e di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Con tale normativa il Legislatore ha innalzato da 12 a 36 mesi la durata del rapporto a tempo determinato (anche in somministrazione), abolendo la necessità, ai fini della validità della stipula contrattuale, dell'indicazione della causale (c.d. acasualità). Indipendentemente da numero dei rinnovi, le proroghe vengono elevate da 1 a 5 (il decreto c.d. "Poletti" ne prevedeva 8). Come a voler compensare l'introduzione di detta innovazione, la nuova disciplina prevede una percentuale predeterminata dell'utilizzo dei contratti a termine, pari al 20%¹⁰⁵. Il superamento della nuova soglia legale comporterà, contrariamente alla più severa stabilizzazione fino ad allora prevista, una sanzione pecuniaria¹⁰⁶.

Vale la pena richiamare l'attenzione anche sulla ulteriore e diversa ipotesi del "distacco", prevista e disciplinata all'art. 30 del D.Lgs. n. 276 del 2003, nemmeno essa immune da attacchi elusivi. Secondo la norma, si verifica distacco quando «il datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un

¹⁰⁴ È il pensiero espresso da G. BOLEGO, *ibid.*, pag. 171.

¹⁰⁵ Percentuale rapportata al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione, e non con riferimento alla generica nozione di "organico complessivo", come previsto dal decreto legge prima della conversione. La norma transitoria di cui all'art. 2 bis, prevede che le aziende che alla data di entrata in vigore della legge possono far valere un organico superiore, devono provvedere a conformarsi all'accennata percentuale entro la fine del 2014, sempre che la contrattazione collettiva o aziendale, non preveda un limite percentuale più favorevole.

¹⁰⁶ La sanzione sarà pari al 20%, rapportata alla retribuzione complessiva, nel primo caso di superamento nella singola unità produttiva, fino a raggiungere il 50% per le omissioni successive (sanzione che deve essere versata allo Stato e verrà impiegata per finanziare il Fondo occupazione. Il limite del 20% non trova applicazione nel settore della ricerca).

altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa». Come chiaramente previsto, ai fini della legittimità del distacco la legge richiede che il datore di lavoro abbia un interesse all'esecuzione della prestazione presso l'impresa beneficiaria. Ed è proprio la presenza di tale interesse che consente di qualificare il distacco come lecito e non come somministrazione irregolare: ogni qualvolta, dunque, si dimostri la sussistenza di un vantaggio (che può essere di natura economica, organizzativa o di altro genere) per il distaccante dall'affidamento del lavoratore all'azienda terza, l'operazione potrà essere qualificata come lecita. Viceversa, nel caso in cui il prestatore di lavoro sia destinato a un'altra impresa al solo fine di soddisfare una esigenza di questa, si avrà una somministrazione non autorizzata di manodopera. La verifica della reale sussistenza di detto interesse andrà, dunque, svolta in modo concreto, analizzando caso per caso se esso sia legittimo o miri alla realizzazione di finalità fraudolente o comunque, anche indirettamente, volte alla riduzione dei trattamenti dovuti al lavoratore¹⁰⁷.

7. La frode ai terzi: autonomia della fattispecie?

Apparentemente rientrante nell'alveo dell'istituto di cui all'art. 1344 c.c. è la frode ai terzi. Con questa espressione si fa riferimento ad una pattuizione finalizzata a recare pregiudizio a soggetti diversi dalle parti, cioè, all'operazione fraudolenta realizzata dalle parti al fine di frustrare l'esercizio legittimo di diritti dei terzi.

¹⁰⁷ G. FALASCA-P. SANNA-L. VICHI, op. cit., pag. 70. Va ricordato, infine, che l'art. 12 della Legge n. 128/2011 ha introdotto una specifica ipotesi di reato per i soggetti che svolgono attività di intermediazione e reclutamento di manodopera mediante sfruttamento, violenza, minaccia o intimidazione dei lavoratori, per la quale è prevista la reclusione da 5 a 8 anni e una sanzione pecuniaria variabile da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore coinvolto; se i lavoratori coinvolti sono più di 3 oppure ci sono minori, il reato è aggravato.

In verità, si tratta di due fenomeni che da sempre sono stati tenuti distinti.

A differenza di quanto accade per la frode alla legge, espressamente sanzionata all'art. 1344 c.c. con la nullità del contratto, non vi è un'analogia previsione nel caso in cui ad essere frodate siano le ragioni di soggetti privati, non esistendo norme che sanciscono l'invalidità di contratti stipulati in frode a diritti di terzi. Né, seguendo l'impostazione tradizionale, tali diritti trovano immediata e precisa tutela nella disposizione codicistica dell'art. 1344 c.c. il quale, come è noto, prevede la nullità per il contratto che persegue in maniera indiretta una finalità vietata dall'ordinamento giuridico perché contraria a norme imperative.

Si è, tuttavia, fatto notare¹⁰⁸ che il contratto in frode ai terzi, oltre e prima che ledere diritti di soggetti privati, si porrebbe in contrasto con interessi generali tutelati dall'ordinamento. Si pensi all'ipotesi delle norme in tema di prelazione agraria: la loro elusione non solo viola il diritto del prelazionario ad essere preferito (alle condizioni viste) nell'acquisto del fondo confinante, ma frustra anche l'interesse posto alla base della disciplina, consistente, come visto, nella promozione dell'attività agricola, nella maggiore produttività dei fondi e nella continuità nella coltivazione dei terreni.

La circostanza, dunque, che il Legislatore non abbia espressamente previsto l'ipotesi della frode ai terzi non significa che essi restino sforniti di tutela: per far valere i propri diritti tali soggetti dovranno, infatti, servirsi dei rimedi specifici che l'ordinamento, di volta in volta, appresta. Ad esempio, nel caso menzionato della frode ai diritti del prelazionario legale, è previsto l'esercizio del diritto di riscatto. In quello, più frequente, di frode

¹⁰⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 588; P. UBALDI, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale* di G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), III, Torino, Utet, 1990, pag. 649; da ultimo, F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, Cedam, 2008, pag. 638.

ai creditori, i relativi diritti sono tutelati mediante il sistema delle azioni revocatorie, ordinarie e fallimentari¹⁰⁹.

I più significativi indirizzi, in ordine all'accennata differenziazione, ci pervengono dai Giudici, di merito e di legittimità, che intravedono una indubbia diversità, strutturale e di disciplina, tra contratto in frode alla legge e contratto in frode ai terzi.

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, «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.). 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)»¹¹⁰.

«Il motivo illecito che, se comune e determinante, determina la nullità del contratto, si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento perché contraria a norma imperativa, ai principi dell'ordine pubblico o del

¹⁰⁹ Secondo F. DI MARZIO, op. ult. cit., pag. 640, «Il problema della frode ai terzi va pertanto risolto ponendo attenzione alla violazione di un interesse fondamentale della collettività (interesse di ordine pubblico). Se l'elusione cagiona danno oltre che all'interesse privato anche all'interesse della collettività, se dunque il marchingegno negoziale viola una norma imperativa di ordine pubblico, scatta l'applicazione dell'art. 1344 c.c. (presupposto necessario della quale è la illiceità del contratto elusivo). Quando ciò non accade, e l'elusione danneggia solo interessi privati, non vi è alcuna violazione di norme imperative di ordine pubblico, e nessuna possibilità di applicare l'art. 1344 c.c. Varranno altri rimedi. Resta infatti fermo che il contratto in frode ai terzi è comunque un comportamento umano pregiudizievole di situazioni soggettive tutelate. Come fatto, esso rientra negli illeciti sanzionati dalla clausola generale dell'art. 2043 c.c. Il terzo danneggiato può dunque esperire la tutela aquiliana nei confronti delle parti che, contrattando, hanno violato un diritto soggettivo riconosciuto al terzo (si parla di contratto in danno dei terzi)».

¹¹⁰ Cass. civ., 20 marzo 2008, n. 7485; in questi termini si erano espresse anche Cass. civ., 24 ottobre 1983, n. 6239 e Cass. civ., 16 giugno 1981, n. 3905.

buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa. Pertanto, l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri quale quello di attuare una frode ai creditori, di vanificare un'aspettativa giuridica tutelata o di impedire l'esercizio di un diritto non è illecito, ove non sia riconducibile ad una di tali fattispecie, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale (come per il contratto in frode alla legge) l'invalidità del contratto in frode dei terzi, per il quale, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale»¹¹¹.

La principale differenza che viene evidenziata tra frode alla legge e frode ai terzi risiederebbe, dunque, come emerge anche dalle pronunce riportate, nel fatto che nel secondo caso i diritti dei terzi sono tutelati mediante specifici mezzi (revocazione, riscatto o simulazione).

Si è, tuttavia, fatto notare¹¹² che, in realtà una frode ai terzi può essere realizzata anche quando non è previsto uno specifico rimedio a loro favore. Si pensi al trasferimento di ramo di azienda effettuato allo scopo di eludere la normativa in tema di lavoro subordinato e licenziamento: in questo caso, i lavoratori non hanno un rimedio specifico per la tutela dei loro diritti. In simili ipotesi, il rimedio concesso ai terzi per tutelare la loro posizione non può che avvenire mediante il ricorso all'art. 1344 c.c. Ne consegue che «posta la diversità del rimedio, le fattispecie molte volte coincidono per tutto il resto. Innanzitutto, anche la frode al terzo il più delle volte presuppone un procedimento, e così, come accade per la frode alla legge, è difficile realizzarla con un unico atto: dunque una identità di struttura; ma soprattutto essa è identificata, così come la frode alla legge, dal fatto che le parti agiscono per l'esclusivo interesse di eludere la norma

¹¹¹ Cass. civ., 4 ottobre 2010, n. 20576. Il caso riguardava la costituzione di pegno di titoli costituito con un terzo, finalizzata ad arrecare pregiudizio ai creditori fallimentari. Nello stesso senso, Cass. civ., 10 luglio 2008, n. 19030.

¹¹² G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008, pag. 54 e segg.

sfavorevole. Il criterio per sventare la frode al terzo è quello stesso che si usa per sventare una qualunque altra elusione. [...] E quindi anche la frode al terzo viene individuata con gli stessi indici e criteri della frode alla legge, il che, unito a quanto già detto, rende il caso della frode al terzo una ipotesi rientrante nella clausola della frode alla legge»¹¹³.

Pertanto, nonostante l'ipotesi della frode ai terzi, facendo perno sulla specificità dei rimedi che la contraddistinguerebbero, venga tradizionalmente separata da quella della frode alla legge, in assenza di detti rimedi, i terzi i cui diritti risultano lesi da un'operazione fraudolenta posta in essere da altri soggetti, possono tutelare la loro posizione facendo ricorso alla più generica previsione di cui all'art. 1344 c.c.

8. Evasione, elusione e frode al fisco.

Una ipotesi peculiare di frode ai terzi può essere ravvisata nei casi in cui essa investa quel particolare terzo che è il fisco.

La tendenza, in costante aumento soprattutto in periodi come quello attuale particolarmente critici per l'economia nazionale, dei contribuenti a cercare scappatoie per evitare o quanto meno ridurre l'imposizione fiscale a cui sono soggetti, fa sì che grande eco abbia il fenomeno della violazione o dell'aggiramento delle norme tributarie. Questo obiettivo viene, generalmente, raggiunto o mediante evasione o mediante elusione fiscale. Nonostante il nostro ordinamento non contempli una nozione specifica

¹¹³ G. CRICENTI, *ibid.*, pag. 56, il quale porta il caso di un ultranovantenne usufruttuario di un fondo rustico che lo cede in affitto ad un terzo per venti anni, allo scopo di evitare che alla sua morte il bene ritorni al proprietario (la vicenda è stata decisa da Cass. civ., 25 luglio 2003, n. 11561), e quello in cui il proprietario di un fondo si riserva una striscia di terra (c.d. cintura di castità) per far venire meno il requisito della contiguità con il fondo limitrofo ed impedire, così, il diritto di prelazione del proprietario di quest'ultimo (Cass. civ., 27 luglio 1990, n. 7579). In entrambi i casi, i diritti (frodati) dei terzi potranno essere tutelati dimostrando, rispettivamente, che l'usufruttuario e il proprietario del fondo agricolo non avevano altro interesse che quello di impedire a terzi l'esercizio dei loro diritti. Nello stesso senso, S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 28 e segg.

delle fattispecie, può dirsi che la prima indica la situazione in cui, una volta verificatisi i presupposti per la contribuzione, il contribuente si sottrae, anche parzialmente, agli oneri di imposta; la seconda si verifica, al contrario, quando il contribuente pone in essere una operazione attraverso la quale evita proprio il sorgere dei presupposti contributivi¹¹⁴. Poiché, dunque, in caso di evasione fiscale si ha una violazione diretta delle norme tributarie, un problema di frode alla legge può utilmente porsi solo in relazione alle ipotesi di elusione: solo in questo caso, infatti, le parti ottengono un risparmio d'imposta senza diretta violazione della legge tributaria, ma, utilizzando le carenze e le lacune dell'ordinamento, pongono in essere un comportamento apparentemente lecito attraverso cui, in realtà, conseguono lo stesso risultato economico che la legge intendeva assoggettare a imposizione¹¹⁵.

Pure se è innegabile che le finalità perseguite sono identiche, tendendo il contribuente ad ottenere un risparmio di imposta (finalità del tutto lecita, nel quadro del principio economico delle scelte razionali), a differente conclusione deve giungersi per quanto concerne le modalità adoperate. Mentre, infatti, come detto, con la evasione viene occultata la fattispecie generatrice dell'obbligo imponibile, non eseguendo gli obblighi

¹¹⁴Secondo E. BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, traduz. a cura di Forte, Milano, 1954, pag. 27, «si ha elusione di imposta allorquando attraverso un determinato procedimento intenzionale, fin da principio, venga posto in essere un patto che non integri i presupposti per l'imposizione, oppure attenui la grossezza dell'imposta dovuta; in ciò l'elusione differisce dall'evasione dell'imposta, per la quale esiste il fatto che è fondamento dell'imposizione, ma la sua esatta valutazione da parte degli organi amministrativi viene impedita mediante un comportamento illegale del contribuente». In questa ultima ipotesi, secondo l'Autore, il soggetto passivo dell'imposizione, nonostante abbia posto in essere il presupposto del tributo, si sottrae, in tutto o in parte, agli obblighi ad esso connessi, mediante un fatto commissivo od omissivo.

¹¹⁵A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, I, pag. 1198 e segg., si configura elusione tributaria «allorquando il soggetto, pur non realizzando la fattispecie imponibile prevista dalla legge tributaria, consegue per una diversa via il medesimo risultato economico che la legge intendeva assoggettare ad imposizione, o un risultato economico equivalente o sufficientemente fungibile con esso». Il Tribunale di Roma, con sentenza del 25 ottobre 1988, n. 3906, testualmente scrive che «nessuna norma [...] vieta al contribuente di continuare a realizzare gli interessi economici o risultati economici sufficientemente fungibili con quelli oggetto di imposizione, ma rivestiti di forme giuridiche diverse da quelle espressamente previste dal legislatore tributario, che gli consentono anche di sfruttare eventuali 'smagliature' nell'ordinamento positivo ovvero di fare leva su norme che accordano trattamenti fiscali preferenziali a specifiche operazioni economiche».

ad essa connessi e violando le relative norme¹¹⁶, tramite la elusione si impedisce il sorgere della fattispecie impositiva, ottenendo con un comportamento in apparenza consentito un risultato analogo (risparmio d'imposta) a quello che la norma elusa voleva evitare¹¹⁷. La prima opera *contra legem*, la seconda *extra legem*.

Pur essendo concordi nel ritenere la elusione un fenomeno deprecabile da combattere (non solo per le perdite erariali, ma anche per evitare distorsioni delle politiche fiscali e nella allocazione delle risorse), anche tramite l'opera ermeneutica, la dottrina e la giurisprudenza erano concordi nel ritenere lecita la relativa condotta, in assenza di una specifica norma antielusiva¹¹⁸. Norma che è stata poi introdotta, come vedremo subito, con il D.P.R. 600 del 1973. Inoltre, un simile comportamento

¹¹⁶ A. LOVISOLO, op. cit., qualifica la fattispecie dell'evasione tributaria come «qualsiasi fatto, commissivo od omissivo, del soggetto passivo dell'imposizione che, pur avendo posto il essere il presupposto del tributo, si sottrae ai connessi obblighi previsti dalla legge».

¹¹⁷ Va evidenziato come l'elusione è senz'altro più agevolmente conseguibile per il tramite di più atti tra loro collegati, piuttosto che attraverso un singolo atto.

¹¹⁸ Ma, si veda Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, secondo cui anche nel sistema anteriore all'entrata in vigore del D.P.R. 600 del 1973 andava sanzionata con la nullità il negozio o la operazione che non procurasse alcun vantaggio economico e il cui unico fine fosse quello di procurarsi un risparmio fiscale. Nella specie: «Nella disciplina anteriore all'entrata in vigore dell'art. 37 bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall'art. 7 del D. Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una clausola generale antielusiva, non può negarsi l'emergenza di un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale. In riferimento all'ipotesi in cui l'acquirente di azioni da un fondo comune d'investimento, dopo averne percepito i dividendi, abbia rivenduto i titoli al fondo stesso al fine di consentire l'elusione del regime fiscale previsto dall'art. 9 della legge n. 77 del 1983 (come sostituito dal D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 83) (c.d. *dividend washing*), l'applicazione del predetto principio si traduce nella individuazione di un difetto di causa che dà luogo alla nullità dei contratti collegati di acquisto e di rivendita delle azioni, non conseguendo dagli stessi alcun vantaggio economico per le parti, all'infuori del risparmio fiscale. Tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale, comporta l'inefficacia dei contratti nei confronti del fisco, con conseguente esclusione del credito d'imposta previsto per l'acquirente dei titoli dall'art. 14 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (nel testo anteriore all'integrazione apportatavi dall'art. 7 bis del decreto-legge 9 settembre 1992, n. 372, conv. con modificazioni nella legge 5 novembre 1992, n. 429)». Va, tuttavia, sottoposta a critica la pronuncia nella parte in cui ritiene «superflua ogni indagine in ordine ad ipotesi di simulazione oggettiva o d'interposizione fittizia o reale, consentendo di superare anche la prospettazione della frode alla legge o della non meritevolezza di tutela del contratto», in quanto «non configurabili in presenza di contratti tipici»: viene, infatti, così, demolita la contraria e ormai consolidata opinione per la quale la meritevolezza di tutela di una fattispecie contrattuale prescinde dalla sua tipicità, ben potendo la stessa essere utilizzata dalle parti per fini diversi e divergenti rispetto a quelli a cui la normativa risulta preordinata.

contrasta in maniera palese con il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Carta Costituzionale, che sancisce la regola cardine del sistema tributario secondo cui tutti devono concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, senza perciò stesso voler assolutamente sminuire il legittimo diritto alla ricerca del regime fiscale meno oneroso e al conseguente risparmio di imposta¹¹⁹.

Nonostante non esista una definizione legislativa in positivo del fenomeno, i suoi caratteri possono desumersi *a contrario* da una analisi della disposizione antielusiva introdotta dall'art. 37 *bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Il primo comma della citata norma dispone che «Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti». Elementi qualificanti l'elusione fiscale sono, dunque: l'intento di aggirare un obbligo o un divieto normativo (superando, così, il precedente concetto di frodolenza¹²⁰); l'assenza di valide ragioni economiche¹²¹ (da intendere nel senso di una apprezzabilità economico-gestionale, come esplicitamente enunciato nella relazione ministeriale al D.Lgs. 358/97); il fine di ottenere un'indebita riduzione del carico tributario¹²².

Guardando alle soluzioni che altri Paesi, europei e non, hanno dato al problema, si ha una percezione ancora più netta della peculiarità della

¹¹⁹ A. GARCEA, *Il legittimo risparmio di imposta: profili teorici e casi materiali*, Padova, Cedam, 2000, pag. 12.

¹²⁰ L'art. 10 della Legge 29 dicembre 1990, n. 408 prevedeva che «È consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta».

¹²¹ Si è adottato, dunque, il criterio americano del c.d. *business purpose*, la cui mancanza giustificerebbe la qualificazione come elusiva della operazione posta in essere dal contribuente.

¹²² La Commissione Regionale di Torino, sez. X, nella sentenza 23 settembre 1998, n. 167, definisce l'elusione come «quel comportamento del contribuente volto a sottrarsi scaltramente ad un obbligo d'imposta – idem a lucrare benefici, deduzioni non spettanti – pur nel rispetto formale delle leggi e che si concretizza nello sfruttare le possibili scappatoie offerte dalle disposizioni fiscali, dalla vaghezza delle norme, dalle insufficienze di tecnica legislativa».

materia, influenzata com'è dalla reazione dei singoli ordinamenti al depauperamento del gettito erariale causato da comportamenti elusivi dei contribuenti. In alcuni casi, infatti, il solo intento di eludere norme tributarie, accompagnato da un utilizzo distorto di strumenti di per sé leciti, viene ritenuto sufficiente ad integrare una ipotesi di elusione punibile¹²³.

Proprio per l'annosa questione il Giudice di Legittimità,¹²⁴ ha affrontato le problematiche connesse con l'elusione fiscale¹²⁵. Con le decisioni nn. 20398 e 22932 del 2005 la Suprema Corte di Cassazione, pur rimarcando il principio della inesistenza nell'ordinamento italiano di una specifica disposizione antielusiva (almeno fino all'entrata in vigore dell'art. 37 *bis* del D.P.R. 600/1973, la quale si pone, a parere di una parte della dottrina e della giurisprudenza, come codificazione di una clausola generale antielusiva¹²⁶), ritiene che il contratto posto in essere per evitare imposizioni onerose, o più onerose, concretizza pur sempre un abuso di diritto, violando il principio dell'autonomia privata, anche ricalcando un orientamento della giurisprudenza comunitaria dove il divieto di abuso viene richiamato quale limite, appunto, all'autonomia privata¹²⁷. Ad avviso della Corte, il divieto di abuso in campo tributario – che ha ottenuto un definitivo riconoscimento con le sentenze delle Sez. Un. nn. 30055, 30056 e 30057, del 23 dicembre 2008 - rileva non solo grazie all'opera della giurisprudenza comunitaria, ma anche da una attenta e corretta disamina della norma costituzionale di cui al richiamato art. 53; ne consegue che

¹²³ È il caso di Paesi come Francia, Germania, Austria, Olanda, Portogallo, e, in ambito extraeuropeo, Stati Uniti.

¹²⁴ Si fa riferimento a Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, poi ripresa da Cass., 14 novembre 2005, n. 22932.

¹²⁵ Peraltro, secondo parte della dottrina, senza risolverli: S. ROMANO, *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, in *Contratti* n. 12, 2008. Bisogna precisare, però, che in tale arresto il Supremo Giudice affronta il problema non sull'intento di "aggirare" norme, bensì sulla diversa problematica connessa col beneficio di agevolazioni fiscali; infatti l'elusione viene in rilievo non solo nelle ipotesi menzionate, ma anche allorché si pone in essere un comportamento tendente a beneficiare di agevolazioni fiscali non dovute.

¹²⁶ Cfr., per la giurisprudenza, Comm. Trib. Reg. Lombardia, 4 febbraio 2008, n. 85; per la dottrina, G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹²⁷ Corte di Giustizia, 2 maggio 1996, C-206/1994; 12 maggio 1998, C-367/1996; 30 settembre 2003, C-167/2001.

«non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale».

Va, in ogni caso, ricordato che la stessa Cassazione, in altre sedi, ha chiarito che la frode al fisco rileva esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria¹²⁸, non determinando, tra le parti, la nullità per illiceità dell'atto, quando vi sia la volontà delle stesse di concludere il negozio¹²⁹.

Queste essendo le premesse, si è provveduto anche a distinguere dei concetti spesso erroneamente ritenuti interscambiabili in tale ambito. Se, infatti, da una parte, nessuna distinzione, a livello pratico, è ravvisabile tra abuso ed elusione fiscale, essendo due modi diversi di definire lo stesso disvalore, dall'altra, bisogna tenere separati questi concetti, non solo, come visto, da quello di evasione fiscale, ma anche da quello di frode alla legge.

La frode al fisco, sebbene presenti diversi punti di contatto con l'abuso del diritto, perseguendo entrambi il risultato di "aggirare" l'applicazione delle norme impositive, se ne distingue in quanto l'art. 1344 c.c. commina la sanzione della nullità al negozio che abbia eluso l'applicazione di norme imperative, mentre l'elusione ha ad oggetto le

¹²⁸ Cfr. Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816, secondo cui «La amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 c.c.); la relativa prova può essere fornita con qualsiasi mezzo, anche attraverso presunzioni».

¹²⁹ La questione trattata da Cass., 20 aprile 2007 n. 9447 concerneva una ipotesi di frode al fisco realizzata, al fine di ottenere risparmi d'imposta, attraverso una simulazione soggettiva: si era, cioè, fatto apparire come associato in partecipazione o come socio della costituenda società di fatto per la gestione di un parcheggio un prestanome – la moglie – al posto dell'effettivo titolare, in ragione dei minori redditi della parte apparente del negozio.

norme impositive, che non sono norme imperative nel senso voluto dalla norma, ed è sanzionata con l'inopponibilità.

A parere di Hensel¹³⁰, la frode fiscale è «un inadempimento colpevole della pretesa tributaria già validamente sorta attraverso la realizzazione della fattispecie, mentre nell'elusione si impedisce il sorgere della pretesa tributaria, evitando la fattispecie legale». Pertanto, nell'ipotesi di frode fiscale si realizza un vero e proprio reato e affinché possa ravvisarsi la condotta idonea a realizzare la fattispecie criminosa, è sufficiente la semplice idoneità della condotta intesa alla violazione delle norme tributarie: essa viene in rilievo, ad esempio, nei casi di dichiarazione fraudolenta (allorquando ci si avvale di false fatturazioni o documenti inesistenti¹³¹), dichiarazione infedele (quando viene dichiarato un importo imponibile inferiore a quello accertato o una imposta inferiore a quella dovuta), emissione di fatture false o occultamento di documenti contabili.

La dottrina prevalente, però, esclude che tra le norme imperative rientrino pure le leggi fiscali¹³², anche per la ragione che dal contratto in frode alla legge fiscale non deriverebbe la nullità. Non essendo, infatti, poste a tutela di interessi generali situati al vertice della scala valoriale, le norme tributarie, secondo tale orientamento, non sarebbero qualificabili come norme imperative: esse si limitano a stabilire oneri a carico del contribuente e, dunque, mirano al soddisfacimento di interessi pubblici settoriali e non generali¹³³, con la conseguenza che la loro violazione troverebbe sanzione nello stesso sistema tributario¹³⁴.

¹³⁰ A. HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 1956.

¹³¹ Condotta per cui la legge prevede la pena della reclusione fino a sei anni e l'interdizione dai pubblici uffici.

¹³² L. CARRARO, *Frode alla legge*, in NDI, VII, Torino, 1961, pagg. 647-651.

¹³³ S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 25.

¹³⁴ *Ex multis*, Cass., 3 settembre 2001, n. 11351; Cass., 5 novembre 1999, n. 12327.

Coerentemente con l'orientamento appena espresso, risulta prevalente l'indirizzo di legittimità¹³⁵ secondo cui la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità ed efficacia del contratto, ma ha rilievo solo in ambito tributario¹³⁶. Lo stesso Statuto del contribuente esclude qualsiasi rilevanza civilistica alla violazione di norme fiscali, mentre la Circolare del Ministero delle Finanze 320/1997 precisa che la norma antielusiva «può spiegare i suoi effetti esclusivamente nell'ambito tributario, ferma restando [...] la validità degli atti civilistici posti in essere dal contribuente»¹³⁷.

Non mancano, però, voci contrarie, sia della dottrina che della giurisprudenza, che qualificano anche le norme tributarie come norme imperative in senso stretto e, come tali, suscettibili di essere oggetto di frode alla legge ex art. 1344 c.c. Secondo questo orientamento, la frode può ravvisarsi sul presupposto che «appare tramontata la posizione che negava alla frode alla legge fiscale ogni conseguenza sulla validità, fondandosi talora sulla pretesa assenza di imperatività nella norma

¹³⁵ Cfr. Cass., 24 novembre 1979, n. 6155; 19 giugno 1981, n. 4024; 24 ottobre 1981, n. 5571; 27 ottobre 1981, n. 5515; 8 novembre 1995, n. 11598; più di recente, Cass., 22 luglio 2004, n. 13621.

¹³⁶ Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4785, ritiene che «Le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale, non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni». In tema di contratti locatizi aventi ad oggetto immobili destinati ad uso diverso da quello abitativo, Cass. civ., 18 marzo 2008, n. 7282 ha sancito che, «la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità del contratto, ma ha rilievo esclusivamente tributario». In senso conforme: Cass., 22 luglio 2004, n. 13621; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16089.

¹³⁷ Cfr. Cass., 3 settembre 2001, n. 11351, in cui si legge che «Prima dell'entrata in vigore dell'art. 37 *bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall'art. 7 del D.L.vo 8 ottobre 1997, n. 358 - che con disposizione, non avente efficacia retroattiva, ha attribuito all'Amministrazione finanziaria ampio potere di disconoscere, a fini antielusivi, gli effetti degli atti compiuti dal contribuente al fine di beneficiare di un trattamento fiscale più vantaggioso - detta amministrazione non aveva il potere di riqualificare i contratti posti in essere dalle parti, prescindendo dalla volontà concretamente manifestata dalle stesse, per assoggettarli ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello altrimenti applicabile, neppure in virtù degli art. 1344 e 1418 c.c., che sanciscono la nullità dei contratti che costituiscono «il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa». Tali disposizioni, infatti, considerano l'illiceità quale causa di nullità e non di conversione del contratto in frode alla legge nel contratto che costituisce presupposto per l'applicazione della norma, che le parti intendevano eludere; inoltre le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali, che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico».

tributaria [...], talaltra sulla [...] distinzione tra “frode alla legge” e “frode al fisco”; oggi le posizioni oscillano tra tesi possibiliste [...] e tesi che ammettono con decisione tale forma di nullità [...]. Esse pongono a loro fondamento il concetto civilistico del contratto in frode alla legge indicato dall’art. 1344 c.c.; e giustamente sottolineano come la funzione a cui viene piegato l’accordo, e cioè evitare artatamente il presupposto impositivo, non possa far intravedere nel negozio alcuna causa meritevole di tutela, giacché la funzione tipica dell’atto, in astratto riconosciuta, viene in realtà travolta da una funzione concreta destinata a scopi contrari alla legge»¹³⁸. In tale direzione pare spingere la circostanza che con la elusione fiscale si ha, in realtà, la violazione di una norma imperativa di rango costituzionale, l’art. 53, che, quale disposizione che contempla il principio della tassazione in base all’effettiva capacità contributiva, trova diretta applicazione e la sua violazione darebbe luogo a nullità per frode *ex art. 1344 c.c.* D’altra parte, la stessa Corte di Cassazione ha previsto la possibilità che la amministrazione finanziaria, nell’accertamento della corretta applicazione delle imposte, deduca la nullità dei contratti stipulati dal contribuente per frode alla legge tributaria¹³⁹, statuendo espressamente che il Collegio ritiene «pertinente anche il richiamo all’art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell’interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.)», dissentendo apertamente dalle opposte conclusioni a cui, sul punto, era giunta la stessa Corte con la sentenza 3 settembre 2001, n. 11351.

¹³⁸ Per tali osservazioni si veda G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 253-254; cfr. anche F. GALLO, *Elusione, risparmio d’imposta e frode alla legge*, in RDCO, I, 1989, pagg. 377-391. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 5 gennaio 1985, n. 5; Cass., 18 dicembre 1985, n. 6445.

¹³⁹ Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816, già citata.

CAPITOLO III

IPOTESI DI FRODE ALLA LEGGE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: UN DELICATO BILANCIAMENTO TRA RISPETTO DELLE NORME E TUTELA DEI DIRITTI

1. Le norme di diritto internazionale privato: fonti e funzione.

La frode alla legge, oltre che in relazione al diritto interno, ha trovato terreno fertile anche in ambito internazionale: ciò accade, soprattutto, perché le normative dei vari Stati non sempre (anzi, difficilmente) regolano la stessa fattispecie in maniera omogenea, potendo essere un istituto giuridico regolamentato in maniera assai difforme da Paese a Paese: è il caso, ad esempio, del fenomeno della immigrazione. A tale questione si aggiunge quella, ancora più problematica, di istituti che, non trovando generale accoglimento, sono previsti solo da alcuni ordinamenti e non da altri e, pertanto, risultano maggiormente soggetti a processi elusivi e fraudolenti. Si pensi all'istituto del trust, praticamente sconosciuto agli ordinamenti di *civil law* fino alla Convenzione de L'Aja del 1985 che ne ha previsto una disciplina uniforme, o allo spinoso tema dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, che riceve soluzioni assai differenziate anche all'interno degli stessi Paesi appartenenti all'Unione europea.

Proprio per tentare di prevenire l'insorgere di questioni derivanti da dette divergenze normative o, nel momento patologico, dirimere quelle che eventualmente siano venute a crearsi, è nato il sistema di diritto internazionale privato. Tale branca del diritto trova la sua ragione d'essere nel fondamentale presupposto della diversità delle norme di diritto privato vigenti nei vari Stati; se, infatti, i vari rapporti fossero dovunque regolati da norme di contenuto perfettamente identico, sarebbe del tutto indifferente che in un determinato caso fosse applicata la legge di uno Stato piuttosto che quella di un altro. Scopo del diritto internazionale privato è, in via preventiva, evitare l'insorgere di conflitti di natura privata fra le legislazioni di Paesi diversi o, in via successiva, comporli nel caso in cui tale situazione di conflitto si verifichi.

Il diritto internazionale privato può, dunque, essere definito come il complesso di norme che uno Stato detta per regolare i rapporti privatistici che presentano elementi di estraneità o transnazionalità. Si pensi al caso di un cittadino tedesco che voglia contrarre matrimonio in Francia o a quello dello spagnolo che voglia adottare un figlio in Romania o, ancora, a una successione di un cittadino austriaco che comprenda beni situati sul territorio italiano. In queste ipotesi vi sono elementi di estraneità e troverà, quindi, applicazione la Legge di diritto internazionale privato.

Pertanto, funzione delle norme di diritto internazionale privato è quella di comporre i conflitti di leggi intrinseci nei rapporti internazionali, mediante c.d. norme di conflitto, che individuano un criterio di collegamento idoneo ad identificare quale legislazione dovrà prevalere per quel determinato tipo di rapporti¹.

La definizione "diritto internazionale privato" non è stata immune da critiche, in quanto dalla stessa parrebbe desumersi che tutte le sue norme trovino fondamento nel diritto internazionale, vale a dire nelle norme emanate concordemente da più Stati, a mezzo consuetudini o trattati internazionali, per regolare i rapporti tra loro intercorrenti: in realtà, tali norme appartengono al diritto interno dei singoli Stati, ma risultano, alla luce degli elementi che le connotano, collegati ad ordinamenti di altri Stati². Stiamo parlando, dunque, di norme che, pur essendo destinate a

¹ Ritiene che tale funzione delle norme di diritto internazionale privato debba essere ampliata, ricomprendendo anche la possibilità che esse vengano utilizzate per la «selezione di regole che possano meglio disciplinare una fattispecie dotata di elementi di estraneità anche in ragione della loro uniformità» F. SBORDONE, *Contratti internazionali, regole "a-nazionali" e diritto internazionale privato*, in Gazzetta forense, novembre-dicembre 2008, pag. 140.

² Pari difficoltà ha suscitato la qualifica di norme di "diritto privato", che comunque ha, nel caso di norme interne su tale materia, un significato affatto diverso da quello in cui venga attribuito, invece, a norme di vero e proprio diritto internazionale: si veda in merito CAVAGLIERI, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, 1933. È da escludere, quindi, che la ratio della branca sia quella di regolare i rapporti che sorgono tra cittadini di Stati diversi, anche perché una questione di diritto internazionale privato può anche sorgere tra cittadini del medesimo Stato. Si è, pertanto, proposto di modificare la locuzione "diritto internazionale privato" in "norme di conflitto", ma si tratta di una dicitura anch'essa impropria, dal momento che scopo delle norme di d.i.p. non è quello di comporre un presunto conflitto tra la legislazione nazionale e quella di altri Paesi, essendo tale contrasto solo apparente. Si è parlato anche di "scelta di legge" e di "norme di scelta di legge". Ma

regolare fattispecie che hanno punti di contatto con altre Nazioni, sono parte integrante delle norme di un determinato ordinamento giuridico ed è esclusivamente in esso che spiegano la loro forza.

Per quanto concerne le fonti, a lungo le norme che regolavano la materia sono state costituite da poche disposizioni contenute in diverse fonti normative³, fino alla approvazione ed entrata in vigore della Legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato. Si tratta, tra le fonti interne, del complesso di norme più importanti in materia: la Legge 218/1995 ha abrogato quasi interamente la normativa precedentemente vigente, ed è affiancata, nel delicato compito di regolamentazione della materia, dagli articoli 115 e 116 c.p.c. e 5-14 delle disposizioni preliminari al codice della navigazione. *A latere* si pongono, poi, le fonti esterne, costituite dal Diritto internazionale privato convenzionale o speciale, ovvero le norme di Diritto internazionale privato adottate in esecuzione di accordi internazionali⁴.

Nella parte finale della trattazione verranno, dunque, prese in considerazione delle fattispecie di diritto internazionale privato che, per le loro peculiari caratteristiche, vanno ad inserirsi nel quadro di quelle che realizzano la frode alla legge nel (e del) Diritto internazionale privato.

l'espressione forse più corretta risulta quella di "diritto interno in materia internazionale": con essa, infatti, si sottolinea, da una parte, la matrice interna delle norme, sia quanto a fonti di produzione che ad ambito di applicazione, e, dall'altra, la tipica caratteristica di transnazionalità delle stesse, volte a regolare fattispecie e rapporti collegati a Stati diversi da quello in cui sono in vigore.

³ Si trattava, in particolare, degli artt. 17-31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, nonché di altre disposizioni contemplate nel codice civile, di procedura civile e in quello della navigazione.

⁴ In virtù del principio "*lex specialis derogat generali*", l'art. 2 della Legge 218 del 1995, al primo comma, dispone che «Le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia», che verranno, dunque, applicate di preferenza rispetto a quelle di carattere generale.

2. I trust elusivi.

Abbiamo visto nel primo capitolo che il negozio fiduciario, fattispecie ricondotta al più generale negozio indiretto, non è disciplinato nel nostro ordinamento. Discorso diverso va fatto, invece, per il *trust*⁵, istituto fiduciario di origine anglosassone e creato dai tribunali di equità dei Paesi di *common law*, il quale ha ricevuto accoglimento in Italia con la Legge 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992), che ha reso esecutiva nel nostro Stato la Convenzione de L'Aja relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento dell' 1 luglio 1985. Tale Convenzione, insieme alle leggi straniere in materia, rappresenta il quadro normativo di riferimento sul trust e costituisce una norma di diritto internazionale privato specificamente dettata per questo istituto. Nonostante, però, le affinità con il negozio fiduciario, mentre quest'ultimo è caratterizzato da un patto di tipo obbligatorio e dal valore puramente interno alle parti, il trust è regolato da un *pactum* che ha natura reale e rilevanza esterna, spiegando effetti anche nei confronti dei terzi ai quali è opponibile.

Mancando in Italia una legge che appositamente regolamenti il fenomeno, la legge applicabile al trust è quella scelta dal disponente (c.d. legge applicabile, di cui all'art. 6 Convenzione de L'Aja⁶); qualora non sia

⁵ Per una trattazione dell'argomento, si vedano, tra gli altri: L. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992.; L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1999; S. CAVANNA, *Il trust*, in *I contratti in generale*, a cura di P. CENDON, IX, Torino, 2000; G. THOMAS-A. HUDSON, *The law of Trusts*, Oxford, 2010.

⁶ Secondo tale norma, «Il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente. La scelta deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che istituisce il trust o ne fornisce la prova, interpretate se necessario alla luce delle circostanze del caso. Qualora la legge scelta in applicazione al precedente comma non preveda l'istituto del trust o la categoria del trust in questione, tale scelta è senza effetto e verrà applicata la legge di cui all'art.7». Per quanto concerne la giurisdizione, va anche ricordato il Regolamento del 22 dicembre 2000, 44/2001 CE, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Esso prevede all'art. 5, n. 6, la possibilità che vi sia una competenza "speciale" e che, quindi, una persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro possa essere convenuta in un altro Stato membro «nella sua qualità di fondatore, trustee o beneficiario di un trust costituito in

effettuata alcuna scelta ovvero la legge scelta non preveda l'istituto del trust, si applicherà il criterio di cui all'art. 7 della Convenzione, secondo cui il trust è regolato dalla legge con la quale ha collegamenti più stretti⁷. Resta ferma, in ogni caso, la inapplicabilità di norme straniere che risultino in contrasto con norme imperative e inderogabili del nostro ordinamento (quali quelle sui diritti dei legittimari e sui patti successori)⁸.

Il trust, la cui definizione è contenuta all'art. 2 della Convenzione⁹ e che può sorgere per effetto della stipula di un atto *inter vivos* o *mortis causa*, è idoneo a regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale e non solo. Nello specifico non esiste un modello unitario, ma tante possibili variabili finalizzate al raggiungimento di determinati scopi finali quali, ad esempio, la tutela del patrimonio, la protezione dei beni al fine di renderli insensibili ad ogni evento pregiudizievole che possa

applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il trust ha domicilio». E ancora, in tema di "proroga di competenza", all'art. 23, quarto comma, prevede che: «Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro».

⁷ Il comma 2 dell'art. 7 della Convenzione de L'Aja dell' '85 chiarisce quali siano i criteri per individuare la legge con la quale il trust ha collegamenti più stretti, che fanno riferimento: «a. al luogo di amministrazione del trust designato dal disponente; b. alla ubicazione dei beni in trust; c. alla residenza o domicilio del trustee; d. allo scopo del trust e al luogo ove esso deve essere realizzato».

⁸ L'art. 15 della Convenzione, comma 1, prevede che la stessa «non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie: a. protezione dei minori e degli incapaci; b. effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; d. trasferimento della proprietà e le garanzie reali; e. protezione dei creditori in caso di insolvenza; f. protezione dei terzi in buona fede».

⁹ A tenore della disposizione, «Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente –con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi: a. I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee; b. I beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee; c. Il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee. Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust».

coinvolgerli, la riservatezza, la tutela dei minori, vantaggi fiscali, beneficenza.

I soggetti coinvolti sono solitamente tre e lo schema del trust è il seguente: il disponente (*settlor*), titolare dei beni, li trasferisce a un amministratore fiduciario (*trustee*)¹⁰, il quale ha il potere-dovere di amministrare, gestire o disporre dei beni (di cui ha possesso o controllo) in virtù di quanto disposto dal *settlor* ed a favore di uno o più beneficiari (*beneficiary*) ovvero per un determinato scopo¹¹. Il trasferimento di beni nel fondo del trust è vincolato da un legame che intercorre tra il *settlor* e il *trustee*, che è il cosiddetto *pactum fiduciae*: pertanto, il primo promuove il trust, intestando beni mobili o immobili al secondo, il quale ha il dovere di gestirli secondo i dettami del disponente e nell'interesse del beneficiario o del disponente stesso ovvero per il perseguimento dello scopo determinato dal *settlor* stesso.

L'elemento che maggiormente caratterizza tale istituto è costituito dalla *segregation*, ovvero dalla separatezza dei beni conferiti in trust rispetto al restante patrimonio del *trustee*: la prima delle caratteristiche del trust elencate all'art. 2 della Convenzione è, infatti, che «I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee». Conseguenza di questa peculiarità è che i creditori del *trustee* e del *settlor* non possono aggredire i beni oggetto di trust, che rimangono insensibili ad eventuali vicende esecutive.

¹⁰ L'amministratore è generalmente una persona fisica ma può, in alcuni casi, essere una persona giuridica, come nella ipotesi di un fondo pensione.

¹¹ Non è esclusa la possibilità che il *trustee* non sia un soggetto terzo, ma lo stesso *settlor*: è quanto accade con la *self declaration of trust* (trust autodichiarato), che rende ancora più chiara l'idea di come la caratteristica fondamentale del trust non sia il trasferimento di beni a un *trustee*, bensì l'atto di disposizione con cui viene istituito un patrimonio separato e dotato di una specifica destinazione. Può anche accadere l'ipotesi, diversa, in cui il disponente indichi se stesso come destinatario del trust, nel qual caso le figure di *settlor* e *beneficiary* coincidono. Il *beneficiary* manca nel caso di trust di puro scopo, come quello istituito per fini religiosi o di beneficenza. In alcune ipotesi, poi, il *trustee* può amministrare i beni sotto l'eventuale vigilanza di un terzo (*protector* o guardiano).

Importante è la distinzione tra trust interni e trust esterni (o esteri o internazionali). I primi sono quelli in cui gli elementi soggettivi (la sede o residenza del disponente, del *trustee* e del beneficiario, il luogo di amministrazione del trust) ed oggettivi (i beni conferiti in trust o il luogo in cui devono realizzarsi i suoi obiettivi) sono prevalentemente localizzati in Italia, ma il rapporto è disciplinato da una legge straniera, che costituisce l'unico elemento di estraneità¹². In tutti gli altri casi si parla di trust esterni, che si hanno quando, al contrario, anche gli elementi caratterizzanti la fattispecie sono localizzati all'estero¹³.

La ratifica da parte del nostro Paese della Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento obbliga il giudice italiano a riconoscere un trust straniero su beni che si trovano in Italia. A lungo si è, però, dibattuto se la Convenzione consentisse anche la costituzione di trust interni (ovvero, costituiti da cittadini italiani e relativi a beni situati in Italia) o prevedesse il solo riconoscimento dei trust esterni¹⁴. Dopo un lungo *debate* circa la configurabilità o meno di tale tipologia di trust, la questione è stata risolta nel senso positivo della ammissibilità anche dei trust interni. A tale conclusione si è potuti giungere soprattutto grazie alla introduzione, ad opera della Legge n. 51 del 2006, dell'art. 2645 ter, a tenore del quale «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati [...] alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela [...] possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione». Nella nuova disposizione normativa vi sarebbe un chiaro riferimento al trust, il che renderebbe compatibile l'istituto con il

¹² È il caso di trust costituiti da cittadini italiani aventi ad oggetto beni situati in Italia e regolati da una legge estera. In simile circostanza, il trust è sottoposto alla legge straniera per la regolamentazione dei rapporti sostanziali (*lex causae*), ma a quella italiana per quanto concerne la giurisdizione (*lex fori*).

¹³ In questo caso, si verifica una coincidenza tra legge applicabile e giurisdizione.

¹⁴ Favorevole alla configurazione del trust interno, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*; in senso critico all'ammissibilità, F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi su trust e altre bagattelle)*, in *Rivista Notariato*, 2001/1, pag. 1247 e segg.

nostro ordinamento (sempre, beninteso, ove finalizzato a perseguire interessi meritevoli di tutela)¹⁵.

Può accadere, però, che il trust venga asservito al perseguimento di finalità devianti rispetto alla *ratio* dell'istituto: in questo caso, quando, cioè, il trust viene utilizzato per eludere norme imperative, esso si trasforma in un mezzo di violazione delle stesse e, in quanto tale, nullo per frode alla legge ex art. 1344 c.c. Si pensi al caso di un trust istituito al fine di distribuire i beni ereditari in maniera da violare i diritti dei legittimari; ovvero a quello in cui vengano trasferiti beni di una società in stato di insolvenza, col fine di ripartire le attività in maniera difforme rispetto agli istituti fallimentari¹⁶; o, ancora, alla ipotesi in cui l'istituzione del trust abbia come unica finalità quella di sottrarsi alla responsabilità patrimoniale prevista dall'art. 2740 c.c. In tutti questi casi, si parla di "trust elusivo".

Come accade per numerosi altri istituti giuridici, il trust può, dunque, essere utilizzato a fini evasivi od elusivi: in tal caso, esso risulta contrario alle norme di legge e, dunque, passibile di sanzione. Ne consegue che lo scopo pratico perseguito, così come per ogni istituto, deve essere sempre considerato meritevole secondo i principi dell'ordinamento giuridico di riferimento, avendo esso funzioni ed obiettivi ben diversi da quello illecito

¹⁵ Non manca, tuttavia, chi continua a sostenere la tesi della perdurante inammissibilità dei trust interni, anche in virtù di quanto previsto all'art. 13 della Convenzione, secondo cui «Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione». Va, poi, precisato che l'accezione di trust estero è stata notevolmente mutata con la Finanziaria 2007, la quale ne ha ristretto la definizione. Secondo tale legge, si considerano residenti in Italia (e quindi trust interni), salvo prova contraria: 1. i trust istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle Finanze 4 settembre 1996 (Paesi White List), in cui almeno uno dei disponenti e almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel nostro Paese; 2. i trust istituiti in un Paese diverso da quelli White List quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust una attribuzione che comporti il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi. Risulta, così, ampliata la definizione di trust interno, con il chiaro intento di sottoporre a tassazione in Italia i redditi prodotti da trust costituiti all'estero unicamente per finalità elusive.

¹⁶ Cfr. D. MINUSSI, *Varie tipologie di trust: trust interno e trust estero*, www.e-glossa.it, 2013.

a cui può venire piegato con l'intenzione di frodare i creditori o il fisco o la legge in generale.

Mancando norme interne che disciplinano l'istituto, un ruolo fondamentale è stato svolto dalle Corti di merito, le quali hanno reso effettivo il riconoscimento formalmente conferito a mezzo della legge 364/89. La mancanza di norme equitative nel diritto civile italiano non è stato di ostacolo all'utilizzo del trust, trovando l'istituto legittimazione all'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano a seguito dell'adesione dell'Italia alla Convenzione de L'Aja: quanto detto è dimostrato da svariate pronunce in sede civile, che hanno accertato le lecite finalità di diversi trust anche c.d. interni, ovvero quei trust che, come chiarito, presentano quale unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano la legge regolatrice.

La legge comunitaria 2010 ha, però, previsto che il Governo italiano introduca e disciplini l'istituto del trust ed il disegno di legge n. 2284, presentato dall'allora Ministro della giustizia Alfano, ha delegato il Governo ad apportare modifiche al codice civile in materia di disciplina della fiducia e del contratto autonomo di garanzia. E ciò con il preciso scopo di colmare un vuoto del nostro sistema giuridico che, nonostante l'entrata in vigore della Convenzione sul trust, non contiene una esaustiva regolamentazione positiva dell'istituto.

Ritornando al trust elusivo, il nostro ordinamento è ben equipaggiato a fronteggiare eventuali tentativi di sviamento dalle regolari finalità di quest'istituto, anche di tipo interno, così come dimostrano in particolar modo due pronunce, una del Tribunale di Torino in sede penale ed una del Tribunale di Firenze in sede civile¹⁷. Esaminando la prima¹⁸, un soggetto promette in vendita ad altri due una partecipazione azionaria; la vendita

¹⁷ Per una chiara trattazione dell'argomento, si veda M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, luglio-settembre 2005, pag. 333 e segg.

¹⁸ Trib. Torino, 9 febbraio 2004.

non ha luogo e le parti adiscono il collegio arbitrale previsto nel contratto preliminare. Il lodo attua specificatamente l'obbligo di contrarre e condanna i promissari acquirenti a versare il prezzo al promittente venditore. Quest'ultimo notifica il lodo in forma esecutiva e, nello stesso giorno, i destinatari del provvedimento istituiscono tre trust in Grosseto, con contestuali trasferimenti di numerose proprietà immobiliari, trascritti quattro giorni dopo. Compiendo una visura nei registri immobiliari, il promittente venditore viene a conoscenza dei trasferimenti e presenta immediatamente querela, ipotizzando la commissione del reato di cui all'art. 388 c.p.¹⁹; i beni oggetto di trust vengono sottoposti a sequestro preventivo.

Nel secondo caso²⁰, un soggetto, debitore di una banca, trasferisce un importante pacchetto azionario a *trustee* proprio quando gli veniva richiesto dalla banca creditrice il rimborso di un finanziamento, al quale egli non era in grado di far fronte con i suoi restanti beni. Dal momento che il finanziamento era stato garantito da un terzo, essendo questi stato escusso dalla banca con esito positivo, è dunque il terzo ad agire in giudizio con azione revocatoria del trasferimento ai *trustee* e con richiesta di sequestro conservativo, autorizzata dal Tribunale.

Interessante ai fini della questione del trust elusivo risulta il fatto che entrambi gli atti istitutivi del trust contenevano una particolare clausola secondo la quale «i beni in trust sono separati dal patrimonio personale del trustee [...] e non sono in alcun modo aggredibili né dai suoi creditori personali, né dai creditori del disponente».

¹⁹ L'art. 388 c.p. punisce il reato di "mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice" e al primo comma prevede che «Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032».

²⁰ Trib. Firenze, 6 giugno 2002.

Giova ricordare, a tal punto, la previsione contenuta all'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 364/89 che ratifica la Convenzione de L'Aja, la quale, come anticipato, ha chiaramente previsto, tra gli elementi che caratterizzano l'istituto *de quo*, che «i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del *trustee*»: ne consegue che i beni del trust non possono essere aggrediti né dai creditori del *trustee*, in quanto segregati rispetto al suo patrimonio personale, né da quelli del *settlor*, non potendo essere considerati come facenti parte del patrimonio del loro debitore. Tuttavia, e ovviamente, tale regola è valida nella misura in cui il trust non venga costituito per frodare la legge e/o le ragioni dei creditori²¹: in questo caso, a tutela della loro posizione, è consentito ai creditori di valersi anche sui beni del trust, mediante azione revocatoria ex art. 2901 c.c.²² o, in caso di successioni, azione di riduzione.

Inoltre, in entrambi i casi, il trust è stato istituito immediatamente dopo una precisa richiesta da parte del creditore e, comunque, quando il debito era ormai certo ed esigibile. Tali motivazioni hanno spinto i giudici a guardare alla reale sostanza delle operazioni, disponendo quindi il sequestro dei beni nelle mani di terzi²³.

²¹ Questi essendo i presupposti, il Giudice del procedimento fiorentino ha correttamente affermato che la clausola summenzionata sarebbe nulla qualora volesse realizzare una «fattispecie assoluta di non aggredibilità».

²² Anche se, a rigor di logica, la tutela del credito di cui all'art. 2740 c.c. non dovrebbe proprio trovare applicazione al trust, in quanto il comma 1 si riferisce a beni del debitore, non a beni che sono stati ad esso attribuiti da terzi affinché non si confondano con i suoi restanti (questi sì aggredibili dai creditori) e con il divieto di trarne utilità personale.

A parere di M. SALVATORE (a cura di), *Introduzione all'istituto del Trust*, www.odcec.mi.it, pag. 24, «Solo dimostrando che l'atto di apporto in trust è stato posto in essere dal debitore allo scopo di sottrarre garanzie patrimoniali ai propri creditori, questi ultimi potranno ottenere, con un'azione revocatoria, la revoca dell'atto di conferimento in trust. In questo caso, la effettiva restituzione dei beni conferiti in trust al disponente sarà molto più difficile nel caso in cui il trust sia stato costituito all'estero»

²³ A proposito dell'azione revocatoria, M. LUPOLI, op. cit., pag. 335, ricorda come l'art. 13 della Convenzione de L'Aja trovi applicazione, e quindi un trust non debba essere ritenuto valido, qualora la sua particolare configurazione non renda esperibile l'azione revocatoria per la difficoltà di individuare il convenuto. Nel caso fiorentino, il debitore aveva istituito un trust nei confronti di specifici creditori, il cui credito totale era inferiore a quanto dovuto al fideiussore ricorrente che, al contrario, non risultava tra i beneficiari. Nelle proprie difese, il debitore sosteneva che i trasferimenti erano sottratti all'azione revocatoria in quanto altro non erano che il pagamento di debiti scaduti, tesi palesemente erronea e superficiale, in quanto il trasferimento al *trustee* non è di

Ancora in tema di frode alla legge, una Corte di merito ha rilevato come «Ai fini dell'art. 13 della convenzione de L'Aja non è sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo stato italiano per disapplicare la legge straniera scelta dal disponente, dovendosi invece desumere, per il mancato riconoscimento del trust, un intento in frode alla legge, volto cioè a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare»²⁴.

Una possibile utilizzazione elusiva del trust si può avere anche in ambito tributario. In questo campo, la giurisprudenza di legittimità ha definito fraudolento, e quindi nullo, un trust costituito per fini di frode fiscale, nel caso di un soggetto indagato per associazione a delinquere, in cui risultava egli stesso amministratore del trust (in pratica fiduciario di se stesso)²⁵.

Non si può, pertanto, tacere la circostanza che anche l'istituto del trust, nato per soddisfare finalità del tutto lecite, possa essere utilizzato in maniera fraudolenta, con lo scopo, generalmente, di sottrarre ai creditori la garanzia patrimoniale del debitore²⁶. Tuttavia, va anche evidenziato che, come dimostrano anche le due vicende giudiziarie succitate, una analisi sostanziale ed approfondita delle questioni sottoposte all'esame dei giudici, una analisi, cioè, che tenga conto di tutte le circostanze del caso

per sé un pagamento, ma al limite una preparazione ad esso. Ration per cui il Giudice fiorentino ha ritenuto non sussistente «uno scopo apprezzabile nella istituzione del trust o almeno uno scopo ulteriore non attuabile con una semplice cessione dei beni ai creditori».

²⁴ T. Brescia, 12 ottobre 2004, che prosegue: «l'effetto segregativo trova legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella convenzione de L'Aja ed introdotto nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione; pertanto, il creditore del disponente non può validamente esperire l'azione di espropriazione mobiliare presso terzi sui beni che il disponente abbia trasferito, precedentemente all'azione, al trustee di un trust da lui istituito a favore di una Onlus».

²⁵ Cass. pen., 30 marzo 2011, n. 15276.

²⁶ Tutt'altra cosa è la funzione del trust di protezione del patrimonio. Esso riguarda eventi futuri e incerti, al sopraggiungere dei quali, il potenziale debitore vuole farsi trovare con un patrimonio ridotto o del tutto privo di beni. Tale scopo è consentito (per il tramite di donazioni, mandati) e lecito in diritto civile e può egualmente essere raggiunto attraverso l'istituzione di un trust: il creditore sopravvenuto potrà, in tal caso, contare soltanto sul patrimonio che in quel momento appartiene al debitore, qualora non vi fossero altri strumenti giuridici per il perseguimento degli scopi avuti di mira dal disponente.

concreto, è in grado di sventare qualsiasi tentativo di elusione tentata per il mezzo del trust²⁷.

3. Immigrazione clandestina ed elusione normativa.

Altro settore che presta il fianco a potenziali ipotesi di elusione normativa è quello dell'immigrazione clandestina.

L'immigrazione in Italia è disciplinata dal Testo Unico in materia, ovvero il D.Lgs. 286/1998. Tale Decreto è stato oggetto di diversi rimaneggiamenti, dovuti più a esigenze politiche contingenti che a un vero e proprio disegno legislativo. In particolare, il Testo Unico prevede i requisiti richiesti per ottenere il permesso di soggiorno (ovvero il titolo che giustifica la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato per un periodo superiore ai 3 mesi dall'ingresso), le varie modalità di permesso di soggiorno (per motivi di lavoro, per motivi diversi dal lavoro, per

²⁷ È di avviso parzialmente diverso, ma giunge alle medesime conclusioni M. LUPOI, op. cit., pag. 336, il quale sostiene che su questo istituto si sia creata una sostanziale incomprensione: l'aver pensato che i trust interni potessero essere utilizzati a scopi elusivi, sottraendo patrimoni alla garanzia dovuta ai creditori dal loro titolare. Tuttavia, prosegue l'Autore, immaginare che lo spostamento di beni in un trust possa offrire una resistenza rispetto alle pretese dei creditori è totalmente infondato. E ancora: «Non occorre avvalersi della frode alla legge per mostrare l'errore sottostante a questa posizione; infatti, l'art. 1344 cod. civ. dà per scontato che un contratto riuscirebbe a eludere l'applicazione di una norma imperativa, se la sua causa non fosse reputata illecita in ragione della finalità perseguita, mentre l'istituzione di un trust è, di per sé, insuscettibile di violare alcuna norma imperativa di arrecare danno ad alcuno: la violazione e il danno discendono, se mai, dal trasferimento di beni al trustee o dal vincolo di beni in trust e i relativi negozi, trattandosi di trust interni, sono normalmente sottoposti al diritto italiano. S'intravede, forse, così, la causa della incomprensione della quale dicevo. L'estraneità della legge regolatrice del trust può fare pensare che sia essa a disciplinare i diritti dei creditori del disponente per quanto riguarda gli atti di trasferimento al trustee o di vincolo in trust, ma la stessa Convenzione de L'Aja (art. 4) espressamente esclude gli atti dispositivi dal proprio ambito. D'altronde, quand'anche fosse applicabile la legge straniera, le sue disposizioni in contrasto con norme italiane inderogabili sarebbero comunque inapplicabili in Italia, sia per le riserve contenute nell'art. 15 della medesima Convenzione sia per i principi generali del diritto internazionale privato. I trust interni, quindi, non solo non si prestano ad eludere la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., ma sono sotto questo profilo più agevolmente attaccabili di quanto lo sarebbero i consueti negozi ai quali, in queste circostanze, fanno ricorso i debitori. Si pensi, infatti alla vendita simulata [...]; [in questo caso] spetta ai creditori dimostrare la simulazione [...], mentre il trust inverte i termini del problema: spetta al debitore disponente dimostrare sia le ragioni del trust sia la loro prevalenza rispetto agli interessi dei creditori che agiscono con l'azione revocatoria».

ricongiungimento familiare, per ricerca scientifica, istruzione, etc), le direttive generali regolanti i flussi d'ingresso e, per quel che più strettamente concerne gli intrecci tra tale materia e l'elusione, il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina²⁸.

Tale fattispecie criminosa è disciplinata dall'art. 12 del D.Lgs. in esame, il quale punisce la condotta di chi «promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente»; i commi successivi prevedono delle aggravanti nel caso in cui il fatto riguardi l'ingresso o la permanenza illegale di più persone, sia avvenuto attraverso tecniche inumane o degradanti o con l'utilizzo di armi, sia destinato allo sfruttamento della prostituzione o dei minori, sia finalizzato all'acquisizione di un profitto, anche se indiretto, ecc.

Dal precedente inciso si può anche ricavare che la norma vuole punire sia l'ingresso illegale nello Stato italiano, sia l'ingresso illegale finalizzato alla permanenza in altri Stati aderenti all'area Schengen; viene, in tal modo, chiaramente distinta la situazione di straniero privo di titoli da quella dei cittadini dell'Unione Europea (regolata, da ultimo, dalla direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri), ai quali la legislazione comunitaria conferisce il diritto di libera circolazione all'interno di essa.

Si tratta di un reato comune, di mera condotta ed a forma libera. Per il perfezionamento della fattispecie non è necessario che l'ingresso clandestino si realizzi, essendo sufficiente il fatto di aver posto in essere

²⁸ Sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, F. RAMACCIO-G. SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 113 e segg. e E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, Milano, 2011, pag. 429 e segg.

un'attività diretta a procurare l'arrivo dello straniero: è, quindi, inoltre, un reato di pericolo, a consumazione anticipata e istantaneo. Circa l'elemento psicologico, una distinzione va fatta tra la fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso illegale, a dolo generico, e la fattispecie di permanenza illegale, nell'ambito della quale il fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero vale a configurare il dolo specifico della stessa.

In particolare, l'oggetto di analisi della presente trattazione consiste in una breve rassegna delle ipotesi in cui il soggetto, pur in possesso di un titolo formalmente idoneo per l'ingresso, incorre nella responsabilità penale prevista dalla norma prefata, in quanto il titolo risulta in realtà rilasciato sulla base di informazioni false sulla propria situazione personale e sulle finalità di ingresso e permanenza e, dunque, si rivela sostanzialmente inidoneo. In altre parole, l'aggiramento della norma consiste nell'ottenere il titolo legittimante l'ingresso o la permanenza in base a determinate ragioni, quando poi concretamente si pongono in essere dei comportamenti che, nella sostanza, risultano diversi rispetto alla natura teleologica del titolo.

Bisogna immediatamente evidenziare come, a differenza di quella che è la consolidata opinione comune, la maggior parte degli ingressi o delle permanenze illegali in Italia non avviene attraverso i viaggi sui cosiddetti "barconi", ma è rappresentata da soggetti che entrano legalmente nell'area Schengen in base a visti temporanei e poi permangono utilizzando titoli scaduti o rilasciati per finalità diverse: è il fenomeno dei c.d. *overstayers*²⁹.

La modalità più utilizzata per realizzare tale forma di elusione, consiste nell'ottenere il rilascio di titoli di soggiorno per turismo che

²⁹ Secondo il rapporto sugli immigrati in Italia redatto dal Ministero dell'Interno, nel 2006 la percentuale di *overstayers* era pari al 64% di tutti gli stranieri irregolari, mentre il 23% era rappresentato da stranieri che avevano varcato fraudolentemente le coste e solo il 13% da clandestini sbarcati sulle coste italiane.

consentano di aggirare le norme sull'ingresso e sui flussi migratori previste. Una volta entrati, tali soggetti vengono impiegati in attività di badanti, braccianti agricoli o le donne vengono sfruttate come prostitute³⁰.

Si potrebbe pensare che l'illiceità di tali ipotesi derivi essenzialmente dal momento della permanenza, in quanto la fase dell'ingresso deve ritenersi lecita, e, dunque, l'elusione della norma si compirebbe soltanto nel momento in cui il soggiorno avviene per finalità diverse rispetto a quelle del titolo. In realtà la giurisprudenza sembra dare una lettura diversa di tale fattispecie.

Occorre evidenziare come gli indirizzi giurisprudenziali al riguardo si siano evoluti nel corso del tempo e, da un atteggiamento rivolto a punire esclusivamente il momento del soggiorno illegittimo³¹, facendo salva la legittimità del titolo, si è passati a un atteggiamento che tende a considerare in termini complessivi il fenomeno. Tra le prime pronunce ad inaugurare tale tendenza, si può citare la sentenza n. 22741 dell' 8 maggio 2002³², nella quale si prevede che integra il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina «ogni tentativo di elusione delle disposizioni del T.U. in materia», compresi quelli in cui il visto è stato richiesto ed ottenuto fraudolentemente. La valutazione complessiva del disegno criminoso appare ancora più evidente in una sentenza di legittimità del 2004³³, in cui si afferma esplicitamente la irrilevanza della liceità

³⁰ Su tale forma di elusione della normativa in materia di immigrazione, si veda in particolare L. SARCOLI, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e titoli di soggiorno in frode alla legge*, in *Riv. Polizia*, 2008, pag. 753 e segg.

³¹ *Ex pluribus*, Cass. civ., 16 gennaio 2001, n. 270. In base a tale filone interpretativo la Corte escludeva che si potesse verificare una soluzione di clandestinità, e, dunque, di violazione della norma imperativa, nel caso in cui l'ingresso fosse avvenuto con titoli formalmente legittimi.

³² Cass. pen., 8 maggio 2002, n. 22741, con la quale si accertava la responsabilità penale di un autotrasportatore che accompagnava in Italia stranieri privi dei visti d'ingresso delle Autorità italiane, nonostante questi fossero in possesso del visto del paese di primo ingresso. In tal caso si affermò la rilevanza dello Stato di destinazione principale al fine di individuare la liceità o meno della condotta.

³³ Cass. pen., 12 maggio 2004, n. 23210; tale sentenza riguardava la vicenda di una cittadina straniera, il cui ingresso era avvenuto attraverso un valido passaporto e con la prospettiva di un lavoro stabile. In realtà, una volta entrata in Italia, si era rivelato l'intento criminoso della

dell'ingresso ai fini della configurabilità del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in quanto tale regolarità è meramente pretestuosa: si tratta, infatti, di comportamenti diretti sin dall'inizio a garantire la permanenza dello straniero nello Stato in violazione delle disposizioni del T.U. in materia.

Dunque, il soggiorno ottenuto sulla base di dichiarazioni mendaci preordinate al fine di eludere le norme in materia di immigrazione, deve ritenersi un titolo in frode alla legge, in quanto rilasciato per realizzare un risultato vietato da norme imperative³⁴. Per questa ragione, assai condivisibile appare l'indirizzo giurisprudenziale che tende a considerare globalmente il fenomeno, in quanto permette di valutare la liceità del titolo in base alla concreta attuazione delle sue finalità, senza sganciare il momento formativo del negozio dal suo momento attuativo.

Altro settore in cui sono molto frequenti i casi di elusione, riguarda i permessi di soggiorno per motivi lavoro³⁵. Questi si distinguono in permesso di soggiorno per lavoro subordinato, per lavoro stagionale, per lavoro stagionale pluriennale, per lavoro autonomo. Il numero degli stranieri che può entrare in Italia per motivi lavorativi è rigidamente fissato in appositi decreti, i cosiddetti "decreti flussi", emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base delle indicazioni fornite dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sullo stato dell'occupazione e sul numero degli stranieri iscritti alle liste di collocamento, nonché sui dati concernenti l'effettiva richiesta di lavoro forniti dall'Anagrafe Informatizzata, istituita presso il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

Sia per le ipotesi di lavoro subordinato che stagionale, i requisiti per ottenere il permesso di soggiorno sono: il rilascio di un nulla osta al lavoro

connazionale che l'aveva aiutata ad ottenere i documenti necessari, il cui unico intento era quello di sfruttare la manodopera della donna per appropriarsi della sua retribuzione.

³⁴ L. SARCOLI, op cit., pag. 765.

³⁵ Sul tema del permesso di soggiorno per motivi di lavoro A. CASOTTI-R. GHEIDO, *Il lavoro degli stranieri in Italia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, pag. 83 e segg.

concesso al datore da parte della Questura e un contratto di soggiorno per lavoro sottoscritto dall'immigrato presso lo Sportello unico per l'immigrazione. Nel caso di lavoro autonomo, invece, è lo stesso straniero a richiedere il rilascio del permesso di soggiorno alla Questura, dimostrando di disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività, di essere in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio dell'attività, la non sussistenza di motivi ostativi e la disponibilità di un'idonea sistemazione alloggiativa.

Al riguardo, le modalità di elusione della normativa anzidetta possono essere tra le più disparate.

Uno dei *modus operandi* più diffusi consiste nell'ottenere il rilascio di permessi di soggiorno per motivi di lavoro mediante il tramite di datori di lavoro compiacenti, i quali, una volta ottenuto il nulla osta dall'autorità consolare, al momento dell'effettivo arrivo del lavoratore in Italia, recedono dal contratto e permettono all'immigrato di poter comunque beneficiare del rilascio di un permesso semestrale per ricerca di occupazione³⁶. In questo modo, si capisce come vengano eluse le finalità del rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato o stagionale, il quale diviene un mero titolo per ottenere l'ingresso dello straniero all'interno dello Stato, con l'unica finalità di consentirgli di beneficiare di un permesso per ricerca di occupazione.

Altra ipotesi estremamente frequente in tale ambito, riguarda i permessi di soggiorni per lavoro artistico³⁷. Si tratta di una forma di soggiorno particolare, in quanto esentata dalle limitazioni previste per lo svolgimento di altri lavori. Dalla mancanza di una quota limite prevista per il lavoro artistico, deriva la possibilità di permettere l'ingresso di un numero teoricamente illimitato di persone. L'elusione consiste nel fatto che molte

³⁶ Sulle tutele previste per il lavoratore immigrato nel caso di cessazione del rapporto di lavoro L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 211 e segg.

³⁷ L. SARCOLI, op. cit., pagg. 758-759.

volte i soggetti che entrano all'interno dello Stato sulla base di tale permesso svolgono attività che assai difficilmente possono dirsi artistiche. Affinché un lavoro possa essere qualificato come tale, è indispensabile che vengano garantite determinate caratteristiche, quali un'attività di spettacolo supportata da un programma preciso, da un inizio e una fine della rappresentazione, da coreografie e quant'altro sia necessario per definire tale attività come artistica. Invece, il più delle volte si tratta di un'attività di mero accompagnamento rivolta nei confronti degli avventori del locale o altre attività anche non necessariamente concernenti prestazioni sessuali, le quali, tuttavia, configurano dei comportamenti incompatibili con il fine per il quale è stato rilasciato il visto d'ingresso.

Altra ipotesi interessante ai fini della presente trattazione è quella presa in considerazione nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2044 del 2012³⁸. La vicenda oggetto della sentenza riguarda un cittadino marocchino titolare di carta soggiorno che, in qualità di datore di lavoro, aveva chiesto di regolarizzare un proprio connazionale come badante, ai sensi dell'art. 1 ter, 6° comma del D.L. 78/09, convertito in L. 102/09, il quale prevede la possibilità di assumere due unità (anziché una sola) qualora si tratti di c.d. badanti, ossia lavoratori assunti per l'assistenza a persone affette da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza. Il lavoro del connazionale presunto badante avveniva per quattro, massimo sei ore alla settimana, secondo delle modalità in contrasto con quanto previsto dall'art. 1 ter, 4° comma, lett. f) del D.L. citato, il quale, affinché possa parlarsi di attività di badante, prevede il rispetto di un orario minimo di almeno 20 ore settimanali. Il Consiglio di Stato ha categoricamente escluso

³⁸ Cons. Stato, 5 aprile 2012; in senso conforme Cons. Stato, 22 febbraio 2010, n. 1007; 18 gennaio 2010, n. 127; 17 aprile 2009, n. 2323, nelle quali si evidenzia come l'eventuale stabilizzazione di una relazione lavorativa con caratteristiche di limitata durata, occasionalità o precarietà (che potrebbe peraltro rappresentare la dissimulazione di un rapporto fittizio o sorto unicamente per la finalità della legalizzazione) determinerebbe una distorsione delle finalità della disciplina, che sarebbero invece valorizzate in caso di attività lavorativa che risulti idonea ad offrire un sufficiente affidamento per l'esistenza di un serio impegno lavorativo e l'effettiva prosecuzione e la possibile successiva stabilizzazione del rapporto.

che un'attività quale quella posta in essere dai due stranieri *de quo* possa configurarsi come un'attività lecita tale da giustificare il rilascio di un permesso di soggiorno per motivo di lavoro, dal momento che la figura del badante, per le particolari modalità in cui viene ad operare, fornisce un'assistenza continuativa, talvolta anche sette giorni su sette o ventiquattr'ore su ventiquattro. Un'attività quale quella di cui si discute, può essere qualificata come collaborazione domestica. Dunque, in tal caso, l'elusione riguarda le norme previste in materia di orario lavorativo minimo, le quali, se non rispettate, determinano un intento fraudolento dell'operazione di regolarizzazione, in quanto comporterebbero una qualificazione diversa del rapporto di lavoro.

Notevoli e interessanti sono anche le implicazioni tra il fenomeno dell'elusione delle norme in materia di immigrazione e il diritto di famiglia. Accanto alla tematica dei matrimoni simulati e delle richieste di ricongiungimento familiare in frode alla legge, un istituto particolare, che secondo alcune interpretazioni giurisprudenziali (che tra poco si vedranno) può essere uno strumento per porre in essere un aggiramento delle norme previste in materia, è quello della *kafalah*, di origine marocchina. Stante il divieto coranico dell'adozione, tale istituto, in ossequio al precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e in particolare gli orfani, consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli fino alla maggiore età. La particolarità è che l'affidato non entra a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e all'affidatario non sono conferiti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti. Si distingue una *kafalah* pubblicistica, la quale presuppone una dichiarazione di abbandono, l'accertamento dell'idoneità dell'aspirante affidatario e un provvedimento emesso all'esito di procedura giudiziaria, e una *kafalah*

convenzionale, ove l'affidamento è effetto di un accordo tra affidanti e affidatari, siglato davanti a un giudice o a un notaio, soggetto ad omologazione da parte di un'autorità giurisdizionale.

La particolare configurazione di tale istituto ha indotto parte della giurisprudenza³⁹ a ritenere che esso possa essere utilizzato come strumento per eludere le norme in materia di adozione internazionale, in quanto farebbe discendere gli effetti propri dell'adozione da una fattispecie che non ne possiede propriamente le caratteristiche previste dalla legge⁴⁰.

Le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 21108 del 2013⁴¹, hanno cercato di comporre i contrasti in materia⁴² e di dar luogo a una lettura costituzionalmente orientata che tenesse conto anche di quanto previsto nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 17 dicembre 2000 ed avendo come parametro di riferimento il superiore interesse del fanciullo. Hanno precisato che potrebbe essere ipotizzabile un caso di elusione, solo nella circostanza in cui si trattasse di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri; ma in tal caso deve escludersi tale conseguenza, in quanto il provvedimento straniero che dispone la *kafalah* non è destinato a produrre direttamente effetti giuridici nel nostro ordinamento, ma costituisce soltanto un presupposto di fatto per l'adozione del provvedimento amministrativo interno di

³⁹ Cass. civ., 1 marzo 2010, n. 4868; Cass. civ., 17 dicembre 2010, n. 25661; Cass. civ., 23 settembre 2011, n. 19450.

⁴⁰ Si veda la Legge 31 dicembre 1998, n. 476 di ratifica della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, stipulata a L'Aja il 29 maggio 1993, nonché le modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri.

⁴¹ Cass. civ., Sez. Un., 16 settembre 2013, n. 21108. In tale sentenza la Corte ritiene condivisibili alcune statuizioni individuate nell'indirizzo in precedenza indicato, quali la circostanza secondo la quale la disciplina del ricongiungimento di minore extracomunitario al cittadino italiano al quale sia stato affidato in *kafalah* si rinvia esclusivamente nel D.Lgs. n. 30 del 2007, per poi aderire pienamente all'indirizzo giurisprudenziale che tutela preminentemente l'interesse superiore del minore (v. nota successiva).

⁴² Cass. civ., 20 marzo 2008, n. 7472; 02 luglio 2008, n. 18174; 17 luglio 2008, n. 19734; 28 gennaio 2010, n. 1908.

ricongiungimento. Inoltre, la Corte ha precisato che il carattere fraudolento dell'istituto deve escludersi anche in relazione alla circostanza che dalla *kafalah* non deriva alcun effetto analogo a quello dell'adozione, in quanto ha solo la funzione di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, escludendo, di contro, ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale. Infine, a fugare eventuali intenti elusivi, contribuisce anche il controllo giurisdizionale effettuato dall'autorità giudiziaria del Paese di provenienza del minore.

Dunque, mentre delle possibilità elusive potrebbero riscontrarsi nel modello della *kafalah* convenzionale, nella quale l'affidamento si basa su un accordo tra le parti, esse devono ritenersi escluse per il modello di *kafalah* pubblicistica, nella quale l'idoneità dell'affidatario è stata oggetto di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria che ha agito nell'interesse esclusivo del minore.

4. “Matrimoni di convenienza” e richieste di ricongiungimento familiare in frode alla legge.

Un altro argomento che ha suscitato l'attenzione delle competenti autorità nazionali ed internazionali è quello dei cosiddetti matrimoni di convenienza o di comodo o simulati, ovvero unioni contratte non per le finalità proprie derivanti dal rapporto di coniugio, ma unicamente per ottenere determinati vantaggi connessi al matrimonio, specialmente in materia di permesso di soggiorno, ricongiungimento familiare e acquisto della cittadinanza.

In nessun Paese dell'Unione europea il matrimonio comporta di per sé l'acquisto di pieno diritto della cittadinanza da parte del coniuge

straniero, ma gli attribuisce delle condizioni privilegiate: infatti, il matrimonio con un cittadino facilita l'entrata nel territorio e il soggiorno del coniuge straniero⁴³.

La questione, che va inquadrata nel più generale ambito delle frodi in materia di documenti di identità e di stato civile, riveste un'importanza tale da essere stato istituito un apposito gruppo permanente di lavoro all'interno della CIEC (*Commission Internationale de l'État Civil*, organizzazione intergovernativa di cui fanno parte numerosi Stati europei), con lo specifico compito di studiare il fenomeno della frode in materia di stato civile⁴⁴.

Premesso che il nostro ordinamento non riconosce lo *status* di famiglia alle cosiddette coppie di fatto, il diritto di chiedere il ricongiungimento dei propri familiari⁴⁵ può essere strumentalmente utilizzato per fini fraudolenti. In particolare, per quanto concerne il diritto dei cittadini di Paesi terzi di chiedere il ricongiungimento di familiari anch'essi cittadini di Paesi terzi, nel caso in cui venga accertato che il matrimonio⁴⁶ sia stato contratto allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare e soggiornare nel territorio dello Stato, la richiesta

⁴³ Importante è il contributo nazionale elaborato nel contesto del programma di lavoro EMN per l'anno 2012, *EMN FOCUSED STUDY 2012. Misuse of the Right to Family Reunification: marriages of convenience and false declarations of parenthood - National Contribution from Italy*, che affronta il tema dei c.d. matrimoni di convenienza e delle false dichiarazioni di paternità e maternità.

⁴⁴ Per una panoramica delle legislazioni dei paesi dell'Unione europea in materia di matrimonio, permessi di soggiorno e tecniche legislative adoperate per contrastare il fenomeno dei matrimoni simulati, si veda lo *Studio sui matrimoni di convenienza negli Stati membri della CIEC*, disponibile sul sito www.ciec1.org.

⁴⁵ Diritto riconosciuto, oltre che ai cittadini nazionali e comunitari, ai cittadini di Paesi terzi titolari in Italia di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o familiari: artt. 28-30 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Legge Turco-Napolitano), Testo unico sull'immigrazione (di seguito T.U.I.). Il testo è stato modificato a più riprese, in particolare dal D.Lgs. n. 5 dell'8 gennaio 2007 (a sua volta modificato dal D.Lgs. 3 ottobre 2008, n. 160) per l'attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare, dalla legge n. 94 del 15 luglio 2009 (Disposizioni in materia di sicurezza) e, da ultimo, dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24.

⁴⁶ Ma stesso discorso può farsi con riguardo all'adozione: anch'essa, infatti, come la richiesta di ricongiungimento, può essere usata in maniera impropria e non rispondente alla *ratio* della norma che prevede l'istituto.

di ricongiungimento verrà respinta⁴⁷; inoltre, qualora venga acclarato che al matrimonio non sia seguita “effettiva convivenza”⁴⁸, si procederà alla revoca immediata del permesso di soggiorno ottenuto per ricongiungimento familiare (salvo che dal matrimonio siano nati figli)⁴⁹.

Va, tuttavia, sottolineato che, sulla scorta di quanto previsto dalla nostra Costituzione nonché dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, deve ritenersi illegittimo il divieto di matrimonio per i cittadini di Paesi terzi privi di regolare permesso di soggiorno⁵⁰. Non va, però, sottaciuta la eventualità che la richiesta di cittadinanza venga usata in maniera distorta: è il caso, ad esempio, della circonvenzione di persona anziana, al fine di percepirla la pensione di reversibilità in caso di morte⁵¹.

Diversa è l'ipotesi di un cittadino dell'Unione che si sia avvalso della sua libertà di circolazione e di soggiorno e che intenda ricongiungersi con un suo familiare non comunitario. La fattispecie è regolata dal D.Lgs. 30/2007, attuativo della direttiva 2004/38/CE. Il decreto, che disciplina il diritto di ingresso, circolazione e soggiorno di un cittadino di Stato Membro verso l'Italia (Stato Membro ospitante), prevede che tale diritto si

⁴⁷ Art. 29, co. 9, T.U.I.

⁴⁸ Il requisito della convivenza è, dunque, elemento essenziale. Lo si può desumere anche dall'art. 19, comma 2 lett. c) T.U.I., il quale prevede il divieto di espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana.

⁴⁹ Il T.U.I., all'art. 30, comma 1 bis, prevede che «Il permesso di soggiorno nei casi di cui al comma 1, lettera b), è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole. La richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero di cui al comma 1, lettera a), è rigettata e il permesso di soggiorno è revocato se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato». Non sono previste, in materia, sanzioni penali nel caso in cui la normativa sul ricongiungimento ai familiari venga utilizzata in maniera difforme rispetto allo scopo per cui essa è stata posta.

⁵⁰ Quest'ultimo è, tra l'altro, uno dei modi offerti dal nostro ordinamento perché il cittadino di un Paese extra UE possa regolarizzare il proprio *status* di cittadino di un'altra nazione.

⁵¹ Per limitare il fenomeno, recentemente è stata prevista la penalizzazione delle pensioni di reversibilità degli ultrasessantenni uniti in matrimonio con persone molto più giovani (L. 15 luglio 2011, n. 111.)

trasmetta ai suoi familiari cittadini di Paesi terzi, nei casi e modi stabiliti dalla direttiva⁵².

Su questo specifico punto si innesta anche il problema delle coppie omosessuali. Chiariamo la questione. La domanda di ricongiungimento familiare da parte di un cittadino di un Paese terzo può essere fatta esclusivamente per il coniuge non legalmente separato e i figli minori ovvero per i figli maggiorenni a carico e i genitori a carico o ultrasessantacinquenni che versino in particolari condizioni (di salute, economiche, familiari): viene, dunque, accolta una nozione ristretta di “famiglia”, secondo quanto previsto dall'art. 29, comma 1, Testo unico sull'immigrazione. Parzialmente diversa è, invece, la disciplina sul ricongiungimento tra un cittadino di Paese terzo e un cittadino di un Paese membro dell'Unione europea, che ha esercitato il diritto di libera circolazione previsto dai Trattati dell'Unione: in questo caso, la richiesta di ricongiungimento può riguardare, oltre che il coniuge, i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge, nonché gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge⁵³. Sappiamo, però, che lo *status* di coniuge può acquisirsi solo a seguito di matrimonio, che, come si vedrà diffusamente in seguito, nel nostro Paese è precluso alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Dunque, alla luce della normativa attualmente vigente, non è consentito il ricongiungimento tra cittadini dello stesso sesso.

Va, però, segnalata in materia una recente pronuncia del 2012 del Tribunale di Reggio Emilia⁵⁴, il quale ritiene che debba riconoscersi la qualità di “coniuge” ex art. 2, lettera b), n. 1) del D.Lgs. 30/2007, quando viene provato per via documentale che si sia formata un'unione di tipo

⁵² «In tal caso si consente il ricongiungimento di un “mobile EU-citizen” con i suoi familiari, a prescindere dal loro status di cittadini dell'Unione»: EMN 2012, cit., pag. 5.

⁵³ La previsione è contenuta all'art. 2, D.Lgs. 30/2007, emanato, come detto, in attuazione della direttiva 2004/38/CE.

⁵⁴ Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, relativa al procedimento 1401/2011.

matrimoniale, anche tra persone dello stesso sesso, in un Paese dell'Unione europea che la riconosce secondo la legge nazionale. Dunque, secondo questo orientamento, ciò che andrebbe considerato ai fini della libera circolazione dei cittadini europei (e, dunque, dei loro coniugi e familiari) sarebbe esclusivamente la legge del luogo in cui è stato contratto il matrimonio e non anche la legge nazionale dei coniugi che eventualmente non riconosca il matrimonio *same-sex*⁵⁵.

Una situazione emblematica al riguardo, è senz'altro quella oggetto della sentenza n. 12745 del 2013 della Corte di Cassazione⁵⁶, la quale ha come protagonista una cittadina straniera, già soggiornante regolarmente in Italia da lungo tempo, che si è vista rigettare un'istanza di rinnovo di un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, esclusivamente in base alla circostanza che era venuta meno l'effettiva convivenza tra lei e il coniuge italiano⁵⁷. Dunque, rispetto a tale vicenda, occorre comprendere se l'effettiva convivenza tra i coniugi (uno dei quali cittadino della Unione europea) rappresenti un requisito essenziale per ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari: più precisamente, si vuole capire se tale requisito può effettivamente ergersi a baluardo contro eventuali aggiramenti della norma in materia, oppure non rappresenta un indice automatico di accertamento di un matrimonio fittizio.

La Corte di Legittimità, al riguardo, ha dato luogo ad una lettura interpretativa in senso comunitario, tenendo conto anche di quanto previsto dal D.Lgs. 30/2007, mediante il quale l'Italia ha recepito la Direttiva 2004/38/CE in materia di diritto dei cittadini comunitari e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale direttiva è stata recepita in senso estensivo dallo Stato italiano, in quanto le disposizioni del citato decreto legislativo, se più

⁵⁵ È quanto emerge dallo studio EMN focussed study 2012, cit., pag. 3.

⁵⁶ Cass. civ., 23 maggio 2013, n. 12745.

⁵⁷ Bisogna precisare che la signora aveva già convissuto con il proprio coniuge per almeno sette anni, in forza di regolare permesso di soggiorno per motivi familiari.

favorevoli, si applicano anche ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana⁵⁸.

Inoltre, la Suprema Corte, ha tenuto conto anche della vincolante interpretazione della Direttiva 38 del 2004 da parte dei Giudici della Corte di Giustizia nella sentenza C-127 del 25 luglio 2008⁵⁹. Sulla scorta di tale pronuncia, la Cassazione ha affermato che al cittadino di Paese terzo coniuge di cittadino dell'Unione europea può essere rilasciato un titolo di soggiorno per motivi familiari anche quando non sia regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato: ciò in quanto una lettura che subordinasse la concessione di un titolo di soggiorno al previo soggiorno regolare in uno Stato membro sarebbe in contrasto con il diritto al rispetto della vita familiare sancito nell'art. 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo⁶⁰. Pertanto, deve escludersi che tra i criteri di riconoscimento iniziale e conservazione dei titoli di soggiorno previsti da tale normativa possa farsi rientrare, nell'ipotesi del coniuge del cittadino italiano o UE, la convivenza effettiva. Dunque, le uniche ipotesi che possono concretizzare il venir meno del rapporto di coniugio, tale da giustificare il diniego del rilascio del permesso di soggiorno, sono quelle disciplinate agli articoli 12 e 13 del D. Lgs. 30 del 2007, ovvero divorzio, annullamento del matrimonio⁶¹

⁵⁸ Tale disposizione non era prevista nel testo della direttiva.

⁵⁹ Corte giustizia Comunità europea, 25 luglio 2008, n. 127/08, *Blaise Baheten Metock e altri – Minister for Justice, Equality and Law Reform*, la quale, rispondendo alle questioni sollevate dalla *High Court* irlandese, sancisce che «affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di dignità, il diritto di tutti i cittadini dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri dovrebbe essere concesso parimenti ai loro familiari, a prescindere dalla cittadinanza di questi ultimi» e che «In considerazione del contesto e degli scopi perseguiti dalla direttiva 2004/38, le disposizioni della medesima non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private della loro efficacia pratica», punti 83 e 84.

⁶⁰ A tenore di tale previsione, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁶¹ Più precisamente l'art. 12 del D.Lgs. disciplina le ipotesi in cui il divorzio o l'annullamento del matrimonio contratto con il cittadino italiano conducono alla perdita del diritto al soggiorno, escludendone pertanto la privazione automatica. In particolare, il familiare che non abbia già

o la circostanza che lo straniero rappresenti un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici.

Con il dichiarato fine di contrastare il fenomeno dei “matrimoni di comodo”, la Legge 15 luglio 2009, n. 94, contenente Disposizioni in tema di sicurezza pubblica, ha sostituito l'art. 5 della Legge n. 91 del 1992, che attualmente al comma 1 prevede: «Il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora, al momento dell'adozione del decreto» di acquisto della cittadinanza «non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi». I termini sono dimezzati in presenza di figli nati o adottati dai coniugi. Si sono, così, resi più rigorosi i requisiti richiesti per l'acquisto della cittadinanza italiana a seguito di matrimonio con cittadino italiano, aumentando da 6 mesi a 2 anni il tempo richiesto di residenza sul territorio nazionale.

La norma aveva anche modificato l'art. 116, comma 1, c.c., prevedendo che lo straniero, intenzionato a contrarre matrimonio in Italia, doveva presentare all'ufficiale dello stato civile non solo un nulla osta rilasciato dall'autorità competente del proprio Paese, come previsto prima della novella, ma anche «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano»⁶². Detta disposizione, però, è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 245 del 2011 della Corte

ottenuto la carta di soggiorno permanente perde il diritto al soggiorno (in assenza di figli minori) se il matrimonio è durato complessivamente meno di tre anni, di cui meno di uno sul territorio nazionale.

⁶² Oltre ai predetti requisiti formali, sul piano sostanziale, il nubendo deve in ogni caso rispettare le condizioni previste dalla normativa italiana riguardanti la capacità di contrarre matrimonio (tra l'altro, libertà di stato e età minima) e l'assenza di situazioni personali ostative (come impedimenti per parentela ed affinità), che la Corte Costituzionale, con la sent. 25 luglio 2011, n. 245, ha definito «norme di applicazione necessaria secondo l'ordinamento interno, che devono comunque essere osservate, anche se non sono previste dalla legge nazionale dello straniero».

Costituzionale⁶³, dal momento che il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale, spettante all'uomo in quanto tale, e che può essere compresso solo per la tutela di interessi o diritti di pari rango. Con le parole della stessa Consulta, «Sebbene, quindi, la ratio della disposizione censurata – proprio alla luce della ricostruzione che ne ha evidenziato il collegamento con le nuove norme sull'acquisto della cittadinanza e, dunque, la loro comune finalizzazione al contrasto dei cosiddetti “matrimoni di comodo” – possa essere effettivamente rinvenuta [...] nella necessità di “garantire il presidio e la tutela delle frontiere ed il controllo dei flussi migratori”, deve osservarsi come non proporzionato a tale obiettivo si presenti il sacrificio imposto – dal novellato testo dell'art. 116, primo comma, cod. civ. – alla libertà di contrarre matrimonio non solo degli stranieri ma, in definitiva, anche dei cittadini italiani che intendano coniugarsi con i primi». Ne deriva che la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, nel caso in cui uno dei nubendi sia uno straniero non regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, «rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella presente ipotesi», soprattutto alla luce del fatto che il Testo unico sull'immigrazione già prevede diverse disposizioni volte a contrastare i matrimoni di convenienza⁶⁴.

⁶³ La questione aveva avuto origine dalla richiesta di una cittadina italiana e di un cittadino marocchino di procedere alla pubblicazione della celebrazione del matrimonio, producendo la documentazione allora prevista dalla vigente formulazione dell'art. 116 c.c.; si erano, però, visti opporre il diniego dell'ufficiale di stato civile alla celebrazione del matrimonio, a causa della mancanza di un «documento attestante la regolarità del permesso di soggiorno del cittadino marocchino», secondo quanto previsto dall'art. 116 c.c., come novellato dalla legge n. 94 del 2009, entrata in vigore nelle more.

⁶⁴ La Corte ha ravvisato anche la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., e, richiamando la sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*, in tema di capacità matrimoniale degli stranieri, ha affermato che: «il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione [CEDU] (par. 89 della sentenza). Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione. Detta evenienza ricorre anche nel caso previsto dalla

Per quanto concerne la sanzione civile che deriva da un matrimonio contratto per frodare la legge sull'ingresso e il soggiorno di cittadini extra-UE, essa consiste nella nullità dello stesso: il carattere simulato del matrimonio costituisce, infatti, ai sensi dell'art. 123 c.c.⁶⁵, causa di nullità. La decisione giudiziaria avrà, dunque, effetto retroattivo a decorrere dal giorno della celebrazione. Conseguenza amministrativa di tale provvedimento sarà la revoca del titolo di soggiorno rilasciato al coniuge straniero e, eventualmente, la sua espulsione⁶⁶.

norma ora censurata, giacché il legislatore – lungi dal rendere più agevole le condizioni per l'accertamento del carattere eventualmente "di comodo" del matrimonio di un cittadino con uno straniero – ha dato vita, appunto, ad una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato».

Per quanto concerne, poi, l'aspetto della prova circa l'esistenza di un matrimonio di convenienza, esse possono consistere in testimonianze, accertamenti diretti degli ufficiali di polizia (come ispezioni all'interno delle abitazioni), accertamenti tecnici sui documenti. L'onere di provare il legame familiare e il possesso dei requisiti richiesti incombe su chi chiede il ricongiungimento familiare. Dopo averlo ottenuto, tuttavia, in caso di sospettata violazione o abuso di legge, l'onere si sposta sulla Pubblica Amministrazione, su cui grava la prova della falsità del legame matrimoniale, ai fini della revoca del permesso di soggiorno. «Sebbene non trasposte in una disciplina sanzionatoria specifica, vengono così rispettate le Linee Guida della Commissione per una migliore trasposizione ed applicazione della direttiva 2004/38/CE, le quali, al punto 4.2, stabiliscono che "l'onere della prova incombe sulle autorità degli Stati membri che cercano di limitare i diritti di cui alla presente Direttiva"»: EMN focussed study 2012, cit., pag. 10. L'art. 29, comma 1 bis, T.U.I. prevede, inoltre, che ove gli stati di figlio o genitore «non possano essere documentati in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di una autorità riconosciuta o comunque quando sussistano fondati dubbi sulla autenticità della predetta documentazione, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi dell'articolo 49 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 200, sulla base dell'esame del DNA (acido desossiribonucleico), effettuato a spese degli interessati».

⁶⁵ La norma prevede che «Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima».

⁶⁶ È quanto risulta dall'art. 30, comma 1 bis, T.U.I. A livello penale, invece, non sono previste sanzioni specifiche in caso di matrimonio simulato, trovando applicazioni disposizioni più generali. L'art. 10 bis T.U.I., introdotto dalla legge n. 94/2009, sanziona con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle norme previste dal Testo unico, salvo che il fatto costituisca più grave reato. L'art. 12, terzo, comma, prevede, poi, che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona», sanzioni che possono essere aggravate in particolari circostanze espressamente previste (se l'ingresso e il soggiorno illegali sono procurati a cinque o più persone; se la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità o sottoposta a trattamento inumano o degradante; se il fatto è commesso da tre o più persone, in concorso tra loro o utilizzando documenti contraffatti o alterati; se gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o

Non potendo, dunque, definirsi in via generale quando un matrimonio (o una richiesta di ricongiungimento familiare o un'adozione) venga contratto per ragioni affettive o, al contrario, al fine di eludere le norme che regolano l'accesso e la permanenza sul territorio italiano di un cittadino di un Paese terzo, sarà, ancora una volta, l'analisi del caso concreto nelle sue molteplici sfaccettature a disvelare il reale interesse avuto di mira dalle parti.

5. La “maternità surrogata” nell’esperienza comparatistica e l’interesse del minore.

Un altro ambito che può facilmente essere oggetto di fenomeni elusivi è quello che riguarda la cosiddetta “maternità surrogata”. Il considerevole numero di ipotesi di frode alla legge in tale ambito deriva essenzialmente dal fatto che in alcuni Paesi tale pratica è vietata, laddove in altri viene, invece, ammessa.

Prima di addentrarci nel cuore del fenomeno e verificare concretamente come esso venga disciplinato e aggirato in varie esperienze giuridiche, occorre un breve cenno sulla sua nozione.

Per maternità surrogata (o per sostituzione o su commissione)⁶⁷ s'intende il ruolo assunto da una donna che prende in carico l'obbligo di provvedere alla gestazione e portare a compimento il parto per conto di *single* o, più spesso, di coppia sterile, nei confronti dei quali si impegna a consegnare il neonato⁶⁸. La surrogazione può avvenire o mediante

materie esplodenti; se il fatto è stato commesso per sfruttare minori e stranieri o, comunque, al fine di trarne profitto, anche indiretto).

⁶⁷ Per una panoramica anche in chiave comparatistica sulla maternità surrogata, A. B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁶⁸ Si tratta, cioè, di un accordo in forza del quale «una donna, per soddisfare esigenze di maternità e di paternità altrui, dietro corrispettivo, o a titolo gratuito, contrattualmente noleggia,

fecondazione del seme e/o degli ovuli della “coppia committente” o mediante impianto dell’embrione ottenuto tramite fecondazione *in vitro* da materiale biologico dei committenti. Il fenomeno vede, dunque, generalmente la presenza di tre soggetti: una donna che vuole avere un figlio, ma non può in quanto sterile (madre “surrogata” e adottiva o sociale o intenzionale); un uomo (padre naturale e biologico), marito della prima, che, pur fertile, non può generare a causa della impossibilità della moglie; un’altra donna che mette a disposizione della coppia la propria capacità generativa (madre naturale, “surrogante” o uterina).

con il richiesto consenso del marito, se sposata, il proprio utero ad una coppia di coniugi impossibilitata ad avere figli per sterilità della *partner*, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme del marito di quest’ultima, a condurre a termine la gravidanza, nel rispetto di determinate norme di comportamento, ed a consegnare alla predetta coppia di coniugi committente il figlio così concepito, rinunciando ad ogni diritto su di esso»: A. B. FARAONI, op. cit., pag. 21. Vi sono due tipi di surrogazione: totale (o affitto d’utero) e parziale (maternità surrogata propriamente detta. La FIVET (fecondazione in vitro e trasferimento degli embrioni), si realizza mediante «prelievo degli ovuli e il loro incontro con gli spermatozoi in provetta, con impianto successivo degli embrioni nell’utero materno» (la definizione è di F. SANTOSUSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004). Secondo A. PIZZO, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, Dialegesthai, 2006, «la FIVET consente la pratica dell’ “affitto d’utero” (se si vuol considerare il concepito in legame biologico con entrambi i genitori committenti), che è cosa diversa dalla “maternità surrogata”. Infatti, il primo caso è quello di un rapporto preciso tra una coppia committente e una donna che accetta la gestazione di embrione non suo, ottenuto tramite *fecondazione in vitro* da materiale biologico dei committenti (p. e. *ovulo* e *spermatozoi*), fecondato e trasferito nel proprio utero che funge, dunque, da *utero surrogato*». Affinché, invece, si abbia “maternità surrogata” è necessario che la madre surrogata non offra soltanto il proprio utero, ma anche i propri gameti. E, ancora più chiaramente, l’Autore prosegue: «quando una coppia desiderosa di figli, ma sterile (o per la sterilità di entrambi o di uno dei due) trova una seconda donna disposta ad accogliere nel proprio grembo l’embrione, fecondato in vitro, della coppia, si ha allora l’*affitto d’utero*. Se, invece, la donna offre oltre al proprio utero tutta la sua capacità riproduttiva (ella accetta di farsi fecondare col seme del marito della coppia committente), ecco allora che si ottiene una *surrogazione di maternità*. [...] La definizione fornita però mette capo ad almeno due possibilità di realizzazione della *maternità per surrogazione*: 1. una donna (*locataria del proprio utero*) che porta a termine la gestazione ricevendo l’ovulo fecondato di un’altra donna. L’ovulo appartiene a colei che desidera il figlio (madre committente e, in questo caso, anche genetica) ma può anche provenire da altra donna (terza donatrice). In tal caso si parla di *surrogazione totale* (meglio, di *affitto d’utero*). 2. una donna (madre sostituta e anche genetica) s’incarica sia di fornire l’ovulo che di portare a termine la gravidanza. Si parla, così, di *surrogazione parziale* (meglio, di *maternità surrogata* propriamente detta)». Per una completa trattazione del tema si veda anche C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

Di solito la copertura giuridica a tale pratica viene fornita da un accordo tra le parti⁶⁹, attraverso il quale la “madre surrogante” si impegna a sottoporsi a fecondazione artificiale, ricevendo il seme dell’uomo della coppia committente o facendosi impiantare l’ovulo fecondato, a portare avanti la gravidanza e a consegnare il bambino ai committenti al momento del parto, rinunciando ad esercitare qualsiasi ruolo genitoriale. Tale accordo in alcuni casi prevede un compenso o un rimborso, in altri è a titolo gratuito; e proprio dalla gratuità o onerosità della prestazione, alcuni ordinamenti fanno derivare la liceità o meno di tali accordi⁷⁰. Poi, a seguito del parto, vi sono due ulteriori atti che conferiscono sostegno legale a tale operazione: il riconoscimento del bambino da parte del padre genetico e la sua adozione da parte della madre “surrogata” (genetica e/o intenzionale).

I primi ordinamenti a occuparsi compiutamente del fenomeno sono stati quelli di matrice anglosassone, che, come vedremo tra poco, sono anche quelli che si sono rivelati più liberali e permissivi nei suoi confronti. I sistemi giuridici dell’Europa continentale, invece, legislativamente mantengono un rigoroso divieto di tali tecniche, mentre sul panorama giurisprudenziale si assiste a scenari non ben definiti, caratterizzati ora dalla strenua difesa del divieto legislativo, ora da timide aperture modellate sui riferimenti degli ordinamenti di *common law* in materia.

Nei Paesi nei quali è riconosciuta la genitorialità genetica, quali Inghilterra, Stati Uniti, Canada e più di recente Russia, Ucraina ed India⁷¹, il principio sul quale si basa tale pratica è che sono genitori coloro i quali trasmettono il loro patrimonio genetico: infatti, alla luce di ciò, colei che porterà avanti la gravidanza non sarà la madre legale.

⁶⁹ Sugli accordi di maternità surrogata, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 91 e segg, che definisce il fenomeno come l’accordo attraverso il quale delle donne «si prestano ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un’altra donna».

⁷⁰ Tra gli Stati americani che ammettono la liceità di tali accordi, alcuni quali Kentucky, Nebraska, Louisiana e Utah, ne fanno derivare la nullità se gli stessi sono basati su un pagamento.

⁷¹ Anche se, in queste ultime Nazioni, il sistema giuridico pone qualche difficoltà in più rispetto agli Stati americani, a fronte di costi leggermente più contenuti.

Per comprendere più compiutamente il fenomeno è necessario calarsi all'interno di casi concreti, anche al fine di individuare le varie sfaccettature legislative e giurisprudenziali esistenti tra i diversi ordinamenti.

Il primo riscontro giurisprudenziale in materia è quello di *Baby Cotton*⁷², nel Regno Unito. Il caso riguardava una coppia committente statunitense, la quale, grazie a un ente intermediario, fu inviata nel Regno Unito, dove avvenne l'inseminazione artificiale e il parto. Fu permesso alla coppia statunitense di ritornare in patria con la bambina, con l'unica condizione che il potere di *guardianship* sulla minore sarebbe rimasto in capo alle Corti inglesi. Il caso fece talmente scalpore in Inghilterra da indurre il Parlamento ad approvare una legge che disciplinasse la materia: il *Surrogacy Arrangement Act* del 16 luglio 1985. Tale provvedimento proibiva, punendo penalmente, soltanto gli accordi di maternità surrogata animati da un intento commerciale⁷³, ammettendo, di contro, quelli che avvenissero su base volontaria. La legislazione inglese in materia si è arricchita nel 1990 attraverso lo *Human Fertilization and Embriology Act*, il quale, al fine dell'attribuzione dello status genitoriale ai "genitori genetici", ha introdotto la procedura del *parental order*⁷⁴, ovvero un provvedimento dell'autorità giurisdizionale attraverso il quale si attribuisce la potestà genitoriale ai soggetti committenti qualora vengano rispettati i requisiti previsti dalla legge⁷⁵. Nel caso in cui non sussistano le condizioni per

⁷² *Re C (a Minor) (Wardship: surrogacy)*, [1985] FLR 846.

⁷³ Anche se tale posizione è stata, in seguito, superata dalla giurisprudenza delle Corti inglesi, le quali sono giunte a considerare come legittimo il pagamento nei confronti della madre che porta avanti la gestazione, qualora tale pagamento non avvenga come corrispettivo per l'adozione del bambino, ma rappresenti soltanto un rimborso delle spese effettuate e dei servizi resi. Conclusioni alle quali la giurisprudenza inglese era già pervenuta nella già citata sentenza *Baby Cotton*.

⁷⁴ Ed è, dunque, tale provvedimento giurisdizionale che dovrebbe impedire eventuali aggiramenti delle norme in materia.

⁷⁵ Tra i requisiti: i committenti devono essere sposati; per la creazione dell'embrione devono essere utilizzati i gameti di uno dei committenti o di entrambi; la richiesta dell'ordinanza da parte dei genitori committenti deve avvenire entro sei mesi dalla nascita; domicilio nel regno Unito di uno o entrambi i genitori committenti; il Tribunale deve accertarsi che il padre genetico del bambino e la madre surrogata acconsentono liberamente, con piena comprensione delle conseguenze, e

ottenere un *parental order*, i “genitori committenti” possono cercare di ottenere l'adozione del bambino, che è quanto avvenuto nel citato caso *Baby Cotton*: in tale ipotesi la Corte inglese ha autorizzato l'adozione del bambino da parte dei genitori surrogati, in base ad un paradigma che sarà in seguito riconfermato in situazione analoghe, cioè quello del *best interest of child*. Dunque, i giudici inglesi, hanno messo da parte le problematiche relative a possibili ipotesi di elusione e hanno espresso chiaramente il principio che ogni questione relativa all'affidamento del bambino deve avere essenzialmente riguardo all'interesse dei nati, non dovendo basarsi su considerazioni relative alla validità del contratto sottostante⁷⁶.

Nel diritto statunitense, invece, vi sono soluzioni diverse a seconda degli Stati: mentre nel New Jersey, la *Supreme Court*⁷⁷, ribaltando una decisione della *Superior Court*⁷⁸, ha dichiarato la nullità degli accordi di maternità surrogata, in California la *Supreme Court*⁷⁹ ha affermato che il contratto di maternità surrogata non è contrario all'ordine pubblico.

incondizionatamente all'emissione dell'ordinanza; nessuna somma di denaro (salvo le spese ragionevolmente sostenute) deve essere data a o ricevuta dalla madre surrogata e dal di lei marito in relazione all'emissione dell'ordinanza, al consenso che essi devono prestare, alla consegna del bambino o agli accordi in vista dell'ordinanza.

⁷⁶ Sul punto, il giudice Latey ha affermato: «*First and foremost, and at the heart of the prerogative jurisdiction in wardship, is what is the best for the child or children concerned. That and nothing else. Plainly, the methods used to produce a child as this baby has been, and the commercial aspects of it, raise difficult and delicate problems of ethics, morality and social desirability. These problems are under active consideration elsewhere. Are they relevant in arriving at a decision on what and now and, so far as one can tell, in the future is best for this child? If they are relevant, it is incumbent on the court to do its best to evaluate and balance them. In my judgment, however, they are not relevant. The baby is here. All the matter is what is best for her now that she is here and not how she is arrived. If it be said (though it has not been said during these hearings) that because the father and his wife entered into these arrangements it is some indication of their unsuitability as parents, I should reject any such suggestion. If what they did was wrong (and I am not saying that it was) they did it in a total innocence. It follows that the moral, ethical and social considerations are for others and not for this court in its wardship jurisdiction*». Nel caso *Re P*, i giudici hanno invece ritenuto «*in this and in any other wardship dispute, the welfare of the children, or child, concerned is the first and the paramount consideration which the court must, by statute, take into account and this is what I do*». *Re P (Minors) (Wardship Surrogacy)*, in *Fam. Law Rep.*, 1987, 429.

⁷⁷ *Supreme Court of New Jersey*, 3 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 293, con nota di G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei "contratti di sostituzione di maternità"*.

⁷⁸ *Superior Court of New Jersey*, 31 marzo 1987, nella traduzione italiana in *Foro it.*, 1988, 104.

⁷⁹ *Supreme Court of California*, 20 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, IV, 337, con nota di G. PONZANELLI, *California e 'vecchia' Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*.

Per quanto riguarda la vicenda esaminata dai giudici del New Jersey, esso è noto come caso *Baby M.*, il quale ha avuto ad oggetto il rifiuto della mamma partorienti di consegnare il bambino ai genitori genetici, nonostante avesse firmato un accordo di maternità surrogata. La *Superior Court*, in prima battuta, affermò che un contratto del genere non era contrario all'ordine pubblico, in quanto non aveva ad oggetto la vendita di un bambino, ma un semplice servizio personale al quale le parti avevano assentito liberamente. Da ciò conseguiva che il contratto era eseguibile in forma specifica e la bambina doveva essere consegnata ai genitori genetici in base al paradigma del *best interest of child*. Come già preannunciato, però, in appello la *Supreme Court* ha ribaltato la decisione di primo grado, statuendo, invece, la nullità del predetto accordo, in quanto contrario alla legge e all'ordine pubblico, dovendosi considerare il pagamento della madre surrogata penalmente illecito e degradante per la donna. Altri profili di illegittimità devono rinvenirsi nella contrarietà alle norme sull'adozione e allo stesso principio del prevalente interesse del minore.

A opposte conclusioni giungono i Giudici nel caso *Johnson v. Calvert*, concernente una ipotesi di "affitto d'utero". Paradigmatica è la citata sentenza della Corte suprema californiana, all'interno della quale si tracciano con chiarezza e precisione i profili che giustificano la validità degli accordi di surrogazione di maternità. Ai fini della legittimità della pratica, l'elemento determinante è la decisione della coppia committente di impiantare l'embrione nell'utero della "madre in affitto": tale accordo preventivo diviene l'antecedente causale di tutta l'operazione; inoltre, non è dato riscontrare alcuna contrarietà di un negozio di tal fatta rispetto alle norme penali dello Stato della California. Dunque, lo *status* di genitore è stato attribuito dalla Corte essenzialmente in base a quella che era la

volontà delle parti: le parti hanno scelto a chi doveva essere attribuita la potestà genitoriale⁸⁰.

Nei Paesi che, invece, non riconoscono la legittimità degli accordi di maternità surrogata, la ragione primaria di tale impostazione può essere tutta riassunta nell'antico brocardo "*mater est quam gestatio demonstrat*", secondo il quale la maternità viene attribuita in base al parto⁸¹.

Fra gli ordinamenti che ritengono del tutto illegittimi gli accordi di maternità surrogata sulla base di esplicite disposizioni legislative rientrano la Francia, la Spagna, alcuni Stati australiani e l'Italia⁸².

Per quanto riguarda la Francia⁸³, qualsiasi accordo di maternità surrogata è stato dichiarato nullo, in quanto contrario all'ordine pubblico dall'art. 16 *code civil*, introdotto dalle leggi sulla bioetica del 29 luglio 1994, secondo la cui lettera «è nulla ogni convenzione concernente la procreazione o la gravidanza per conto altrui». La norma, dunque, non fa alcuna distinzione tra accordi di tipo patrimoniale ed accordi aventi carattere solidaristico. È inoltre punibile penalmente colui il quale fa da tramite tra la coppia e la donna disposta ad affrontare la gravidanza ed il successivo parto per conto altrui⁸⁴.

⁸⁰ Anche in tale decisione, i giudici californiani, al pari dei colleghi inglesi, hanno dato piena applicazione al principio del *best interest of child* e hanno individuato come elemento idoneo a scongiurare eventuali ipotesi di elusione la volontà delle parti.

⁸¹ In tal senso autorevole dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1998, pag. 295 e segg. e A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, pag. 732 e segg. Tale principio si può rinvenire nel nostro ordinamento positivo all'art. 269, co. 3, cod. civ. e anche dalla Convenzione di Strasburgo del 1975, *Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage*.

⁸² Sul tema cfr. R. TORINO, *Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori, disponibilità degli status e interesse del figlio*, in *Nuovi modelli familiari*, ed. provv. Aracne, 2003, pag. 299.

⁸³ Per una panoramica degli accordi di maternità surrogata nel sistema giuridico francese, A.M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nell'esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, III, pag. 519 e segg.

⁸⁴ Art. 227-12, commi terzo e quarto, *code pénal*: «È punito con le pene previste dal secondo alinea il fatto di esercitare un'intermediazione tra una persona o una coppia desiderosa di accogliere un bambino e una donna che accetta di portare nel proprio corpo questo bambino allo scopo di consegnarlo alla coppia. Le pene sono raddoppiate quando questi fatti sono commessi abitualmente o con uno scopo di lucro. È punito con le stesse pene il tentativo delle violazioni previste per il secondo e terzo alinea del presente articolo».

Tuttavia, oltralpe è tuttora acceso un ampio dibattito su una possibile revisione delle leggi che riguardano tale fattispecie, che andrebbero adeguate, secondo i favorevoli a tali pratiche, alle leggi di Nazioni più possibiliste riguardo al tema della maternità surrogata.

L'illiceità della surrogazione di maternità fu stabilita per la prima volta dalla Cassazione civile francese, nel 1989⁸⁵, nei confronti di un'associazione che promuoveva tale tipo di accordi: questi ultimi furono dichiarati illeciti in quanto contrari al principio dell'ordine pubblico dell'indisponibilità delle persone; in particolare, fu richiamato l'art. 1128 del *code civil*, il quale prevede espressamente che solo le cose in commercio possono essere oggetto di un contratto, escludendo, di conseguenza, che questo possa avere ad oggetto dei nascituri. La nullità del contratto consegue anche dall'art. 311-9 *code civil*, secondo il quale le azioni relative alla filiazione non possono essere oggetto di rinuncia.

Già prima della legge n. 94-653 del 29 luglio 1994⁸⁶, in diverse occasioni i Giudici francesi si erano espressi per l'illegittimità degli accordi di maternità surrogata⁸⁷. In particolare dopo la riforma del 1994, la

⁸⁵ *Cass. Civ.*, 13 dicembre 1989, in *Dalloz*, 1990, *Jur.*, 273, rapp. J. Massip.

⁸⁶ Legge n. 94-653 del 29 luglio 1994 in *JCP*, 1994, I, 3788 e 3802 bis con commenti di BYK C., *La loi relative au respect du corps humain*.

⁸⁷ Un caso particolarmente interessante è quello trattato dal *Tribunal de grande Instance de Créteil* (ord.) 30 settembre 2004, in *Dalloz*, 2005, pag. 476, con nota di DEPADT-SEBAG, *Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui*, in quanto venivano affrontati per la prima volta anche gli aspetti penali della vicenda. Il Tribunale analizzò il caso di una coppia francese che prese contatti con alcuni cittadini americani, raggiungendo un accordo di surrogazione di maternità. A procedura conclusa, i coniugi si recarono al Consolato di Francia a Los Angeles, per ottenere la trascrizione degli atti di nascita, ricevendo, però, un rifiuto. Successivamente, aperto un procedimento istruttorio, la coppia non negò l'accaduto ma, all'esito del procedimento penale, il tribunale adito optò per il non luogo a procedere, in quanto la legge francese è applicabile per reati commessi al di fuori del territorio nazionale, solo nel caso in cui tali reati siano punibili anche nel paese dove sono avvenuti. Nel caso di specie, la procedura era stata portata a termine secondo le leggi vigenti nello stato della California, dunque il reato non risultò punibile penalmente. Diverso fu l'iter logico-giuridico adottato dalla Corte d'Appello di Parigi, in una sentenza del 1990 (App. Parigi 15 giugno 1990, in *Dalloz*, 1990, pag. 540, con nota di F. BOULANGER), riguardante un bambino nato nel Kentucky da una donna americana, la quale aveva stipulato un contratto di maternità surrogata con una coppia francese. La richiesta di adozione del bambino da parte della moglie del padre naturale era stata dapprima respinta in primo grado e poi accolta in corte d'appello, secondo una logica di separazione delle varie fasi del procedimento, che riteneva applicabile la legge del luogo nel quale era stato concluso il contratto per quanto riguarda la maternità surrogata e la legge francese per quanto riguarda il

giurisprudenza è divenuta, sull'argomento, ancor più restrittiva⁸⁸. Si sono infatti succedute numerose pronunce che hanno ribadito, in particolare: la nullità dei contratti di maternità surrogata, in quanto contrari all'ordine pubblico; i principi di indisponibilità del corpo umano e dello stato delle persone; il principio secondo cui la madre è per legge colei che partorisce il neonato. In un altro caso, approdato in Cassazione, i coniugi tentarono la via della revoca della potestà della madre naturale per abbandono dei figli; strada tuttavia non percorribile, in quanto mancavano i presupposti di un possibile danno alla salute o morale del bambino, così come richiesto dall'art. 378-1 ai fini della revoca stessa. La Cassazione, inoltre, ha ritenuto un vero e proprio aggiramento della disciplina la richiesta di adozione a seguito di un contratto di maternità surrogata.

È, inoltre, necessario porre l'accento sulla disparità di trattamento, da parte della giurisprudenza francese, tra il padre, al quale viene garantita la possibilità di riconoscere il bambino, e la madre committente, alla quale non viene riconosciuto alcun diritto, compreso quello di un'adozione semplice quale coniuge del genitore⁸⁹. È d'obbligo, a questo punto, porsi il problema della tutela del neonato di fronte allo stato delle cose: il rischio concreto è, infatti, che lo stesso resti privo di qualsiasi legame giuridico con la madre che lo ha cresciuto⁹⁰.

riconoscimento da parte del padre e la successiva adozione da parte della moglie. Tale sentenza rimase, però, un caso isolato.

⁸⁸ Tornando a giungere a conclusioni identiche a quella, tra le altre, formulate nella sentenza della *Cour de Cassation* del 31 maggio 1991 che si vedrà.

⁸⁹ La Corte di Cassazione francese, con la sentenza del 31 maggio 1991 (*Assemblée plénière Cass.* 31 maggio 1991, in *Dalloz*, 1991, *Jur.*, p. 417, con nota di D. THOUVENIN), rifiutò di concedere un provvedimento adottivo alla madre committente, ritenendo nullo il contratto di maternità surrogata; la bambina, riconosciuta come figlia dal padre genetico, nonché marito della madre committente, venne a trovarsi priva di "madre legale", visto che la madre naturale non era stata dichiarata.

⁹⁰ Anche per evitare che si possano creare situazioni del genere, nelle quali il minore si trova privo di adeguata tutela e di soggetti che esercitino nei suoi confronti la potestà genitoriale, in Francia, parte della giurisprudenza, della dottrina e diversi soggetti politici o della società civile, spingono affinché venga data piena applicazione del paradigma anglosassone del *best interest of child*. Al riguardo cfr A.R. BALDASSARRI, «*Contrat de substitution de mère*» e «*adoption plénière*»: recenti orientamenti della giurisprudenza francese, in *Foro it.*, 1992, IV, 308. Una sentenza particolarmente criticata e che accese un ampio dibattito in dottrina, fu emessa dalla Corte di

Per quanto riguarda il nostro Paese, attualmente la surrogazione di maternità costituisce una pratica illegale; tuttavia, è legale per i cittadini italiani ricondurre in Italia figli avuti attraverso questa pratica all'estero. Di conseguenza, si registra un crescente interesse negli ultimi anni da parte di italiani single, nonché coppie (eterosessuali e non) che non possono avere figli, riguardo alla possibilità di recarsi all'estero per diventare genitori, eludendo, così, le norme interne sul tema.

La procreazione assistita nell'ordinamento giuridico italiano, è disciplinata dalla Legge 19 febbraio 2004, n. 40⁹¹ e viene definita come l'insieme degli artifici medico-chirurgici finalizzati a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità». All'art. 12, comma 6, è specificatamente vietata la pratica della surrogazione di maternità: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Il primo caso di maternità surrogata in Italia è datato 27 ottobre 1989⁹², allorquando una coppia di coniugi conveniva in giudizio, di fronte al

Cassazione francese il 19 giugno del 1994. Nel caso di specie, dopo una maternità surrogata, una coppia aveva deciso di separarsi, senza aver ancora completato le procedure di adozione; nel frattempo, il bambino era stato riconosciuto dalla madre surrogata e dal padre committente. Quest'ultimo, che aveva vissuto con la ex moglie e col bambino fino al momento della separazione, si era opposto alla richiesta di *adoption plénière* da parte dell'ex coniuge, che aveva lasciato la casa coniugale con il bambino. Il Tribunale di grande istanza aveva accolto la richiesta della moglie, ma la corte di appello di Poitiers, con una decisione successiva al divorzio della coppia, aveva modificato parzialmente la decisione, concedendo solo un *adoption simple*. Successivamente, con sentenza del 19 giugno 1994, la Cassazione ha annullato senza rinvio la decisione della corte di appello, riportandosi integralmente a quanto deciso nel 1991, constatando la nullità dell'intera procedura senza minimamente tenere in conto l'interesse del bambino in relazione alla domanda d'adozione presentata dalla donna che si era occupata del bambino fin dalla sua nascita.

⁹¹ Sui numerosi interventi giurisprudenziali che hanno abbondantemente rimaneggiato la legge 40/2004 G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in Giur. Merito, 2009, pag. 3002; G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in Famiglia e dir., 2011, pag. 517; E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in Corriere merito, 2013, pag. 5.

⁹² Trib. Monza 27 ottobre 1989, caso Valassina-Bedjaoui.

Tribunale di Monza, una giovane immigrata algerina, con la quale era stato concluso un vero e proprio contratto che prevedeva, da parte della giovane straniera, il compimento di una gravidanza avvenuta tramite inseminazione artificiale da parte del marito della coppia, consegnando, dietro corrispettivo economico, il neonato subito dopo il parto e rinunciando a qualsiasi diritto su di lui. Nel corso della gestazione, peraltro, l'immigrata aveva più volte preteso da entrambi i coniugi rilevanti integrazioni del corrispettivo, che aveva poi ottenuto. Tuttavia, alla nascita dell'infante, la madre uterina rifiutava di adempiere all'obbligo assunto, mantenendo tra l'altro il nascituro in condizioni di abbandono e scarsa igiene, al fine di continuare a pretendere denaro dai coniugi.

Il Tribunale ricercò nella Costituzione i precetti fondamentali per una corretta individuazione e risoluzione della fattispecie, trovandoli: nel combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost., inteso come promozione della personalità del soggetto umano in formazione e sua educazione nel luogo più idoneo, luogo che viene individuato *in primis* nella sua famiglia d'origine e, soltanto in caso di stretta necessità, altrove⁹³; nell'art. 30, comma 2 Cost., interpretato come il dovere da parte del Legislatore e dell'Autorità di rimediare ad eventuali mancanze nello svolgimento del ruolo di genitori di sangue, compito non delegabile ad altri e da svolgersi, quindi, in maniera diretta e con impegno in prima persona; nell'art. 31, comma 2 Cost., che prevede la tutela del concepito e del minore quale

⁹³ Secondo il giudicante, la lettura combinata di tali disposizioni «assume a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò ritenuto più idoneo, da ravvisarsi *in primis* nella famiglia di origine e, soltanto in caso d'incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, 2° comma, Cost. prevede, infatti, il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei compiti da parte dei genitori di sangue e cioè delle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ne deriva il carattere funzionale del diritto dei genitori di sangue, che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel 1° comma dell'art. 30 Cost.: il carattere di effettività che deve rivestire l'assolvimento dei compiti stessi, non delegabili ad altri e, dunque, da svolgersi con impegno personale e diretto; infine, il carattere di adeguatezza che deve presiedere all'individuazione della famiglia sostitutiva, quando trovi applicazione l'art. 30, 2° comma, Cost.».

fondamento costituzionale⁹⁴. Seguendo il ragionamento del Tribunale monzese, quindi, la Legge Fondamentale afferma l'infungibilità dei doveri da parte dei genitori naturali nei confronti del figlio, nonché il diritto di quest'ultimo a crescere nella famiglia da essi formata, potendo i genitori di sangue essere sostituiti da altri solo in caso di oggettiva necessità. Viene anche esclusa l'ipotesi di una violazione dell'art. 2 della Costituzione, in quanto la Carta costituzionale non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come espressione del più generale diritto della personalità né emerge un concetto di filiazione meramente negoziale o comunque disgiunto da quello biologico⁹⁵.

Sotto il profilo civilistico, il Collegio monzese ha ritenuto il contratto atipico di maternità radicalmente nullo, anche per mancanza di liceità e possibilità dell'oggetto, dal momento che non si tratta di beni qualificabili come tali dal punto di vista giuridico e sui quali il soggetto ha soltanto un diritto alla personalità e non patrimoniale⁹⁶. Tuttavia, il Tribunale

⁹⁴ La «tutela del concepito ha fondamento costituzionale nell'art. 31, 2° comma, Cost. (e più in generale nell'art. 2 Cost.)» e la «tutela dei minori [...] si colloca fra gli interessi costituzionalmente garantiti». Trib. Monza cit.

⁹⁵ «Infine, l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità, quand'anche non cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna — assolutamente ingiustificabile, nella specie — e sia sanato dal consenso successivo, validamente espresso, non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume (art. 5 c.c.): Trib. Monza, 27 ottobre 1989.

⁹⁶ Nella decisione si legge: «Non possono, infatti, formare oggetto di un atto di privata autonomia, regolato dal quarto libro del codice civile, sicché non sono beni in senso giuridico, le parti del corpo umano (gameti ed organi della riproduzione, nella specie), sulle quali il soggetto ha un diritto della personalità e non un diritto patrimoniale e, quindi, il consenso alla disposizione delle stesse, se la prestazione non cagiona una diminuzione permanente dell'integrità fisica e non è contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, integra non già un negozio giuridico o un contratto, ma un mero atto unilaterale di volontà lecito, ma sempre revocabile e, in caso contrario, integra un atto illecito. Non possono, inoltre, essere dedotti in obbligazione una prestazione consistente nel compimento dello sviluppo fetale del nascituro, che non è, anch'esso, un bene giuridico, né, tantomeno, il fatto in sé della riproduzione umana o, peggio, ancora, la stessa persona di chi dovrà essere concepito. Non possono, ancora, formare oggetto di contratto e, comunque, è vietato costituirli, modificarli od estinguerli negozialmente, gli *status* personali, quali quello di figlio e quello di madre, i *munera*, quali la potestà dei genitori, ed i diritti personali dei minori all'educazione ed al mantenimento nella famiglia *iure sanguinis*». È stata, pertanto, respinta la domanda con cui la coppia committente chiedeva l'adempimento del contratto; inoltre, rilevata la nullità dello stesso, ne discende per la coppia, la mancata tutela giudiziaria delle proprie ragioni, per cui è stata esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo, a titolo di compenso, per la

sottolineava la possibilità per il padre committente, qualora sia anche padre genetico, di riconoscere il nato come figlio naturale (ex art. 250 c.c.) e di chiederne l'inserimento nella propria famiglia legittima, mentre alla madre committente, nonché moglie del padre genetico, indicava la possibilità di un'adozione particolare⁹⁷.

Il Tribunale è, dunque, giunto alla conclusione della nullità del contratto di maternità surrogata, sulla considerazione della inammissibilità, morale e sociale, della commercializzazione di una funzione così elevata come la maternità⁹⁸.

Conseguenza di ciò è che, qualora sia previsto un corrispettivo per la gestazione, si avrà nullità anche per illiceità della causa (art. 1343 c.c.), dal momento che la filiazione viene scambiata con denaro o altra utilità; nel caso, invece, in cui il contratto sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, sarà nullo anche perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.)⁹⁹.

Ma a questo punto ci si domanda: a stesse conclusioni deve giungersi nel caso in cui una donna accetti di portare avanti una gravidanza per conto altrui non per fini economici, bensì per lo scopo altruistico e solidaristico di soddisfare il desiderio di maternità di un'altra donna che non può avere figli? Secondo parte della dottrina, il contratto sarebbe nullo anche in questo caso, dal momento che chi partorisce è la madre del bambino, che acquista la capacità giuridica al momento del distacco dall'alveo materno, a nulla rilevando che vi sia stata immissione dell'ovulo

maternità surrogata, anche in relazione alla restituzione di quanto pagato in virtù dell'art. 2035 c.c. ed in ottemperanza al brocardo *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*.

⁹⁷ Ex art. 44, lettera b) della Legge n. 184 del 4 maggio 1983.

⁹⁸ Cfr. G. CASSANO diretto da, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, IV, in *Trattati*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 145.

⁹⁹ Con le parole del Tribunale, «Se nella struttura del contratto fa ingresso la previsione di un corrispettivo, allora la nullità sarà determinata anche, ex art. 1343 c.c., dall'illiceità della causa, venendo la filiazione scambiata con denaro o altra utilità economica e, infine, il contratto di maternità, se ed in quanto risulti predisposto per eludere l'applicazione delle norme imperative in materia di adozione, sarà anche nullo perché in frode alla legge (cfr. art. 1344 c.c.)».

altrui¹⁰⁰. Tuttavia, non dovrebbe essere trascurato il dato della liberalità della obbligazione posta in essere dalla madre surrogante: se, infatti, si pone mente al fatto che nel caso in cui il contratto sia gratuito, la causa in concreto perseguita dalle parti consiste nella volontà di procurare una discendenza a chi, per natura, ne è privo, allora dovrebbe concludersi per un giudizio di liceità della funzione stessa: pertanto, l'interesse che spinge la coppia sterile a ricorrere alla surrogazione di maternità, consistente nel desiderio di avere figli, andrebbe considerato meritevole di tutela¹⁰¹.

Vedremo fra poco come la giurisprudenza si è rapportata a tale problematica.

Una pronuncia simile a quella monzese era stata in precedenza adottata anche dalla Corte di appello di Salerno, secondo la quale l'interesse del minore volontariamente abbandonato dalla madre si realizza «nel miglior modo facendo restare il minore col padre, che l'ha riconosciuto, e con la moglie di questi che intende adottarlo»¹⁰².

¹⁰⁰ M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. it.*, 1991, I, pag. 2. Vi sarebbe un nesso inscindibile tra parto e attribuzione di maternità per P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, in *Politica del diritto*, 1986, pag. 103; tuttavia, lo stesso Autore qualche anno dopo sostiene che la vera madre dovrebbe essere quella che lo è geneticamente, cioè colei che ha trasmesso il suo patrimonio genetico: P. VERCELLONE, *Fecondazione assistita e status familiari*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, Atti del Convegno tenuto a Pisa, 30 gennaio-2 febbraio, Pisa, 1997, pag. 105.

¹⁰¹ G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, il quale riporta anche l'opinione di GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, pag. 1251, a parere del quale: «la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità effettiva e rapporto temporale, o l'immaginifica visione del seme lontano fatto crescere e sviluppare nel proprio orto, è sovvertita dalla logica del buon senso secondo cui l'ovulo fecondato di una donna negra, pur con la gestazione di una donna bianca, non può far diventare bianco il nato». Nel senso della ammissibilità della maternità surrogata, si veda anche il *Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology*, H.M.S.O., Londra, 1984, meglio noto come *Rapporto Warnock*: «Se la sterilità è una condizione a cui si vuole, per quanto possibile, porre rimedio, la maternità surrogata non dovrebbe essere esclusa, in quanto costituisce per alcune coppie l'unica alternativa per avere un figlio che abbia un collegamento genetico con almeno uno di essi. In particolare, potrebbe costituire l'unico modo per un uomo con una moglie sterile per avere un figlio. Inoltre la gestazione di un bambino a favore di un'altra donna può essere vista non come una operazione che volgarizza, commercializza o specula sulla gravidanza, ma come un atto deliberato e consapevole di generosità da parte di una donna nei confronti di un'altra. Se vi sono dei rischi connessi alla gravidanza, tanto più sarà grande tale generosità».

¹⁰² App. Salerno 25 febbraio 1991, a parere del quale «Ammessa l'illiceità del contratto di maternità surrogata che preveda la cessione del nascituro non è escluso che, una volta nato e

Come anticipato, le restrizioni della legge hanno creato in Italia un fenomeno definito “turismo procreativo”, termine che descrive la scelta, da parte di coppie la cui condizione medica non lascia che pochissime speranze di essere risolta in Italia, a seguito delle limitazioni introdotte, di rivolgersi, per aumentare le possibilità di una gravidanza, ad ospedali e strutture sanitarie straniere ubicate in Paesi con legislazioni che consentano il ricorso a pratiche diverse.

Ed invero, con sentenza emessa dalla V sezione penale del tribunale di Milano nel 2013¹⁰³, concernente propriamente una pratica dell'affitto d'utero, una coppia italiana che aveva deciso di ricorrere alla surrogazione di maternità all'estero, veniva assolta in quanto non si era verificata alcuna alterazione di stato. Tornando a ritroso nella vicenda, la coppia si era recata in Ucraina per assistere al parto e portare a casa il bambino; allo stesso tempo, la madre che aveva portato a termine la gravidanza firmava una dichiarazione nella quale specificava come non ci fosse nessuna relazione genetica con il bambino e prestava il suo consenso a indicare la coppia italiana come genitori legittimi. A quel punto, come da prassi, l'ufficiale di stato civile di Kiev redigeva l'atto di nascita, che indicava quali genitori legittimi la coppia italiana, atto che veniva poi tradotto in italiano e munito di attestazione che ne certificasse l'autenticità e la veridicità sul piano internazionale, rendendolo efficace anche in Italia. Per sollecitare la trascrizione del documento, i coniugi si presentavano in ambasciata con i documenti, attestando che quel figlio era frutto di una gravidanza naturale; tuttavia, rispondendo alle domande del funzionario consolare italiano che chiedeva loro come fosse stato possibile effettuare il viaggio in aereo a Kiev al nono mese di gravidanza e solo una settimana prima del parto, la donna riferiva che lo stato interessante non era visibile. A quel punto i funzionari

volontariamente ceduto dalla madre biologica, il minore, riconosciuto dal padre naturale, possa essere dalla moglie di questi adottato ai sensi dell'art. 44 comma 1, lett. b) l. 4 maggio 1983 n.184».

¹⁰³ Trib. Milano, V sez. pen., 15 ottobre 2013.

dell'ambasciata decidevano di segnalare il caso alla Procura di Milano, alla Questura di Roma, al Ministro degli interni e all'ufficiale di stato civile di Milano¹⁰⁴.

Ma la parte sicuramente più interessante della sentenza, ai fini della presente ricerca, è quella finale, allorché i giudici negano anche che la trascrizione dell'atto di nascita da parte dell'ufficiale di stato civile italiano sia contrario all'ordine pubblico internazionale: e ciò perché, affermano, la forma di procreazione tramite utero in affitto è una pratica consentita nella maggior parte dei Paesi dell'Unione europea e, inoltre, perché il diritto a concepire un figlio ricorrendo alle tecniche di procreazione assistita rientra nella sfera di applicazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰⁵.

Quanto al diritto nazionale e al concetto di "genitorialità", si afferma che oggi esso si fonda sull'"assunzione di responsabilità" e non sull'essere

¹⁰⁴ Quest'ultimo decide di registrare ugualmente l'atto di nascita, attribuendo alla donna la qualità di madre del neonato. La Procura della Repubblica di Milano, invece, dà seguito alla notizia di reato e chiede, ottenendolo, il rinvio a giudizio degli imputati, ipotizzando a loro carico il reato di alterazione di stato nella formazione dell'atto di nascita del bambino, previsto dall'art. 567 comma 2, del c.p. Giunta la questione dinanzi ai giudici milanesi, la coppia è stata, però, assolta, ritenendo che non si sia in realtà verificata alcuna alterazione di stato: secondo il Tribunale, infatti, l'atto di nascita è stato redatto conformemente alla legge dove il bambino è nato, cioè l'Ucraina, e l'indicazione del nominativo della madre cosiddetta "sociale" quale genitore del neonato è imposta dalla legge ucraina. Gli imputati non avrebbero potuto agire diversamente. Né sarebbe stato possibile per l'ufficiale di stato civile di Kiev – il quale era perfettamente a conoscenza della maternità surrogata – agire *contra legem* e riferire la maternità alla donatrice o alla donna che ha portato a termine la gravidanza. Per i giudici, le dichiarazioni false rese successivamente dalla coppia ai funzionari dell'ambasciata non bastano per configurare il reato: «Solo la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita», scrivono, «è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese in epoca successiva possono eventualmente integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali ex art. 495 co. 2 n. 1 c.p.» (che si configura quando qualcuno dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona, nella specifica ipotesi in relazione a dichiarazioni in atti dello stato civile. Secondo i giudici milanesi, quindi, si configura solo il reato di false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato civile, contemplato dall'art. 495 cpv. n. 1. Trattandosi, però, di un reato comune commesso all'estero, punito con la pena minima inferiore ai tre anni, in ordine ad esso manca la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia).

¹⁰⁵ Quest'ultimo, infatti, garantendo e tutelando il diritto al rispetto della vita privata e familiare, al comma 2 prevede che «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

padri e madri naturali. Dunque, l'atto di nascita del bimbo della coppia è compatibile con l'ordine pubblico interno.

Particolare rilevanza assume, infine, un'ordinanza del Tribunale di Roma, secondo la quale «deve ritenersi valido il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito in quanto rivolto a garantire un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed in quanto non contrastante con la disciplina relativa agli status familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo»¹⁰⁶.

Due sono le questioni di una certa rilevanza che l'ordinanza del Tribunale di Roma ha voluto sollevare: la giustificazione della conclusione attraverso una interpretazione evolutiva delle norme di filiazione e maternità e l'esclusione di qualsiasi tipo di illiceità, ivi compreso l'aspetto fraudolento. Il giudice infatti afferma: «L'errore della giurisprudenza, di fronte a questa lacuna legislativa, potrebbe essere quello di utilizzare modelli normativi inadeguati e superati rispetto alle evoluzioni che si sono venute a determinare in campo genetico conseguentemente ai rivoluzionari progressi della medicina». Insomma, il giudicante lascia intendere che la concezione di filiazione, come anche quella della maternità, appaiono ormai superate così come consegnateci dal Legislatore¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ord. Trib. Roma, 17 dicembre 2000, che tratta anch'essa una ipotesi di surrogazione totale. In merito, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, pur sostenendo la nullità di ogni accordo che preveda la "maternità surrogata", ritiene che l'accordo, quando non sia previsto un corrispettivo, non può ritenersi immorale, dal momento che la coscienza sociale non lo considera riprovevole.

¹⁰⁷ Nell'ordinanza in commento si legge: «in un'ottica che concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale, deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può trovare completezza nell'adozione ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico. Ancora che la riflessione sul significato del concetto di maternità, oggi così profondamente mutato, deve partire dall'affermazione codicistica, avvalorata dalla scienza medica e dall'osservazione tradizionale, secondo cui madre è colei che partorisce. Ma le nuove tecniche di riproduzione mettono in crisi profonda tale concezione. Queste tecniche che possono modificare la sequenza naturale dell'iter procreativo, fanno sì che partorisca colei che non è geneticamente madre. [...] La coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia e la figura di una madre genetica ma non gestante assume i contorni quasi di una

Riguardo alla illiceità dell'operazione negoziale consistente nel prestare l'utero ed effettuare una gestazione nell'interesse di una coppia infertile, il giudicante ipotizza un eventuale atto di rinuncia al proprio *status* di madre al momento della consegna del neonato da parte della portatrice, chiaramente vietata dal nostro ordinamento. Tuttavia, il Tribunale di Roma sembra orientato verso la non rinuncia al bambino, in quanto rimane fermo il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il nascituro e partecipare alla sua crescita, in nome di un concetto di maternità non esattamente tradizionale¹⁰⁸.

Viene, inoltre, esclusa l'ipotesi di un'operazione fraudolenta, in quanto l'intenzione non è quella di aggirare le norme sull'adozione, ma l'atto è finalizzato semplicemente al concepimento del figlio quale atto di amore. Sul punto, però, è bene ricordare che la fraudolenza di un'operazione negoziale prescinde da un'intenzione elusiva delle parti, le quali potrebbero anche non essere consapevoli di conseguire uno scopo illecito. Ad ogni modo, il contratto di maternità surrogata non è sufficiente da solo al raggiungimento dello scopo: quest'ultimo resta, infatti, perseguibile solo mediante una pluralità di atti tra loro collegati, *in primis* l'inserimento del minore nella famiglia dei due "committenti". In questa

paternità femminile che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione. L'abbandono della legge naturale che vuole la donna-madre gestante e partoriente induce a ridefinire il fenomeno della maternità». Tuttavia, in merito all'interpretazione evolutiva della legge, è bene ricordare come questa debba apparire come un "prodotto" della società e della coscienza collettiva, quasi come una conseguenza inevitabile. Dunque, si dovrebbe attribuire ad una norma un significato più adeguato ai tempi solo quando si riscontri nella pratica che il significato di quella stessa norma è ormai superato. Il fatto che la scienza consenta oggi la clonazione degli embrioni e proponga dei metodi "alternativi" a quelli tradizionali di maternità non rende automaticamente quel sistema di norme ed il concetto di filiazione inadeguati ai tempi.

¹⁰⁸ Si legge, infatti, nell'ordinanza in commento: «entrambe [le madri] hanno una connessione biologica con il figlio, non si deve escludere il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo e tenerlo con sé per alcune ore del giorno: giustamente inaccettabile dalla giurisprudenza, pertanto, l'accordo in base a cui la madre surrogata abbia rinunciato al bambino». Seguendo il ragionamento del Tribunale romano, però, il bambino finirebbe con l'aver due riferimenti materni, e si creerebbe una comunità familiare con un padre e due madri. La scissione operata durante la gestazione tra la madre genetica e quella uterina dovrà, a parere della scrivente, necessariamente condursi ad unità al momento della nascita, al fine di tutelare lo stesso neonato da eventuali squilibri a livello psicologico. Di questo avviso è G. CASSANO, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, op. cit., pag. 150.

prospettiva, senza guardare all'operazione nel suo complesso, ma scindendo le varie fasi, il riconoscimento del figlio da parte del padre naturale potrebbe avvenire in maniera del tutto lecita, seguito dall'adozione da parte del coniuge, mentre il contratto di maternità potrebbe essere dichiarato illecito.

A livello sovranazionale, il Legislatore europeo tendenzialmente consente queste operazioni, a patto che non abbiano fini di lucro, anche se in materia permane un oggettivo contrasto con norme inderogabili del nostro ordinamento civile.

Come emerge chiaramente anche dalle pronunce analizzate, se il nostro ordinamento dà una risposta univoca (in termini negativi) alla questione della maternità surrogata, vietando che un'altra donna possa inserirsi, anche per scopi puramente altruistici, all'interno di una coppia, permettendo la realizzazione del loro desiderio di avere un figlio, tale sistema non risulta soddisfare le esigenze di chi, pur non potendo (per cause che prescindono dalla propria volontà) avere figli, desidera avere una discendenza. Poiché, dunque, il Legislatore non pare fornire una regolamentazione del fenomeno che tenga conto dell'evoluzione sociale e morale sul tema, la soluzione al problema è sempre più affidata alle mani dei Giudici¹⁰⁹ che, di volta in volta, sono chiamati ad effettuare un delicato bilanciamento tra gli interessi dei genitori biologici, quelli della madre uterina e quelli del minore, da considerarsi in ogni caso preminenti¹¹⁰.

¹⁰⁹ Come rilevato da Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali».

¹¹⁰ Si evidenzia, però, che la questione risulta (o dovrebbe risultare) di più facile soluzione nel caso in cui la madre uterina non sia intenzionata a tenere il bambino: in simili circostanze, seguendo la logica e le esigenze del bambino, si dovrebbe dare prevalenza all'interesse della madre intenzionale e genetica, ritenendo preminente il criterio della volontarietà della procreazione. Particolare e autonoma rilevanza giuridica alla volontà della donna di avere un figlio pare desumersi anche dall'art. 8, sullo stato giuridico del nato, del testo di legge sulla fecondazione artificiale approvato alla Camera dei Deputati il 26 maggio 1999, a tenore del quale «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono figli legittimi o

6. Casi problematici: scelta della legge applicabile, *forum shopping* e “contratto senza legge”.

Il commercio transfrontaliero, le esigenze di certezza del diritto, il processo di globalizzazione dei mercati e la necessaria flessibilità degli strumenti operativi e di negoziazione, sempre più indirizzati verso un loro adeguamento e funzionalizzazione alle esigenze degli operatori del settore, hanno portato alla diffusione e applicazione generalizzata di un criterio di determinazione della disciplina regolatrice fondato sul principio di autonomia nella scelta della legge applicabile ai contratti internazionali.

Premesso che «il principio di autonomia della volontà costituisce una variabile comparatistica anche nell’ottica internazionalprivatistica»¹¹¹ e che, oggi, quello dell’autonomia privata è un criterio ormai universalmente riconosciuto (da intendersi come il potere concesso ai singoli di regolare liberamente i propri rapporti giuridici, nella maniera più rispondente possibile alle loro esigenze – fermo restando il rispetto dell’ordinamento –), si vuole indagare un fenomeno che, proprio facendo leva sul criterio della scelta della legge, può giungere ad attuare fenomeni elusivi.

acquistano lo stato di figli riconosciuti della madre o, ai sensi del codice civile, della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime secondo le disposizioni dell'articolo 6». Per le osservazioni in merito, si veda G. CASSANO, op. cit., pag. 151, per il quale «La rilevanza del consenso, anche in giurisprudenza come visto, rende maggiormente evidente che le nozioni di paternità e di maternità hanno mutato significato anche grazie all'utilizzazione, sempre più diffusa, delle tecniche di fecondazione artificiale. Allora, se in caso di fecondazione artificiale eterologa il marito diventa padre, nonostante la mancata corrispondenza biologica con il nato, perché manifesta il proprio consenso (consenso peraltro irrevocabile), non si vede perché la stessa considerazione non possa riproporsi per la donna che in questo senso ha manifestato la sua volontà. In verità, seguendo questa impostazione, che peraltro trova già una obiezione, ossia che con la madre uterina il nascituro nel periodo della gestazione vive un legame simbiotico che certamente una sua incidenza deve avere, insistere sulla rilevanza del fattore volitivo consentirebbe di attribuire al consenso un ruolo di fonte determinativa dello *status* della persona, sottraendo così al legislatore l'esclusività della disciplina degli *status* e della loro fonte».

¹¹¹ F. MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. BOSCHIERO, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 19.

L'autonomia di cui le parti godono nella stipula di contratti internazionali, garantita dalle specifiche norme interne di ciascuno Stato, è davvero ampia, potendo avere ad oggetto non solo la scelta della legge regolatrice del contratto (*ius*), ma anche l'autorità giudiziaria (*forum*) chiamata a pronunciarsi nel caso di eventuali controversie aventi carattere internazionale. Ciò avviene, per quanto riguarda la prima fattispecie, mediante il c.d. *pactum de lege utenda* (o *ferenda*), per la seconda, attraverso convenzioni o clausole arbitrali o, più in generale, di deroga alla giurisdizione¹¹².

Come evidenziato da attenta dottrina¹¹³, al fine di essere certi o comunque di prevedere le soluzioni circa il trattamento giuridico applicabile al rapporto, vi sono due modalità attraverso cui può esprimersi la volontà delle parti: una detta di "localizzazione" e l'altra di "delocalizzazione". La prima opzione (definibile anche come soluzione nazionale) si ha quando per la disciplina del contratto avente carattere di estraneità viene designata una legge nazionale e la giurisdizione derogata o prorogata a favore di un Giudice statale: in questo caso, fermo restando le peculiarità delle norme di diritto internazionale privato e processuale, il contratto sarà regolato dalle leggi interne e le controversie verranno risolte facendo applicazione della legge processuale del foro indicato. La seconda opzione (detta anche soluzione "a-nazionale") si sostanzia nella devoluzione ad arbitri internazionali del potere di decidere il rapporto contrattuale controverso, nonché nella scelta di leggi regolatrici del contratto stesso di tipo non statale (si pensi alla *lex mercatoria*¹¹⁴, ai

¹¹² Per una lucida e chiara disamina della questione, F. SBORDONE, *Contratti internazionali, regole "a-nazionali" e diritto internazionale privato*, in *Gazzetta forense*, novembre-dicembre 2008, pagg. 133-140.

¹¹³ F. SBORDONE, *ibid.*, pag. 134 e segg.

¹¹⁴ La *lex mercatoria* può essere definita, secondo F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del Diritto Commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993, pag. 217 e segg., come un sistema di norme "a-nazionali" «creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati».

principi UNIDROIT¹¹⁵, ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti cc.dd. P.E.C.L., tutte norme che non appartengono ad un determinato ordinamento statale). Da tale distinzione si fa discendere che, nel caso in cui sia un Giudice statale ad essere designato dalle parti, la scelta del foro nazionale non consente il richiamo a norme sostanziali a-statali per la disciplina del contratto, quando esse siano in contrasto con norme materiali statali¹¹⁶. Pertanto, una “delocalizzazione” totale del contratto internazionale può aversi solo nel caso in cui per la disciplina sostanziale si rimandi a norme extrastatali e le controversie vengano devolute a un arbitro internazionale.

Tuttavia, proprio l’ampia possibilità concessa alle parti di determinare la legge da applicare al contratto, sia dal punto di vista del diritto sostanziale che di quello processuale, può dare luogo alle ipotesi di

¹¹⁵ Tali principi stabiliscono regole generali applicabili ai contratti commerciali internazionali; essi «rappresentano una sorta di codificazione “privata” mai tentata in precedenza, elaborati per la prima volta nel 1994 in seno all’International Institute for the Unification of Private Law (“Unidroit”), con la quale un gruppo di lavoro internazionale, composto da esperti e rappresentanti di differenti sistemi giuridici, ha cercato (a) di riassumere le norme ed usi in materia contrattuale che appaiono comuni alla maggior parte degli ordinamenti giuridici, (b) dare corpo alla *lex mercatoria* che, come visto, ha sempre subito la critica di essere troppo vaga e incerta circa i suoi contenuti e (c) di proporre alcune soluzioni innovative che possano soddisfare le esigenze del commercio internazionale». Per tale definizione, si veda G. PESCATORE-S. ANGIONE, *Ancora sull’importanza della scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali: la lex mercatoria ed i nuovi principi Unidroit*, su www.bcp-lex.com, pag. 2.

¹¹⁶ «La ragione risiederebbe, non senza riserve, nel fatto che il giudice statale può assegnare alla scelta valore di richiamo internazionalprivatistico soltanto qualora sia indirizzata ad una legge statale; e ciò perché la norma di diritto internazionale privato, posta a fondamento della scelta (art. 3, reg. “Roma I”), non consentirebbe alle parti, per la peculiarità del suo fondamento e della sua funzione (risoluzione di un conflitto tra leggi), una designazione di regole non statuali. Sì che, qualora le parti optino per l’applicazione di tali regole, la scelta non varrà di fronte al giudice statale come reale designazione della legge (c.d. *kollisionrechtliche Verweisung*), bensì come peculiare modalità di predisposizione del contenuto contrattuale *per relationem* (c.d. *materiellrechtliche Verweisung*)», secondo la nomenclatura, e la correlativa distinzione, di E. ZITELMANN, *Internationals Privatrecht*, I, Lipsia, 1987, pag. 270 e segg. È quanto chiarito da F. SBORDONE, *Contratti internazionali* cit., pag. 135, il quale prosegue: «Pertanto, lo stesso giudice sarebbe tenuto, comunque, ad individuare la legge statale regolatrice del contratto secondo altro criterio di collegamento in materia contrattuale presente nella disciplina di diritto internazionale privato (art. 4, reg. “Roma I”, c.d. collegamento più stretto), operativo in caso di assenza o invalidità della scelta». Anche se un sistema così strutturato porta al paradosso che il Legislatore consente che si faccia ricorso a norme a-statali quando la questione sia devoluta ad arbitri, mentre a opposte conclusioni deve giungersi se la stessa questione sia oggetto di cognizione del Giudice statale, nel qual caso ritiene inammissibile un giudizio fondato su norme extrastatali.

elusione sopra menzionate. Si fa, in particolare, riferimento ai fenomeni di “*law shopping*” e “*forum shopping*”, che vedremo a breve.

Numerose sono le fonti da cui discendono tali poteri.

Tra quelle che consentono alle parti di un contratto internazionale di determinare la giurisdizione a cui sottoporre eventuali controversie, vi è in primo luogo l’art. 4 della Legge 218/1995, su accettazione e deroga della giurisdizione, che al primo comma ritiene sussistente la giurisdizione italiana se le parti l’abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto (ovvero se il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo). Il secondo comma prevede, poi, la possibilità che la giurisdizione italiana sia convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero, a condizione che la deroga sia provata per iscritto e la causa abbia ad oggetto diritti disponibili¹¹⁷. Vi è, poi, il Regolamento del 22 dicembre 2000, 44/2001 CE, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. “Bruxelles I”, che ha modificato la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968¹¹⁸): esso prevede, all’art. 5, le “competenze speciali”, ovvero una serie di ipotesi in cui una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro¹¹⁹, e, all’art. 23, la “proroga di competenza”¹²⁰, che si ha quando le parti attribuiscono la competenza giurisdizionale a uno o più giudici di altri Stati membri. Infine, vanno menzionate le numerose convenzioni

¹¹⁷ La deroga è, però, ai sensi del terzo comma, inefficace «se il giudice o gli arbitri incaricati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa».

¹¹⁸ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

¹¹⁹ È il caso, in materia contrattuale, del giudice del luogo in cui l’obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita o, in materia di illeciti civili, del giudice del luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

¹²⁰ Secondo cui «Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti», previo rispetto delle forme stabilite.

internazionali di cui l'Italia è parte che regolamentano l'arbitrato nei suoi vari aspetti¹²¹.

In relazione, invece, all'aspetto più squisitamente di scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale, per i Paesi appartenenti all'Unione europea si è tentato di arginare i problemi connessi all'eventualità di un'azione fraudolenta, anche allo scopo di prevenire *forum shopping*, con la Convenzione 80/934/CEE di Roma del 1980¹²² sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Trattato di Roma), che detta regole uniformi in materia di conflitti di legge in ambito contrattuale. Quest'ultima prevede all'art. 3 che «Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti»; in assenza di scelta, troverà applicazione la legge del Paese con cui il contratto ha il collegamento più stretto¹²³. A tale Convenzione rinvia, per la relativa disciplina, anche l'art. 57¹²⁴ della Legge 218 del 1995, che rappresenta un altro luogo normativo in cui possono rintracciarsi i poteri di cui godono le parti di un contratto internazionale. Si noti che la Convenzione ha carattere universale e le sue norme hanno portata *erga omnes*: esse si applicano, cioè, alle obbligazioni contrattuali laddove si verifichi un conflitto nell'applicazione di disposizioni normative anche nei casi in cui la legge ritenuta applicabile sia quella di uno Stato non

¹²¹ Protocollo di Ginevra del 1923 e Convenzione di Ginevra del 1927 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere; Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere; Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, stipulata a Ginevra il 21 aprile 1961.

¹²² Resa esecutiva in Italia con la Legge 18 dicembre 1984, n. 975.

¹²³ Ex art. 4, comma 2, della Convenzione, «si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. Tuttavia, se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede».

¹²⁴ La norma recita: «Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili».

contraente¹²⁵, con esclusione di alcune specifiche categorie contrattuali. La Convenzione di Roma è stata poi sostituita con il Regolamento CE 593 del 17 giugno 2008 (c.d. “Roma I”), sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (in vigore dal 17 dicembre 2009), che conferma quale criterio preferenziale di disciplina del contratto la legge scelta dalle parti¹²⁶.

Per quanto concerne, invece, sempre nell’ambito dell’Unione europea, la disciplina delle obbligazioni extracontrattuali, essa è contenuta nel Regolamento 864/2007 dell’ 11 luglio (c.d. “Roma II”)¹²⁷. In questo caso, però, il principale criterio di collegamento è individuato nel luogo in cui si verifica il danno, indipendentemente dal Paese in cui è avvenuto il fatto generatore o da quello in cui si verificano le conseguenze indirette del danno stesso¹²⁸. Sia pur con rilievo limitato, anche in questo caso è stata prevista la possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile: tuttavia, tale scelta deve essere comune ed espressa e deve, inoltre, essere effettuata, generalmente, dopo il verificarsi del fatto che ha determinato il

¹²⁵ Ai sensi dell’art. 2 della Convenzione, «La legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente».

¹²⁶ Al punto 11 delle considerazioni iniziali del regolamento si legge che «La libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali». È, tuttavia, previsto che se la scelta cade sulla legge di un Paese diverso da quello con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, devono comunque essere rispettate le disposizioni di quest’ultima legge. Se il contratto si collega a uno o più Stati membri, la legge applicabile scelta, diversa da quella di uno Stato membro, non deve essere in contraddizione con le disposizioni del diritto dell’Unione. I commi 3 e 4 dell’art. 3 dispongono, infatti, quanto segue: «Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente». Il regolamento 593/2008 ha introdotto un’importante semplificazione, dal momento che stabilisce, per le fattispecie contrattuali più diffuse, i criteri di collegamento applicabili in mancanza di scelta delle parti. Diversamente da quanto stabilito nella Convenzione di Roma, la legge del Paese con cui il contratto ha il collegamento più stretto opera nella nuova normativa solo in via residuale.

¹²⁷ Entrato in vigore in Italia l’11 gennaio 2009, quindi prima del Regolamento “Roma I”. Si tratta di un atto a portata generale anche quanto a contenuto, dal momento che si applica non solo alle obbligazioni da fatto illecito, ma anche ai danni conseguenti ad arricchimento senza causa, a gestione d’affari e a colpa nella fase delle trattative precontrattuali.

¹²⁸ Art. 4, comma 1, Regolamento “Roma II”.

danno¹²⁹. Si è, dunque, con tale previsione, fortemente limitato il già citato fenomeno del *forum shopping*.

Si tratta di un fenomeno che, come il “*law shopping*”, può integrare ipotesi di elusione normativa. Con tali locuzioni si indica la scelta, ad opera delle parti, della legge (*law shopping*) e del foro (*forum shopping*) di uno Stato piuttosto che quelli di uno altro, per giungere a risultati più favorevoli per la regolamentazione e determinazione del rapporto che li riguarda, nel primo caso, e per la risoluzione di eventuali controversie che dovessero insorgere, nel secondo¹³⁰. Anche se concettualmente distinti, i due fenomeni vengono sostanzialmente equiparati (non a caso, anche l’espressione utilizzata è unitaria, parlandosi di *forum shopping* anche in riferimento alla scelta della legge sostanziale applicabile, e che, per semplicità di esposizione, si adotterà anche con riferimento al *law shopping*), dal momento che essi si concretano nella elezione della legge e del tribunale potenzialmente più favorevoli e, quanto agli effetti, la scelta delle parti può, in entrambi i casi, incidere in maniera significativa sulla “regolarità” del loro operato.

Il *forum shopping* è, come anticipato, reso possibile, tra le altre norme, dalla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato introdotta dalla Legge n. 218 del 1995, che all’art. 57, pone la scelta della legge regolatrice operata dalle parti (*ex art. 3 Conv. Roma*) quale criterio di

¹²⁹ È quanto espressamente prevede l’art. 14 del Regolamento, a tenore del quale «Le parti possono convenire di sottoporre l’obbligazione extracontrattuale ad una legge di loro scelta: a. con un accordo posteriore al verificarsi del fatto che ha determinato il danno; o b) se tutte le parti esercitano un’attività commerciale, anche mediante un accordo liberamente negoziato prima del verificarsi del fatto che ha determinato il danno. La scelta è espressa o risulta in modo non equivoco dalle circostanze del caso di specie e non pregiudica i diritti dei terzi».

¹³⁰ Per alcuni riferimenti al fenomeno del *forum shopping*, cfr. F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e contratti*, Utet, Torino, 2010, i quali, tuttavia, fanno notare che «nonostante l’espressione *forum shopping* sia spesso carica di una connotazione negativa, se non si giunge all’abuso, una simile ricerca non è certo in sé riprovevole, bensì del tutto fisiologica».

collegamento principale in materia di contratti dotati di elementi di estraneità¹³¹.

Il potere di designazione autonoma della legge applicabile al contratto, da un lato, è un utile strumento messo a disposizione dall'ordinamento (nazionale e internazionale) al fine di consentire alle parti un'adeguata disciplina dei loro rapporti a carattere non esclusivamente interno e appare, inoltre, in grado di rispondere alle esigenze di certezza del diritto rilevate nel commercio internazionale, oltre che di favorire l'elaborazione di discipline uniformi (*forum shopping bonus*); dall'altro, viene rappresentato in un'accezione, per così dire, "delegittimante", ovvero come strumento in grado di favorire la scelta della legge e del foro più favorevoli a discapito di altri¹³², sì da consentire alle parti di potersi agevolmente sottrarre al controllo sia di liceità – condotto sul parametro costituito dalla clausola generale di ordine pubblico – che di meritevolezza (*forum shopping malus*)¹³³.

Il Tribunale di Padova¹³⁴ è stato investito di una questione inerente a un contratto in cui le parti avevano individuato sia la "legge applicabile", che l'autorità competente a risolvere le controversie, ma senza mai fare riferimento ad un preciso ordinamento nazionale: era, infatti, stabilito che le controversie fossero deferite all'arbitrato della "Camera di Commercio Ufficiale Italo-Slovena di Milano" e che il contratto fosse "governato dalle leggi e dalle regolamentazioni della Camera di Commercio Internazionale di

¹³¹ Quei contratti «In grado, cioè, di evidenziarne un più o meno intenso carattere di "internazionalità"»: F. SBORDONE, *La "scelta" della legge applicabile al contratto*, Esi, Napoli, 2003, pag. 11.

¹³² Salvo il limite costituito dalle norme imperative interne della *lex fori* nell'ordinamento del giudice chiamato a risolvere l'eventuale controversia relativa al rapporto contrattuale.

¹³³ In relazione alla *electio iuris*, S.M. CARBONE-R. LUZZATO, voce *Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, pag. 6, sostengono che «la designazione contrattuale della legge applicabile per essere operante nel nostro sistema normativo deve risultare "*bona fide*" e non già "*in fraudem legis*": e cioè giustificabile in virtù di criteri di ragionevolezza e lealtà da valutarsi alla luce della *ratio* del rapporto contrattuale, della pratica del commercio e degli stessi interessi delle parti contraenti».

¹³⁴ Trib. Padova, sez. distacc Este, 11 gennaio 2005.

Parigi, Francia”¹³⁵. Nel caso in esame, data la genericità del riferimento effettuata dalle parti, il Giudice ha dovuto individuare la disciplina applicabile al contratto¹³⁶, giungendo ad affermare, per quel che qui interessa, che se alle parti è consentito, grazie alle norme di diritto internazionale privato, scegliere la legge applicabile, ciò non può dare luogo alla totale inapplicabilità del diritto nazionale: «la scelta delle parti non può neppure avere il significato di escludere qualsiasi diritto statale, che in astratto potrebbe essere idonea ad impedire l’applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite, in quanto diritto recepito dagli ordinamenti degli Stati contraenti, poiché il diritto internazionale privato vigente in Italia, pur consentendo una scelta negativa del diritto, non ammette l’esclusione di ogni diritto statale».

La conclusione a cui è giunto il Tribunale si fonda sulla circostanza che le norme di diritto internazionale privato, pur prevedendo la scelta della legge quale criterio di collegamento, non ammettono il rinvio a leggi di formazione non statale per la soluzione di eventuali controversie. Pertanto, se le parti intendono sottoporre il contratto a una disciplina basata su norme a-statali, esse devono essere indicate in maniera precisa e specifica; pena, come nel caso di specie, l’indeterminatezza dell’oggetto del contratto e la inapplicabilità dei riferimenti normativi indicati.

¹³⁵ Precisamente, l’art. 5 del contratto prevedeva testualmente che «in caso di disputa tra le parti contraenti sulla qualità del prodotto al momento della consegna, la decisione finale dovrà essere arbitrata dalla Camera di Commercio Ufficiale Italo-Slovena di Milano, Italia o qualsiasi altra Agenzia Ispettiva Ufficiale concordata reciprocamente», mentre l’art. 7 disponeva che il contratto «dovrà essere governato dalle leggi e dalle regolamentazioni della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, Francia». Nel commentare la sentenza in oggetto, F. PORTENTO, *Contratto internazionale: la convenzione di Vienna prevale sulle norme di dip*, nota a sentenza Trib. Padova, 11 gennaio 2005, www.altalex.com, chiarisce che «Una clausola del tipo di quella inserita nel contratto che ha dato origine alla vertenza, insomma, mentre è idonea [...] ad integrare e derogare la legge nazionale applicabile, non è idonea ad escluderne l’applicazione, essendo tale effetto consentito solo ad una clausola che contenga anche una scelta positiva della diversa legge nazionale che le parti intendono applicare in luogo di quella esclusa».

¹³⁶ Individuata nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita di cose mobili che, in virtù del principio “*lex specialis derogat generali*” ed in quanto norma materiale, prevale su quelle di diritto internazionale privato. «Le norme di diritto materiale sono speciali perché risolvono “direttamente” le questioni sostanziali, ossia evitando il doppio passaggio, consistente nell’individuazione del diritto applicabile prima e nell’applicazione poi dello stesso, che sempre si rende necessario quando si fa ricorso al diritto internazionale privato»: F. PORTENTO, op. ult. cit.

Viceversa, il semplice richiamo a un generico assetto regolamentare e/o di principi, quali possono essere quelli della *lex mercatoria* o UNIDROIT, se non sufficientemente preciso, può valere unicamente come definizione *per relationem* del contenuto del contratto o come uso negoziale ovvero ancora come consuetudine normativa o uso normativo¹³⁷. Qualora, al contrario, il sistema normativo cui si dovrà fare riferimento nella decisione della controversia non sia preventivamente individuato dalle parti, ma lasciato alla valutazione degli arbitri, essi non saranno vincolati alla scelta di una determinata “legge” (di cui si parla in diritto internazionale privato), ma potranno anche far riferimento a principi, regole o norme¹³⁸. Si ha, dunque, una diversa valenza attribuita dal nostro Legislatore alle norme non statuali richiamate dalle parti: esse valgono, infatti, come regole pattizie se oggetto di giudizio del Giudice statale, come regole normative se valutate dall’arbitro¹³⁹. Differenziazione che, però, oltre a non essere

¹³⁷ In questo caso, infatti, esse avrebbero efficacia ex artt. 1 e 8 disp. prel. c.c. e art. 1374 c.c.

¹³⁸ Per tali osservazioni si veda F. SBORDONE, *Contratti internazionali, regole “a-nazionali” e diritto internazionale privato*, op. cit., pagg. 138-139, secondo cui: «L’inammissibilità del richiamo di regole extrastatali sarebbe fondata sulla funzione ascrivibile alle norme di diritto internazionale privato le quali risolvono un conflitto tra leggi ipotizzabile soltanto qualora queste ultime siano statali. Questa funzione si riflette nel lessico adoperato dal legislatore che riferisce, appunto, di “legge” e non di “principi”, “regole” o “norme”. La scelta della legge applicabile – benché costituisca un *unicum* nel sistema dei criteri di collegamento dettato da esigenze di tutela di autonomia delle parti diretta all’applicazione della *proper law of contract* (che soltanto le parti sarebbero in grado di individuare) – non si sottrae, quindi, a tale ricostruzione. Viceversa, qualora la scelta di regole non statuali sia valutata dal giudice arbitro, il quale è autorizzato a decidere la controversia non soltanto secondo legge ma altresì attraverso l’impiego di *rules of law*, *règles du droit*, *Rechtsvorschriften* (oppure secondo equità come “amabile compositore” *ex aequo et bono*) – anche a prescindere da una designazione in tal senso ad opera delle parti – l’*electio* cesserebbe di assolvere la funzione di precipuo criterio di collegamento (tant’è che il suo fondamento è frequentemente ricondotto, di là dalla specifica disposizione di diritto internazionale privato che la contempla, ad un principio generale internazionalmente condiviso di libera esplicitazione dell’autonomia privata) assumendo un valore selettivo di regole a-nazionali uniformi».

¹³⁹ Cfr. F. SBORDONE, *ibid.*, pag. 139, che con la consueta chiarezza afferma: «La disarmonia nella valutazione appare, in realtà, conseguenza di una precisa scelta del legislatore che, almeno nel nostro sistema, ha reputato non convincente l’impiego di regole extrastatali, in alternativa alla legge e dinanzi al giudice statale (ma non a quello arbitrale per la maggiore *sophistication of international arbitral practice*), in ragione della loro vaghezza ed incertezza». A riprova della insussistenza di un reale ostacolo a che il Giudice statale applichi norme a-statali nella decisione della controversia, l’Autore porta ad esempio la Convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali del 17 marzo 1994 e la proposta di Regolamento “Roma I” nella sua originaria formulazione: la prima prevede, all’art. 10, che il contratto è retto dal “diritto” (e non, come nel nostro sistema di diritto internazionale privato, dalla “legge”) scelto dalle parti e che «se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial

comprensibile, mal si concilia con le aperture che, per altri versi, il nostro ordinamento mostra verso il diritto internazionale e le sue regole.

Problemi sorgono, poi, anche in relazione alla fase successiva alla scelta della legge applicabile al contratto: quest'ultimo sarebbe, infatti, sottratto a qualsiasi valutazione di tipo eteronomo, collocandosi, così, in uno "spazio vuoto" di diritto¹⁴⁰, in cui a regolare il contratto non vi sarebbe un ordinamento giuridico, bensì la stessa volontà delle parti: si avrebbe, dunque, un "contratto senza legge" (anche detto autosufficiente o *self regulatory contract*), che non trova, cioè, la sua disciplina in un ordinamento giuridico nazionale, bensì nel contratto medesimo, con l'unico limite dell'ordine pubblico. Questo fenomeno deriverebbe sia dalla inapplicabilità della *lex fori*, sia dalla impossibilità di distinguere, una volta avvenuta la ricezione, le norme inderogabili ed imperative della *lex causae* da quelle derogabili. Si tratta della c.d. teoria dell'incorporazione¹⁴¹, secondo cui i privati possono «regolare i loro interessi attraverso la predisposizione del contenuto contrattuale, non soltanto formulando determinate clausole contrattuali, ma altresì recependo al suo interno una determinata legge. Pertanto, secondo questa opinione, comunemente indicata come "teoria dell'incorporazione" (*materiellrechtliche Verweisung*), il potere di "scegliere" la legge si esplicherebbe nell'apposizione di una clausola in grado di richiamare la legge indicata dalle parti all'interno di quest'ultimo; si da costituire una sorta di determinazione del contenuto contrattuale *per relationem*, attraverso un

internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto»; la seconda, all'art. 3, comma 2, prevedeva che «le parti possono anche scegliere come legge applicabile principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario. Tuttavia, le questioni riguardanti le materie disciplinate da tali principi o norme e non espressamente risolti da questi ultimi verranno risolte secondo i principi generali cui si ispirano o, in mancanza, conformemente alla legge applicabile in mancanza di scelta ai sensi del presente regolamento».

¹⁴⁰ F. SBORDONE, *La "scelta" della legge applicabile cit.*, pag. 53.

¹⁴¹ Cfr. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.

rinvio di tipo recettizio»¹⁴². A ciò si aggiunga che, nella piena esplicazione della sfera di libertà loro concessa, i privati potrebbero espungere dal contenuto contrattuale quelle norme che ritengano sfavorevoli in relazione agli interessi dedotti nel contratto, con un capovolgimento dei rapporti tra ordinamento e autonomia privata.

Tuttavia, viene ribattuto che, una volta effettuata l'*electio iuris*, il rapporto risulta regolato dalla legge scelta dalle parti, che comprende necessariamente anche le sue norme imperative: sarebbe, quindi, la stessa norma scelta a stabilire i limiti dell'autonomia privata. Inoltre, ciò avverrebbe sulla base del contenuto delle norme richiamate non al momento della conclusione del contratto e della loro incorporazione in esso, bensì in quello, successivo, del processo¹⁴³. Il fatto, poi, di far valutare a un Giudice statale un «contratto senza legge, poiché regolato esclusivamente da regole conseguenza di autopoiesi [...] non si verificherebbe in nessuna circostanza, neanche dinanzi all'arbitro, poiché la norma statale rilevarebbe comunque nella definizione del giudizio in funzione sia di controllo sia di integrazione». E ancora: «Non sembra motivata la preoccupazione che l'assegnazione di tale peculiare rilevanza normativa [quali regole pattizie e non normative] al sistema regolamentare uniforme possa determinare una sottrazione delle parti alle norme imperative e di applicazione necessaria della legge statale, e più in generale, una "fuga" da ogni manifestazione di eteronomia. Ciò non

¹⁴² F. SBORDONE, *La "scelta" della legge applicabile al contratto*, cit., pagg. 50-51. A questa teoria si è opposta quella "oggettiva", in virtù della quale le parti potrebbero richiamare una legge straniera solo per un contratto interno, cosicché il regolamento contrattuale sarebbe sempre comunque sottoposto alle regole dell'ordinamento giuridico che autorizza a compiere la scelta: in questa direzione, G. CARELLA, op. cit. Tuttavia, anche questa teoria non è andata esente da critiche: verrebbe, infatti, limitato il potere di scelta ai soli contratti domestici non per mutate esigenze di tutela, ma al solo scopo di evitare una potenziale elusione normativa; inoltre, non sarebbe distinguibile il potere di scelta dei privati da quello di predisposizione del regolamento d'interessi.

¹⁴³ Cfr. N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, 2010, pag. 4, n. 4, secondo cui «L'*electio iuris* svolge un preciso compito conflittuale, ossia, quello di determinare la legge regolatrice del contratto che abbia elementi di estraneità; se è vero che essa si fonda ampiamente sull'interesse delle parti, che orienta la scelta del diritto, lo fa sulla base di un preciso interesse dell'ordinamento che l'autorizza. Tale libertà non può, dunque, come in passato, essere vista come un esercizio di autoregolamentazione».

potrebbe verificarsi né qualora il giudizio sia condotto in sede di arbitrato commerciale internazionale, né, a maggior ragione, dinanzi al giudice statale, in ragione sia della necessaria operatività delle norme indicate e della clausola di ordine pubblico sia della circostanza per la quale sarebbe invalida qualsiasi scelta di legge (e di regole uniformi) *in fraudem legis* e comunque non in buona fede»¹⁴⁴. Nonostante la piena autonomia di cui godono le parti di un contratto internazionale, dunque, ad esse non sarebbe consentito di sottrarsi all'applicazione di principi e regole fondamentali proprie dell'ordinamento stesso che autorizza la scelta¹⁴⁵.

In conclusione, il *forum shopping*, inteso quale scelta della legge (sostanziale e processuale) da applicare al contratto internazionale, risulta un fenomeno del tutto condivisibile e, anzi, giustificato alla luce delle esigenze, sempre più sentite soprattutto in ambito transnazionale, di regolamentazione autonoma dei rapporti giuridici. Perlopiù se si considera l'ampio sistema di regole e principi che reggono l'apparato internazionale in materia contrattuale. Tuttavia, se la volontà delle parti viene consacrata quale criterio, quasi sempre principale, per la scelta della legge applicabile, ciò non toglie che la opzione vada effettuata non solo nel rispetto delle norme imperative dello Stato "di riferimento" (quello scelto dalle parti come legge regolatrice del rapporto o di appartenenza dell'autorità a cui hanno demandato la soluzione delle controversie ad esso interenti), ma anche dei principi informativi della materia dei contratti con elementi di estraneità. Solo così potranno evitarsi usi distorti di strumenti concessi alle parti per una migliore tutela e regolamentazione dei loro interessi,

¹⁴⁴ F. SBORDONE, *Contratti internazionali, regole "a-nazionali" e diritto internazionale privato* cit., pagg. 139-140.

¹⁴⁵ Secondo F. GALGANO, *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita not.*, 2002, pag. 52, se, da una parte, «la Convenzione di Roma del 1980 ammette all'art. 3 lo *shopping* del diritto, e i cittadini di uno Stato possono, per contratto, adottare il diritto di uno Stato terzo, salvo solo il limite delle norme imperative interne», dall'altra l'Autore evidenzia che, in realtà, alle parti non è consentito un vero e proprio *forum shopping*, dal momento che esse comunque non potrebbero evitare l'applicazione delle regole fondamentali che reggono l'ordinamento della *lex causae*.

evitando di incorrere nelle sanzioni previste per i contratti in frode alla legge.

7. La questione dei matrimoni gay: una linea sottile tra diritto ed etica.

Un tema molto delicato, su cui da tempo si discute e che ha suscitato reazioni opposte, sia tra gli operatori del diritto che tra gli esponenti politici oltre che all'interno della stessa società, è quello dei c.d. matrimoni gay. Il rapido trasformarsi dei costumi e della società degli ultimi tempi ha, infatti, evidenziato un fenomeno nuovo, che ha imposto il superamento delle tradizionali concezioni di matrimonio e famiglia, nonché una loro riconsiderazione alla luce della sempre maggiore diffusione di forme differenti di convivenza, che chiedono, spesso a gran voce, di essere equiparate a quelle per così dire "canoniche" quanto a disciplina e tutela. Da quando è stato scritto il codice civile e, con esso le norme disciplinanti l'istituto matrimoniale, si sono verificati dei mutamenti della società che hanno, lentamente ma inarrestabilmente, condotto al superamento del monopolio del tradizionale modello di famiglia e al contestuale sorgere di altre forme di convivenza, le cui richieste di tutela e garanzia non possono attendere ancora a lungo. Ciò ha portato, conseguentemente, all'emergere della questione circa il perdurare della compatibilità della interpretazione classica dell'istituto del matrimonio con i principi sanciti dalla nostra Carta costituzionale. Ci si è, cioè, chiesti se, alla luce dell'evoluzione sociale e normativa in tema di libertà matrimoniale, possano ritenersi ancora legittime le restrizioni previste dal nostro ordinamento per le coppie *same-sex* di contrarre matrimonio.

In Paesi, come l'Italia, in cui la questione non è direttamente affrontata a livello normativo, ci si domanda, pertanto, se, nel silenzio della legge, la formalizzazione di tali unioni sia consentita ovvero contraria alla natura dell'istituto così come originariamente concepito dal Legislatore.

A fondamento delle ragioni addotte a sostegno della legalità dei matrimoni tra omosessuali vengono portate numerose motivazioni, sorrette da disposizioni di rango costituzionale. Prima tra tutte, quella di cui all'art. 2 Cost., che riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo, «sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità», tra le quali la famiglia è senz'altro la prima e più importante espressione, avente carattere pregiuridico. La famiglia nasce dall'unione, esclusivamente per mezzo di matrimonio, di due persone, il cui diritto è sancito non solo a livello nazionale (il menzionato art. 2 della Costituzione), ma anche a livello sopranazionale¹⁴⁶; rimangono, così, esclusi dalla possibilità di esercitare il diritto alla piena realizzazione di sé tutti coloro che abbiano un orientamento sessuale diverso da quello ritenuto "comune", in spregio al diritto di eguaglianza che vorrebbe tutti i cittadini portatori di un medesimo interesse trattati su un piano di parità. Si avrebbe, dunque, una violazione dell'art. 2 Cost. ogniqualvolta si impedisce

¹⁴⁶ Il riferimento è agli artt. 12 (sul divieto di interferenze arbitrarie nella vita privata e familiare) e 16 (sul diritto di sposarsi) della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; agli artt. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare») e 12 («Diritto al matrimonio») della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952; agli artt. 7 («Rispetto della vita privata e della vita familiare») e 9 («Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. La libertà di sposarsi (come quella di non sposarsi) rientra tra i diritti individuali ed inalienabili della persona, su cui lo Stato, a meno che non sussistano preminenti ragioni superiori, non può interferire. Discorso diverso va fatto, invece, per quel che riguarda i figli: in questo caso, infatti, dovendo essere prevalente la tutela dei loro interessi e il loro diritto a nascere e crescere in un ambiente familiare idoneo, lo Stato potrebbe porre delle limitazioni in tal senso (come accade in alcune Nazioni dove è consentito il matrimonio gay, ma è esclusa la possibilità di adozione per le coppie stesse). Non va, poi, sottaciuta la circostanza che la capacità di avere figli non è contemplata quale condizione per contrarre matrimonio né l'assenza di tale capacità costituisce una condizione di invalidità o una causa di scioglimento del matrimonio; e ciò a riprova della separatezza dei due istituti (del matrimonio e della filiazione).

l'esercizio del diritto a contrarre matrimonio a causa dell'orientamento sessuale.

Al fine di giustificare la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, si ricorre, poi, alla previsione di cui all'art. 3 della Carta costituzionale: se, infatti, scopo della norma è quello di garantire e assicurare la parità di trattamento tra i cittadini, senza discriminazioni di sorta derivanti da differenze di sesso, razza, opinioni e condizioni personali (tra cui l'orientamento sessuale), e se è vero, com'è vero, che il diritto di sposarsi rientra tra i diritti fondamentali di ogni persona, costituendo un aspetto essenziale di espressione della dignità umana, allora ne discenderebbe l'obbligo per lo Stato di eliminare qualsiasi ostacolo che si frapponga al libero esercizio di tale diritto¹⁴⁷, così favorendo il pluralismo e la inclusione sociale.

Lo stesso art. 29 Cost., riconoscendo i diritti della famiglia «come società naturale fondata sul matrimonio», non fa altro che sottolineare la

¹⁴⁷ Tra le motivazioni addotte dal Giudice *a quo* che ha sollevato questione di legittimità Costituzionale e ha rimesso gli atti al Giudice delle Leggi, poi pronunciatosi il 14 aprile 2010, con sentenza n. 138, si trova anche un riferimento alla disparità di trattamento che verrebbe, ingiustamente, a crearsi tra transessuali, che hanno ottenuto la rettifica dell'attribuzione del sesso, e omosessuali che non intendono sottoporsi ad alcun intervento chirurgico. Nella menzionata sentenza del Giudice veneto si legge: «se la finalità perseguita dall'art. 3 Cost. è quella di vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma implicita che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale (non patologico né illegale), non ha alcuna giustificazione razionale, soprattutto se posta a confronto con l'analoga situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettifica dell'attribuzione del sesso ai sensi della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita (il Tribunale ricorda che la conformità a Costituzione della citata normativa è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 165 del 1985). Secondo il rimettente, le affermazioni contenute in tale pronuncia ben potrebbero ritenersi applicabili anche agli omosessuali. Comunque, la legge n. 164 del 1982 avrebbe "profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile, consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona". In questo quadro, non sarebbe giustificabile la discriminazione tra omosessuali che non vogliono effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, ai quali il matrimonio è precluso, ed i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare».

preesistenza della formazione familiare (pregiuridica) a quella dello Stato, mentre nessun riferimento viene fatto alla diversità di sesso¹⁴⁸.

Viene, ancora, richiamato l'art. 117, comma 1, Cost., il quale impone al Legislatore nazionale il rispetto non solo della Costituzione, ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. In ambito sovranazionale si è accolta una nozione più ampia di matrimonio, che consentirebbe l'unione anche tra persone dello stesso sesso: l'Italia, in quanto membro della Unione europea e parte della Comunità internazionale, nell'allinearsi al mutato modo di intendere l'istituto del matrimonio, dovrebbe adeguare la propria normativa interna, al fine di armonizzarla con tale legislazione e renderla più rispondente alle esigenze che in questo campo si fanno sempre più urgenti e pressanti.

D'altro canto, nel vigente ordinamento non vi è alcuna norma che vieti espressamente a persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, divieto che deriverebbe da una particolare interpretazione della disciplina dettata per l'istituto.

Per di più, sottolinea chi sostiene la possibilità e legittimità di un matrimonio tra omosessuali, non dovrebbero essere le norme codicistiche ad assurgere a canone ermeneutico per le disposizioni costituzionali, bensì, al contrario, è il codice civile a dover essere letto alla luce delle norme costituzionali, che sono all'apice della piramide gerarchica normativa e

¹⁴⁸ Come si desume anche dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, con tale espressione si volle sottolineare come la famiglia contemplata dalla norma avesse dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere. La Corte di appello di Trento, nel rinviare la questione alla Corte Costituzionale con ordinanza del 29 luglio 2009, afferma a riguardo che «quanto sopra osservato non può essere superato da un'interpretazione secondo cui il matrimonio deve e può essere consentito solo a coppie eterosessuali a ragione della sua funzione sociale, principio secondo taluni ricavabile dall'art. 29 Cost. (norma che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio). Detto principio, infatti, si limita a riconoscere alla famiglia un suo ruolo naturale, nel senso che da un lato lo Stato non può prescindere da tale realtà sociale a cui tende per natura la stragrande maggioranza degli individui e, dall'altro, afferma che la famiglia è fondata sul matrimonio; ma certo esso non giunge ad escludere la tutela della famiglia di fatto (che prescinde dal matrimonio) o ad affermare la funzione della famiglia come granaio dello Stato».

pongono l'uomo al centro dell'ordinamento¹⁴⁹. Il codice deve, cioè, essere oggetto e non parametro del giudizio di legittimità costituzionale.

Risulterebbe, dunque, non solo violato il diritto delle persone omosessuali a vedere il loro trattamento giuridico parificato a quello delle coppie eterosessuali, ma anche conculcato il loro fondamentale diritto all'autodeterminazione in ordine alla possibilità di contrarre matrimonio e, dunque, formare una "famiglia". Sarebbe, infatti, il diritto vivente, cioè una mera prassi interpretativa ad aver connotato l'istituto matrimoniale di una caratteristica, l'eterosessualità, in realtà non esplicitata né appartenente all'art. 29 Cost.¹⁵⁰; prassi che, all'evidenza, contrasterebbe con principi supremi di rango costituzionale. Ne consegue che la limitazione alle sole coppie eterosessuali della possibilità di liberamente determinarsi ed esercitare il diritto, universalmente riconosciuto, al matrimonio collide, in maniera sempre più dirompente, con le istanze di chi, portatore di un diverso orientamento sessuale, pretende di vedersi riconosciuti gli stessi diritti e gli stessi trattamenti.

Al contrario, le argomentazioni poste alla base di un matrimonio consentito esclusivamente a persone di sesso diverso si fondano sulla circostanza che la diversità di sesso sarebbe una condizione che si ricava da numerose disposizioni del codice civile¹⁵¹, che esplicitamente fanno riferimento a "marito e moglie" quali attori non solo del matrimonio, ma anche della vita coniugale, della filiazione e di altri istituti collegati, escludendo così dal novero delle persone che possono accedere a tale

¹⁴⁹ In particolare, ciò vale con riferimento all'art. 29 Cost., che non prevede l'eterosessualità quale carattere indefettibile dell'istituto matrimoniale, né potrebbe tale condizione desumersi dalla struttura delle norme civilistiche, di rango ordinario, quindi inferiori rispetto a quelle costituzionali, che da queste ultime traggono la loro giustificazione sistematica e assiologica.

¹⁵⁰ A identiche conclusioni dovrebbe giungersi per quanto concerne la capacità di procreare, che non fa parte, neppure implicitamente, dei requisiti che i coniugi devono possedere per poter contrarre matrimonio: a conferma di ciò, si pensi non solo ai casi di impotenza o infertilità – a meno che tale circostanza non sia oggetto di errore in cui è incorso l'altro coniuge –, ma anche ai matrimoni tra persone che abbiano cambiato sesso, anch'esse naturalisticamente inidonee alla procreazione.

¹⁵¹ Si pensi, ad esempio, all'art. 107 c.c., sulla forma della celebrazione; al successivo art. 108, sulla inapponibilità di termini e condizioni; all'art. 143, sui diritti e doveri reciproci dei coniugi.

istituto gli omosessuali. Esso è, nondimeno, un requisito che dottrina e giurisprudenza tradizionalmente annoverano fra quelli indispensabili per l'esistenza del matrimonio: da esso, infatti, deriverebbero effetti (quali la filiazione, i diritti successori, la adozione) tutelati dal Legislatore in quanto conseguenza diretta di un rapporto tra persone di sesso diverso.

Inoltre, non vi sarebbe violazione dell'art. 2 Cost., in quanto il nostro ordinamento non vieta la convivenza tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali sarebbe apprestata proprio mediante la tutela riconosciuta alle coppie di fatto.

In relazione all'art. 3 Cost., poi, viene ribattuto che tale norma impone di riconoscere uguali diritti a fronte di situazioni uguali e, viceversa, un trattamento differenziato per situazioni in fatto diverse, conoscendo la stessa Carta Fondamentale alcune distinzioni fondate sul sesso¹⁵².

Neppure pertinente sarebbe il richiamo all'art. 29 Cost., il quale, nel parlare di famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", stabilirebbe una relazione tra i due istituti, in modo da rendere uno inscindibile dall'altro.

Infine, si sostiene, non vi sarebbe alcun contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in quanto l'ordinamento comunitario, i cui vincoli il Legislatore nazionale è tenuto a rispettare, non ha legiferato in materia matrimoniale, limitandosi a dettare alcuni principi a riguardo, ma lasciando ai singoli Stati membri la facoltà di adeguare la normativa interna. Da tanto derivano le differenziate forme di tutela che ciascuna Nazione ha ritenuto di riservare alle coppie omosessuali.

Stesso discorso per quanto concerne il rispetto degli obblighi internazionali, in particolare, la CEDU, la quale rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del diritto al matrimonio.

¹⁵² Tra le norme della Costituzione che giustificano un trattamento differenziato a seconda del sesso, si pensi, oltre all'art. 29 Cost., che secondo questa teoria farebbe riferimento al solo matrimonio tra persone di sesso diverso, all'art. 37 sulle retribuzioni e condizioni di lavoro e all'art. 51 in tema di accesso agli uffici pubblici e promozione delle pari opportunità tra donne e uomini.

Pertanto, nella definizione degli assetti normativi che riguardano le coppie omosessuali, un ruolo centrale viene riconosciuto al Legislatore nazionale, libero di decidere, in armonia con i principi e le leggi interne e fermo il principio di ragionevolezza, le modalità di tutela da riconoscere e garantire.

La giurisprudenza italiana in materia è stata sempre piuttosto chiara e decisa nell'escludere la possibilità che persone dello stesso sesso possano convolare a nozze. A tale conclusione si è giunti adducendo varie motivazioni, tra cui: la contrarietà all'ordine pubblico e la presenza, nel codice civile e nella stessa Carta costituzionale, di chiari indici da cui dedurre la differenza di sesso quale condizione necessaria e imprescindibile perché possa aversi matrimonio¹⁵³.

Proprio a causa delle numerose questioni sollevate sul tema, nel 2010 è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale, la quale ha confermato l'orientamento già espresso dalle corti di merito e di legittimità, ribadendo il "no" ai matrimoni gay.

La questione¹⁵⁴ ha avuto origine dal rifiuto degli ufficiali di stato civile di procedere alla trascrizione del matrimonio richiesta da due coppie di uomini. I funzionari hanno, infatti, ritenuto illegittima la pubblicazione, perché in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, essendo l'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano «inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi», come si desumerebbe dal complesso delle disposizioni che disciplinano l'istituto

¹⁵³ Non può, poi, tacersi come una forte influenza in tal senso abbia svolto la, sia pur (mal)celata, forte matrice cattolica radicata nel nostro Paese, che ha sempre stigmatizzato l'unione tra persone dello stesso sesso come atto che snaturerebbe l'istituto del matrimonio.

¹⁵⁴ Si tratta di giudizi di legittimità costituzionale (degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso»), promossi dal Tribunale di Venezia con ordinanza del 3 aprile 2009 e dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 29 luglio 2009, chiamati a pronunciarsi in un giudizio promosso da persone dello stesso sesso, (in opposizione nel primo caso, reclamo nel secondo) avverso l'atto con cui gli ufficiali di stato civile hanno rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta, in quanto ritenuta in contrasto con la vigente normativa, costituzionale e ordinaria, la quale consentirebbe il matrimonio solo tra persone di sesso diverso.

medesimo, da cui deriverebbe la giuridica inesistenza del matrimonio contratto da persone dello stesso sesso¹⁵⁵.

Consci di un non indifferente vuoto normativo che concerne la questione in oggetto, i ricorrenti hanno rilevato come non solo il nostro ordinamento non contenga una nozione di matrimonio e come non sia espressamente vietato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma anche che una interpretazione evolutiva in tal senso delle norme civilistiche sul matrimonio si imporrebbe alla luce delle norme costituzionali¹⁵⁶.

Con un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, tuttavia, la Corte ha emanato la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010, ritenendo le questioni sollevate inammissibili o infondate.

In particolare, in riferimento all'art. 2 Cost., la questione è stata dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. Premesso che il dato della disparità di sesso quale requisito indispensabile per contrarre matrimonio deriva non solo dalla disciplina dell'istituto matrimoniale vero e proprio, ma anche da quella della filiazione e da altre norme come quelle in tema di scioglimento del matrimonio¹⁵⁷ e che la stessa dottrina maggioritaria è orientata a considerare l'identità di sesso come causa d'inesistenza del matrimonio, mentre secondo altri sarebbe causa di invalidità, la Corte esclude che il

¹⁵⁵ È quanto si legge nell'atto oggetto di opposizione del funzionario veneziano. Tale diversità, prosegue, «costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti», anche secondo l'orientamento della giurisprudenza. Viene anche menzionato un parere del Ministero dell'interno, del 28 luglio 2004, secondo cui «in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico»; orientamento ribadito con circolare dello stesso Ministero del 18 ottobre 2007.

¹⁵⁶ Il riferimento è, in particolare, agli artt. 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ. (norme in cui si parla di "marito e moglie" come protagonisti della celebrazione del matrimonio, del rapporto coniugale e della generazione), in relazione ai quali si è sollevata la questione di legittimità costituzionale.

¹⁵⁷ Legge 1 dicembre 1970, n. 898.

riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, con relativi diritti e doveri, possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. Ne consegue che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette»¹⁵⁸.

In relazione agli artt. 3 e 29 Cost. la questione è stata, al contrario, dichiarata non fondata. Il Giudice delle Leggi ha ritenuto che, sebbene le nozioni di matrimonio e famiglia, così come tutti i principi costituzionali, non sono immutabili, ma suscettibili di una interpretazione che tenga conto non solo delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche della evoluzione dei costumi e della società, ciononostante l'opera ermeneutica non può spingersi fino a sradicare la natura stessa della disposizione; il che accadrebbe se si assegnasse alla norma un significato nuovo, modificandola in maniera tale da includervi fenomeni non presi in considerazione al momento in cui fu emanata. All'Assemblea Costituente, sottolinea la Corte, non era estranea la questione delle unioni omosessuali; tuttavia, essa non venne minimamente affrontata (come risulta dai lavori preparatori), inserendosi la discussione nel solco delle norme civilistiche del 1942, già disciplinanti in maniera ampia e diffusa l'istituto del matrimonio, chiaramente connotate dalla necessaria diversità di sesso dei coniugi. A riprova di ciò starebbe anche il secondo comma dell'art. 29 Cost., il quale, imponendo l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, intendeva tutelare la posizione della donna, attribuendole pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Pertanto, «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una

¹⁵⁸ La sentenza precisa, tuttavia, che resta «riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa»¹⁵⁹.

La Corte ha ritenuto, inoltre, non pertinente il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, alla legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso)¹⁶⁰.

Infine, il Giudice delle Leggi ha esaminato la questione della prospettata illegittimità delle norme civilistiche richiamate con riferimento all'art. 117 Cost., comma 1¹⁶¹, e quindi alle numerose norme che in ambito sovranazionale disciplinano l'istituto del matrimonio¹⁶². Chiarendo che gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, è ad esse a cui bisogna fare

¹⁵⁹ Da tali argomentazioni deriverebbe, a parere della Consulta, la legittimità, con riferimento all'art. 3 Cost., delle norme codicistiche che contemplano esclusivamente il matrimonio tra un uomo e una donna, il cui fondamento è da ricercarsi proprio nel contestato art. 29 Cost., normativa che non creerebbe alcuna irragionevole discriminazione, non potendo le unioni omosessuali essere ritenute omogenee al matrimonio.

¹⁶⁰ Ciò sulla scorta del fatto che «La normativa ora citata – sottoposta a scrutinio da questa Corte che, con sentenza n. 161 del 1985, dichiarò inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale all'epoca promosse – prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali (art. 1). Come si vede, si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da tertium comparationis. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza (sentenza n. 161 del 1985, punto tre del Considerato in diritto). La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento».

¹⁶¹ Questione sollevata solo dal Tribunale di Venezia.

¹⁶² Il rimettente menziona, quali norme interposte, gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848; sottolinea l'importanza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in causa C. Goodwin c. Regno Unito, 11 luglio 2002), che dichiarò contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio di un transessuale (successivamente all'operazione) con persona del suo stesso sesso originario, ritenendo la fattispecie analoga a quella del matrimonio omosessuale; richiama, altresì, la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e, in particolare, l'art. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), l'art. 21 (diritto a non essere discriminati); menziona, poi, varie risoluzioni delle Istituzioni europee, «che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti»; infine, evidenzia come in molti ordinamenti di Stati aventi civiltà giuridica affine a quella italiana si è già iniziata a delineare una nozione di relazioni familiari inclusiva delle coppie omosessuali.

riferimento nel caso in questione, per il principio di specialità: il primo prevede che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto», mentre il secondo stabilisce che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Pertanto, oltre all'esplicito riferimento dell'art. 12 CEDU a uomini e donne¹⁶³, risulta chiaro come, mediante il rinvio alle leggi nazionali, la disciplina del matrimonio venga lasciata alla discrezionalità dei Legislatori dei singoli Paesi aderenti. Conclusione che risulta confermata anche da un confronto con le legislazioni di altri Stati, in cui la materia viene regolata diversamente, a volte mediante una pura e semplice equiparazione dei matrimoni gay a quelli eterosessuali, con la relativa estensione della disciplina civilistica, altre apprestando una tutela differenziata e apposita; situazione questa che non rende possibile individuare uno *ius commune* europeo in tema di trattamento delle coppie omosessuali.

Da quanto statuito dalla Corte con la pronuncia 138/2010 derivano, pertanto, delle importanti conseguenze: esse consistono, da un lato, nel riconoscimento che la tutela dell'unione omosessuale trova il proprio fondamento nell'art. 2 Cost., dovendosi considerare le coppie dello stesso sesso a tutti gli effetti formazioni sociali cui la Costituzione garantisce tutela¹⁶⁴, non nell'art. 3: e ciò giustificerebbe il trattamento differenziato riservato a tale tipo di unioni. Inoltre, ribadisce con fermezza che i concetti

¹⁶³ La Consulta richiama, a tal proposito, anche le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione), le quali con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

¹⁶⁴ La Corte definisce la formazione sociale come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

di matrimonio e famiglia sono riferibili esclusivamente a persone di sesso opposto e che, sebbene il matrimonio non sia lo strumento attraverso cui riconoscere e tutelare i diritti e i doveri delle coppie omosessuali, spetta al Parlamento, nell'esercizio del suo potere normativo, la potestà di decidere se e come tutelare le unioni gay¹⁶⁵.

Tuttavia, così facendo, la Corte pare consegnare nelle mani del Legislatore la sorte di diritti, quali quelli al matrimonio e all'uguaglianza, che dovrebbero, invece, in quanto fondamentali ed inalienabili, essere garantiti a tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni personali, tra cui senz'altro rientra la omosessualità; in assenza di un intervento lasciato alla discrezionalità del potere normativo persisterebbe, dunque, una irragionevole disparità di trattamento tra eterosessuali e omosessuali in materia di relazioni familiari, disparità vietata dallo stesso art. 3 Cost.¹⁶⁶. Tale posizione risulta non solo particolarmente stridente con le istanze di chi aspira a vedere riconosciuto il proprio diritto a contrarre matrimonio con una persona del suo stesso sesso, ma anche in contrasto con le regolamentazioni che molti Paesi (europei e non) hanno provveduto ad introdurre nei propri sistemi normativi, al fine di colmare un *gap* di tutela sentito ormai come vetusto e non più tollerabile.

Il suddetto contrasto risulta in maniera ancora più evidente se si paragona la menzionata sentenza 138/2010 con quella, di un anno

¹⁶⁵ «Secondo la Corte, sebbene ci si trovi di fronte ad un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, spetterebbe al legislatore, in via esclusiva, ricercare/formulare le soluzioni legislative più congrue al fine di ottemperare a quanto costituzionalmente garantito. In altre parole, il diritto esiste e va tutelato ex ante, le modalità di tutela possono essere definite ex post», per tali osservazioni cfr. M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, pag. 2, che a sua volta richiama F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte Costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010, pag. 2. L'Autore parla di argomentazione duale della Corte in relazione alle disposizioni costituzionali sottoposte al suo vaglio concernenti il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, dal momento che esso trova fondamento nell'art. 2 Cost., ma il diritto fondamentale al matrimonio rimane, ai sensi dell'art. 29 Cost., riservato alle sole coppie eterosessuali.

¹⁶⁶ Secondo M. DI BARI, op. ult. cit., pag. 3, «posto che l'ordinamento italiano non prevede alcun istituto "altro" rispetto al matrimonio, precludere l'accesso al matrimonio per gli omosessuali significa *de facto* stabilire un precedente secondo il quale esisterebbero dei diritti inviolabili a disposizione del legislatore».

successiva, già menzionata a proposito dei “matrimoni di comodo”, della stessa Corte, del 25 luglio 2011, n. 245, concernente la diversa ipotesi del diniego opposto dall’ufficiale dello stato civile alla celebrazione del matrimonio tra una cittadina italiana e un cittadino marocchino, perché sprovvisto di un regolare permesso di soggiorno, così come previsto dall’art. 116 c.c., come novellato dalla legge n. 94 del 2009. La Consulta, in questa circostanza, ha reputato fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 2, 3, 29, 31, 117, primo comma, Cost., decretando che se, da un lato, il Legislatore è autorizzato a dettare norme regolanti l’ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia (con il limite della ragionevolezza e del rispetto degli obblighi internazionali), esso deve anche effettuare un bilanciamento ragionevole e proporzionato tra i diversi interessi in gioco, a maggior ragione se si tratta di diritti fondamentali, quali quello «di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell’articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nell’articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali». Sebbene, dunque, la basilare differenza tra un cittadino e uno straniero (data dal fatto che il primo gode con lo Stato di un rapporto originario e permanente, mentre per il secondo è acquisito e temporaneo) può consentire l’assoggettamento dello straniero a discipline normative *ad hoc*, viene ricordato il fondamentale approdo cui è giunta la sentenza n. 249 del 2010 nel riconoscere i diritti inviolabili, di cui all’art. 2 Cost., ai singoli «in quanto esseri umani», cosicché la «condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi».

La Corte prevede, così, una tutela differenziata a seconda che i soggetti che intendono contrarre matrimonio siano eterosessuali ovvero

omosessuali, garantendo tale diritto per i primi e negandolo ai secondi. Nella stessa pronuncia, viene richiamata la sentenza n. 249 del 2010, la quale ha sancito a chiare lettere che i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹⁶⁷. Quello al matrimonio è, dunque, un diritto che non può risultare compresso, fino ad essere del tutto eliminato, in nome della salvaguardia di esigenze di ordine pubblico, chiamate a cedere di fronte a un diritto fondamentale costituzionalmente garantito¹⁶⁸.

Anche alla luce di quest'ultima pronuncia, non possono non rilevarsi le ambiguità in cui la Corte Costituzionale incorre sul tema oggetto d'esame: nonostante, infatti, il chiaro riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio come diritto inviolabile di ogni persona quale individuo, esso non viene, poi, garantito ed esteso a tutti i cittadini, per la sola ragione di un differente orientamento sessuale di chi vuole farlo valere. Se, come chiarito dalla stessa Consulta, il parametro cui fare riferimento per concedere e poter esercitare il diritto fondamentale al matrimonio è quello di appartenere al genere umano, allora non è chiara la ragione per cui tale costruzione giuridica e ideologica debba cedere dinanzi a una particolare sub-categoria di persone, quali quelle omosessuali.

Con ciò non vuole sostenersi che l'apertura dell'istituto del matrimonio alle coppie gay sia l'unica soluzione plausibile per una loro

¹⁶⁷ Nel commentare tale conclusione, la Corte di Cassazione, con sent. 15 marzo 2012, n. 4184, sostiene che «Il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente non soltanto l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico costitutivo ed irretrattabile del singolo individuo quale persona umana, ma anche la effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere erga omnes e di realizzarlo, nel che consiste la "garanzia" del suo "riconoscimento", secondo l'inscindibile binomio contenuto nell'art. 2 Cost. ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili [...]")».

¹⁶⁸ Il Giudice delle Leggi ha, così, non solo ribadito che il diritto a contrarre liberamente matrimonio, ex art. 29 Cost., è inviolabile in ragione dell'art. 2 Cost., ma anche che le norme di ordine pubblico in materia di immigrazione «devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali».

tutela istituzionale; tuttavia, una diversa lettura delle norme costituzionali avrebbe potuto portare a un esito differente nel caso trattato nella sentenza n. 138 del 2010.

Diverso è il discorso a livello europeo, laddove l'Unione già da tempo si è mostrata aperta alle unioni tra omosessuali, non impedendo ma, anzi, incentivando una visione più moderna dell'istituto del matrimonio, attraverso un riconoscimento, da parte delle legislazioni nazionali, della possibilità di prevedere e disciplinare matrimoni tra persone dello stesso sesso¹⁶⁹.

Così, alcuni, per vedere tutelato il proprio diritto ad un trattamento omogeneo rispetto a quello riservato alle coppie eterosessuali, sono ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ha percorso questa strada anche l'ex deputata Anna Paola Concia, la quale, sposatasi in Germania, nel comune di Francoforte, dove il matrimonio è stato immediatamente registrato, nell'agosto del 2011, ha richiesto la trascrizione in Italia del matrimonio contratto all'estero, nella speranza che il nostro Paese si adeguasse alla tendenza di molte nazioni (europee e non solo) di legalizzare le unioni omosessuali. Così non è stato, ricevendo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di registrare il suo matrimonio tedesco, prima, e la conferma della correttezza dell'operato del funzionario, poi, da parte del Tribunale di Roma.

¹⁶⁹ Interrogata in merito alla questione se il diritto al matrimonio, riconosciuto dall'art. 12 della Convenzione, comprenda anche il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, la risposta della Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza 24 giugno 2010, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf contro Austria) non lascia adito a dubbi: «Visto l'articolo 9 della Carta [...], la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale». Anche in relazione alla questione se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di "vita familiare" nell'accezione dell'articolo 8 della Convenzione, il parere della Corte è stato chiarissimo: «Data quest'evoluzione [sociale e giuridica] la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'articolo 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione».

A distanza di poco, è una Corte di merito a prendere posizione: si tratta del Tribunale di Reggio Emilia¹⁷⁰, il quale, partendo dalla Carta europea dei diritti fondamentali, pare aprirsi alla possibilità di un riconoscimento, anche in Italia, dei matrimoni gay, non essendo più richiesta la diversità di sesso come requisito necessario per invocare il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia richiamato dall'art. 9¹⁷¹.

Successivamente, in Europa il 13 marzo 2012 veniva approvata a maggioranza una risoluzione secondo la quale gli Stati membri dell'Unione

¹⁷⁰ Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012. A parere della Corte emiliana, «Anche gli sforzi interpretativi diretti a desumere dalla normativa sovranazionale Europea una limitazione del termine "coniuge" alle sole coppie sposate che siano di diverso genere non appaiono persuasivi: come noto, l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore dal 1 dicembre 2009 in quanto recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, ha individuato in capo ad ogni persona "il diritto di sposarsi e di costituire una Famiglia", senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere; la dottrina ha osservato come la Carta abbia con ciò compiuto una scelta che è stata definita per certi versi storica, poiché proprio al fine di non escludere i matrimoni contratti tra persone dello stesso genere ha optato per un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (per cui "uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi"); come rilevato dalla S.C., l'art. 9 "non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto" (Corte di Cassazione Sez. I, Sent. n. 6441 del 17/03/2009 cit.); ne consegue che il termine "matrimonio" ed il termine "coniuge" ai sensi della Carta europea - e della normativa transnazionale a questa soggetta - deve essere inteso, salvo specifiche indicazioni di segno contrario, in senso includente».

¹⁷¹ La sentenza testualmente recita: «l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore dal 1 dicembre 2009 in quanto recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, ha individuato in capo ad ogni persona "il diritto di sposarsi e di costituire una Famiglia", senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere; la dottrina ha osservato come la Carta abbia con ciò compiuto una scelta che è stata definita per certi versi storica, poiché proprio al fine di non escludere i matrimoni contratti tra persone dello stesso genere ha optato per un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (per cui "uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi"); come rilevato dalla S.C., l'art. 9 "non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto" (Corte di Cassazione Sez. I, Sent. n. 6441 del 17/03/2009 cit.)» E ancora: «non è indifferente sotto il profilo ermeneutico che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia richiamato di recente proprio l'art. 9 della Carta della Unione Europea per modificare la propria interpretazione dello stesso art. 12 della C.E.D.U., annunciando che "la Corte non considererà più che il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto" (sentenza Schalk and Kopf v. Austria, 24 Giugno 2010); dunque, anche a norma della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, secondo l'interpretazione datane dalla fonte più autorevole, i termini "matrimonio" e "coniuge" devono essere intesi in senso inclusivo delle coppie, sposate in un Paese aderente alla Convenzione, formate da persone dello stesso genere».

europea non devono dare al concetto di famiglia “definizioni restrittive” allo scopo di negare protezione alle coppie omosessuali e ai loro figli¹⁷².

A distanza di soli due giorni, il 15 marzo 2012, la Corte di Cassazione italiana depositava la sentenza n. 4184. Con una pronuncia fortemente innovativa rispetto all’orientamento fino a quel momento espresso, il Giudice di Legittimità ha previsto la possibilità per le coppie omosessuali di adire i giudici comuni «per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata»¹⁷³. Importante è rilevare come i ricorrenti hanno, in questo caso, fatto esplicito riferimento alla legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, sostenendo la violazione dell’art. 28, il quale in tema di forma del matrimonio espressamente dispone che «Il matrimonio è valido, quanto

¹⁷² Il passaggio più significativo paragrafo 7 del rapporto, in cui il Parlamento europeo «si rammarica dell'adozione da parte di alcuni Stati membri di definizioni restrittive di 'famiglia' con lo scopo di negare la tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli; ricorda che il diritto dell'UE viene applicato senza discriminazione sulla base di sesso o orientamento sessuale, in conformità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

¹⁷³ La Corte ha, infatti, ritenuto che «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza». Dopo aver indicato il quadro normativo di riferimento, la Corte chiarisce come la giurisprudenza di legittimità in materia di matrimoni civili dei cittadini italiani celebrati all'estero è ferma nell'enunciare il principio, secondo cui, «in base alle norme del codice civile e del diritto internazionale privato, tali matrimoni hanno immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento», a patto che essi siano stati celebrati secondo le forme previste dalla legge straniera e che sussistano i requisiti sostanziali (relativi allo stato e alla capacità delle persone) previsti dalla legge italiana. Tale principio, a giudizio della Corte di Legittimità, «non è condizionato dall'osservanza delle norme italiane relative alla pubblicazione, perché la loro violazione può dar luogo soltanto ad irregolarità suscettibili di essere sanzionate amministrativamente, ovvero alla trascrizione, perché questa ha natura non costitutiva ma meramente certificativa e funzione di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*». Nessun problema sorge, dunque, nel caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tuttavia, la diversità di sesso dei nubendi è, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, «requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante». Requisito che, pur non essendo richiesto né dalla Costituzione né dalle norme del codice civile né dalle altre che regolano il matrimonio, è postulato implicito della materia *de qua*.

alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento». Richiamando un precedente a livello europeo, il Giudice di Legittimità sottolinea che, se, da un lato, la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, dall'altro, a parere della Corte europea (sentenza 24 giugno 2010), invece, il diritto al matrimonio, riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta, include anche quello al matrimonio di persone dello stesso sesso, potendosi ciò desumere quale "nuovo contenuto" ermeneuticamente emergente proprio dai diritti riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta, fermo restando tuttavia che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati. Viene, così, a cadere dall'Europa il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi.

Anche se, dunque, la Corte ha preso le distanze dal precedente criterio della "inesistenza" dell'atto di matrimonio all'estero e pur mostrando una netta apertura verso il riconoscimento anche ai componenti di una coppia omosessuale stabilmente convivente del "diritto a una vita familiare" e del "diritto di vivere liberamente una condizione di coppia" in quanto formazioni sociali *ex art. 2 Cost.*, ciononostante è approdata alla ormai consueta conclusione della intrascrivibilità dell'atto per "inidoneità a produrre effetti giuridici" nell'ordinamento italiano.

Ultimamente, però, la questione è tornata alla ribalta, con premesse del tutto differenti da quelle finora poste: è, infatti, di pochissimi giorni fa una notizia che potrebbe (ulteriormente) modificare il modo di intendere l'istituto della frode alla legge applicato a quello del matrimonio tra omosessuali. Due uomini italiani, dopo aver regolarmente contratto

matrimonio in America, a New York, il 6 dicembre 2012, hanno chiesto che venisse riconosciuta in Italia la loro unione, richiedendo la trascrizione del matrimonio. L'ufficiale di stato civile si è opposto alla richiesta, rifiutando di trascrivere nei registri l'atto: le motivazioni addotte consisterebbero nella circostanza che l'ordinamento italiano non consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso, in quanto in contrasto con l'ordine pubblico; che secondo l'art. 27 della legge 218 del 1995 la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio; che secondo l'art. 9 della CEDU il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Così, la coppia ha proposto formale ricorso all'autorità giudiziaria, che, rivoluzionando l'indirizzo giurisprudenziale fino ad allora indiscusso, ha accolto la loro domanda, ordinando la trascrizione del matrimonio nel registro di stato civile. La decisione, presa dal Giudice di Grosseto, è stata dettata dalla constatazione che, a differenza di quanto comunemente ritenuto, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è contrario all'ordine pubblico¹⁷⁴; che tra le condizioni per contrarre validamente matrimonio non è individuabile alcun riferimento alla diversità di sesso, né tra le norme di diritto interno né a livello di diritto internazionale privato¹⁷⁵; premesso che il matrimonio è produttivo di effetti giuridici

¹⁷⁴ Nella ordinanza Trib. Grosseto, 9 aprile 2014, si legge: «il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per lo stato italiano (Cass. n. 4184/12) e non è contrario all'ordine pubblico, come la Suprema Corte ha riconosciuto, sia pure non esplicitamente, nella seconda parte della motivazione della sentenza n. 4184/12 laddove ha richiamato la sentenza 24 giugno 2010 della Corte Europea dei diritti dell'uomo (prima sezione caso Shalk e Kopf contro Austria) con la quale è stato stabilito che “la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto”, ed ha affermato che “il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 della CEDU ha acquisito un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso”».

¹⁷⁵ Testualmente: «b) nelle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio; c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995 contiene un implicito richiamo alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio di cui alla sezione I del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile, dunque vale quanto precisato alla precedente lettera b)».

nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato e non è contrario all'ordine pubblico, non è «previsto, nel nostro ordinamento, alcun ulteriore diverso impedimento derivante da disposizioni di legge alla trascrizione di un atto di matrimonio celebrato all'estero secondo le forme previste dalla legge straniera»; infine, perché la trascrizione non ha natura «costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé».

Ottemperando alla prescrizione contenuta nell'ordinanza, il matrimonio contratto all'estero dalla coppia è stato riconosciuto e ufficializzato il 14 aprile 2014, data in cui il Comune ha provveduto alla trascrizione dell'atto.

Si tratta di un precedente dalla portata dirompenente, che ha aperto una breccia nel muro di ostilità alle unioni omosessuali e che, se confermato, costituirà senza dubbio una pietra miliare, un cruciale punto di svolta nel processo culturale della storia del nostro Paese in materia di diritti riconosciuti alle coppie formate da persone dello stesso sesso. E chissà che dopo le aperture provenienti dal mondo della giurisprudenza, il Legislatore non si decida a prendere posizione e regolare la questione mediante un atto normativo di portata generale, mettendo un punto alla annosa questione dei diritti spettanti alle coppie *same-sex*, così uniformandosi anche agli altri Paesi dell'Unione europea¹⁷⁶.

¹⁷⁶ In Europa, l'unione omosessuale è stata riconosciuta da quasi tutti i Paesi membri, sia pure con diverse modalità: in Paesi Bassi, Francia, Danimarca, Spagna, Svezia, Belgio, Portogallo e Gran Bretagna è ammesso il matrimonio *same-sex*; Finlandia, Repubblica Ceca, Irlanda e Germania riconoscono le unioni civili di coppie dello stesso sesso, attribuendo loro gli stessi diritti o quasi previsti per il matrimonio; in Lussemburgo e Slovenia è consentito alle coppie dello stesso sesso di registrarsi, ottenendo alcuni dei diritti connessi al matrimonio; Austria, Croazia e Ungheria attribuiscono alle coppie formate da partner dello stesso sesso alcuni diritti del matrimonio o gli stessi diritti di cui godono le coppie di fatto eterosessuali, senza necessità di registrarsi. Insomma, l'Italia rimane uno dei pochi Paesi dell'Unione europea a non aver ancora emanato norme che regolino la questione delle unioni omosessuali.

CONCLUSIONI

La capacità magnetica della frode alla legge di attirare, nel suo magmatico divenire, pressoché ogni sorta di istituto rivela una forza centripeta che va al di là della semplice violazione alla legge per illiceità diretta, ma che va pure al di là degli ambiti nazionali, accogliendo nel suo grembo anche istituti dotati di elementi di estraneità, in quanto aventi forti legami con altri ordinamenti giuridici.

Si tratta di una spirale, un vortice che risucchia in sé tutte quelle ipotesi in cui le parti, pur rispettando il dettato normativo, ne eludono, nella pratica, l'essenza.

L'incredibile capacità espansiva della *fraus legis* e la sua *vis* attrattiva giustificano lo spazio che da tempo occupa tra le pagine dei giuristi, il cui inchiostro ha spesso intinto le carte con le ambigue tonalità di questo istituto, mai fermo e costante, ma mutevole e in continuo divenire.

Le peculiarità dell'istituto trattato giustificano, altresì, gli sforzi degli operatori nazionali (e non) di tentare di porre un freno al dilagare di un fenomeno che risulta difficile da inquadrare e, di conseguenza, ancor più difficile da sanzionare e debellare.

Dunque, da un lato, numerosi sono stati (e sono tuttora) i tentativi di chiarire l'essenza stessa della frode alla legge e darne una definizione unitaria, generalmente valevole; dall'altro, il mutevole atteggiarsi dell'elusione, l'incessante divenire normativo – in una corsa contro il tempo alla positivizzazione di istituti spesso nati dalla prassi operativa – e i continui sotterfugi escogitati al fine di sottrarsi all'applicazione della legge non consentono di individuare in maniera univoca gli strumenti di elusione normativa.

Non risulta, infatti, pensabile cristallizzare la miriade di opportunità che le parti hanno per aggirare il dettato normativo, “imbalsamandole” in un corpo immobile e privo di vita. E ciò vale tanto più per i rapporti che trascendono il singolo Stato, per porsi in una dimensione di respiro internazionale, la cui riconduzione ad unità risulta ancora più problematica.

Non è affatto casuale che uno dei più antichi detti popolari dica: “fatta la legge, trovato l’inganno”!

Per quanto attenti siano i giuristi e accurati gli studi, non riuscirà mai a mettersi un punto alle infinite soluzioni elusive che possono paventarsi e che costituiscono un’inesauribile fonte di riflessione. E ciò si comprende ancora meglio se si pensa che la frode alla legge viene realizzata quasi esclusivamente non attraverso un singolo negozio, ma per il tramite di una pluralità di negozi, pattuizioni, clausole, solo dal collegamento dei quali può giungersi a disvelare il disegno sotteso alle fattispecie oggetto di analisi.

Quando ci si accinge, dunque, a parlare di frode alla legge, si naviga nel *mare magnum* di un fenomeno tanto facile a comprendersi quanto difficile ad individuarsi, nelle sue molteplici sfaccettature e nei plurimi strumenti di volta in volta escogitati da chi intenda aggirare il dettato normativo. Si tratta di un chiaroscuro ricco di luci ed ombre, un nebuloso dipinto, che spetta all’abile pennello del Giudice rendere nitido ed intellegibile.

- F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte Costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010
- T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali, Studi per Vivante*, I, Roma, 1931
- M. ATIENZA-J.R. RUIZ MANERO, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, traduzione italiana, *Illeciti atipici*, Bologna, Il Mulino, 2004
- A. AURICCHIO, voce *Negozio indiretto*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965
- O. BÄHR, *Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulierte Geschäfte*, in *Entscheidungen des Reichsgericht mit Besprechung*, München, Leipzig, 1883
- A.R. BALDASSARRI, «*Contrat de substitution de mère*» e «*adoption plénière*»: *recenti orientamenti della giurisprudenza francese*, in *Foro it.*, 1992, IV, pag. 308 e segg.
- G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1999
- D. BARBERO-A. LISERRE-G. FLORIDA, *Il sistema del diritto privato italiano*, Torino, Utet, 2001
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa, Napoli, ESI, 1994
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, Giuffrè, 1998
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000
- C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
- C.M. BIANCA, *La vendita e la Permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, Utet, 1993
- E. BLUMENSTEIN, *Sistema di diritto delle imposte*, traduz. a cura di Forte, Milano, 1954
- G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2011

- P. BOTTANI-M.MEONI, *Leasing Finanziario e Leasing Operativo: elementi distintivi e principali differenze*, www.bottanieassociati.it
- U. BRECCIA, *Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999
- U. BRECCIA, *Frode alla legge*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, Giappichelli, 1999
- F. BUFFA-G. DE LUCIA, *Il lavoratore nel trasferimento d'azienda*, Matelica, Halley, 2006
- S.M. CARBONE-R. LUZZATO, voce *Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990
- G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.
- U. CARNEVALI, *Patto Commissorio*, in ED, XXXII, Milano, 1982
- L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1961
- L. CARRARO, *Frode alla legge*, in NDI, VII, Torino, 1961, pagg. 647-651.
- M. CARUSO, *Il Contratto in generale nell'attività negoziale. Casi, questioni e tecniche argomentative tra diritto nazionale ed internazionale*, Singulab, 2013.
- G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Merito*, 2009
- A. CASOTTI-R. GHEIDO, *Il lavoro degli stranieri in Italia*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010
- G. CASSANO diretto da, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, IV, in *Trattati*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2006
- S. CAVANNA, *Il trust*, in *I contratti in generale*, a cura di P. CENDON, IX, Torino, 2000
- N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000

- S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo di azienda ed esternalizzazione*, in *Dir Lav.*, 2000
- I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000
- G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008
- G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1992
- L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009
- L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1999
- F. DE FRANCESCO, *Sale and lease back e divieto di patto commissorio*, nota a Trib. di Piacenza 12 giugno 2002, in *Contratti* 2003, pag. 1156 e segg.
- M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 2011
- F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, Cedam, 2008
- C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I
- M. DI PAOLO, voce *Negoziato indiretto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995
- M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. it.*, 1991, I
- E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corriere merito*, 2013
- A. DOLMETTA, *Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, I
- EMN FOCUSED STUDY 2012. *Misuse of the Right to Family Reunification: marriages of convenience and false declarations of parenthood - National Contribution from Italy*

- G. FALASCA-P. SANNA-L. VICHI a cura di, *Somministrazione di lavoro, lavoro intermittente e lavoro accessorio*, in *La riforma del lavoro*, n. 5, Il Sole 24 ore
- G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, VI Ed., Milano, Giuffrè, 2008
- A. B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano, 2002
- G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e dir.*, 2011
- F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922
- G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *FP*, I, 1972, pagg. 275-284
- L. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano*, In *Dir. comm. internaz.*, 1992
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU-F. MESSINEO, II ed., Milano, Giuffrè, 2002
- F. GALGANO, *Il riflesso giuridico della globalizzazione*, in *Vita not.*, 2002
- F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del Diritto Commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993
- F. GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *RDCO*, I, 1989, pagg. 377-391
- A. GARCEA, *Il legittimo risparmio di imposta: profili teorici e casi materiali*, Padova, Cedam, 2000
- F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi su trust e altre bagattelle)*, in *Rivista Notariato*, 2001/1, pag. 1247 e segg
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, ESI, 1992
- M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003
- R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2010

- G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge*, «sale and lease back», in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1993
- A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, pag. 1251 e segg.
- A. HENSEL, *Diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 1956
- R. VON. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924
- E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, Cedam, 2011
- G. LOIANNO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952
- A. LOVISOLO, *Evasione ed elusione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, I, pag. 1198 e segg.
- M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, Cedam, 2010
- M. LUPOI, *La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, luglio-settembre 2005, pag. 333 e segg.
- F. MARCHESAN, *Ancora sul trasferimento di ramo d'azienda e frode alla legge*, nota a Trib. Treviso, 4 novembre 2003, in *Lav. Giur.* 2004, pag. 141 e segg.
- F. MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. BOSCHIERO, Giappichelli, Torino, 2009
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, II ed., Milano, Giuffrè, 2002
- D. MINUSSI, *Varie tipologie di trust: trust interno e trust esterno*, www.e-glossa.it, 2013
- G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino, Utet, 1958
- U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, Giuffrè, 1969

- F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e contratti*, Utet, Torino, 2010
- S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 2006
- M. NICOLOSI, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 4, 2004, pagg. 423-457
- G. OPPO, *Recensione a Carraro, Il negozio in frode alla legge*, in *RDCO*, I, 1944, pagg. 179-195
- G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909
- G. PALERMO, *Funzione illecita ed autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006
- A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, Padova, Cedam, 2003.
- G. PESCATORE-S. ANGIONE, *Ancora sull'importanza della scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali: la lex mercatoria ed i nuovi principi Unidroit*, su www.bcp-lex.com
- A. PIZZO, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, Dialegesthai, 2006
- V. POMPEO, *La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti*
- G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei "contratti di sostituzione di maternità"*, nota a *Supreme Court of New Jersey*, 3 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, pag. 293 e segg.
- G. PONZANELLI, *California e 'vecchia' Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*, nota a *Supreme Court of California*, 20 maggio 1993, in *Foro it.*, 1993, IV, pag. 337 e segg.

F. PORTENTO, *Contratto internazionale: la convenzione di Vienna prevale sulle norme di dip*, nota a sentenza Trib. Padova, 11 gennaio 2005, www.altalex.com

N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, 2010

A.M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nell'esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, III, pag. 519 e segg.

F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, pag. 717 e segg

S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951

S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, pagg. 334-395

G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1938

M. RABITTI, *Controllo di validità degli atti strumentali ai reati fallimentari e disciplina della revocatoria*, www.academia.edu.

F. RAMACCIO-G. SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, Milano, 2010

S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969

S. ROMANO, *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, in *Contratti* n. 12, 2008

G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911

D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937

E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, pag. 585 e segg.

M. SALVATORE (a cura di), *Introduzione all'istituto del Trust*, www.odcec.mi.it

M. SANTINI-M. MARTINO, *I contratti della crisi coniugale e la simulazione*,
www.diritto.it

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene,
1997

F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1987

F. SANTOSUSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla
Legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004

L. SARCOLI, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e titoli di
soggiorno in frode alla legge*, in *Riv. Polizia*, 2008, pag. 753 e segg.

F. SBORDONE, *Contratti internazionali, regole "a-nazionali" e diritto
internazionale privato*, in *Gazzetta forense*, novembre-dicembre 2008,
pagg. 133-140

F. SBORDONE, *La "scelta" della legge applicabile al contratto*, Esi, Napoli,
2003

C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

Studio sui matrimoni di convenienza negli Stati membri della CIEC,
www.ciec1.org.

V. TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*,
Milano, Giuffrè, 2010

G. THOMAS-A. HUDSON, *The law of Trusts*, Oxford, 2010.

R. TORINO, *Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori,
disponibilità degli status e interesse del figlio*, in *Nuovi modelli familiari*, ed.
provv. Aracne, 2003

A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*,
VIII, Torino, 1962, pag. 732 e segg.

T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè,
1968

P. UBALDI, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA e M.
BESSONE, III, Torino, Utet, 1990

P. VERCELLONE, *Fecondazione assistita e status familiari*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, Atti del Convegno tenuto a Pisa, 30 gennaio-2 febbraio, Pisa, 1997

P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, in *Politica del diritto*, 1986, pag. 103 e segg.

G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 253-254

F. ZEOLI-A. MUSCOLO, *Il recupero dell'importanza del concetto di autonomia per la legittimità dell'outsourcing nei rapporti di lavoro (Commento alle pronunzie della Suprema Corte Sez. Lav. nn. 14961 del 19/6-23/10/2002 e 15105 del 25/10/2002)*, www.diritto.it