

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



Abstract 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

La frode alla legge è un tema che, sin dalla cultura romana, ha attirato l'attenzione dei giuristi e risulta, ancora oggi, particolarmente attuale: forte è infatti, la tendenza di coloro che cercano sempre nuovi marchingegni al fine di sottrarsi alle norme imperative. E ciò è tanto più vero se si pone mente alla circostanza che non solo si tratta di un istituto affine a molti altri, quali la simulazione, il negozio indiretto e quello fiduciario, ma anche che esso va assumendo sempre più connotati di "internazionalità", trovando applicazione non solo nel diritto interno, ma anche in quello internazionale privato. Inoltre, la frode viene generalmente perpetrata attraverso non un singolo negozio, bensì per il tramite di una pluralità di negozi tra essi collegati: tale circostanza rende, da un lato, più gravoso il compito dell'autorità giudiziaria, chiamata a compiere un'analisi non formale e superficiale, ma sostanziale e che vada a guardare, più che il singolo frammento, il risultato raggiunto dalla complessiva operazione economica posta in essere dalle parti; dall'altro, fa sì che la figura sia fortemente evanescente, difficile da inquadrare nelle sue molteplici e variopinte sfaccettature.

La frode alla legge è disciplinata, nel nostro ordinamento, dall'art. 1344 del codice civile, il quale prevede che «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce lo strumento per eludere l'applicazione di norme imperative»: si tratta, come si evince dalla lettura del testo, di una disposizione scarna e di non facile interpretazione.

Con l'espressione "frode alla legge" s'intende una violazione mediata e indiretta, un aggiramento della legge. In ciò si differenzia da altri istituti che, pur comportando la inosservanza di un comando o un divieto posto a livello delle norme, agiscono in maniera diretta. 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» (Cass. civ., 9 dicembre 1971, n. 3568, poi confermata, tra le altre, da Cass. civ., Sez. Un., 7 luglio

1981, n. 4414 e da Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 1993, n. 10603). Il fine fraudolento è, dunque, realizzato attraverso uno o più contratti tipici, ma piegati al raggiungimento di scopi vietati da norme imperative (e divergenti da quelli per cui le figure negoziali sono state predisposte).

Problematica risulta, dunque, la stessa individuazione della frode alla legge, spesso esistendo una linea sottile tra elusione e violazione diretta (e altre figure giuridiche), difficoltà acuita anche dalle tecniche sempre più raffinate usate da chi si serve del diritto per scopi confliggenti con la *ratio* sottesa agli istituti utilizzati.

A seguito di una parte in cui si è trattato degli istituti affini (o presunti tali, quali la simulazione), di quelli che possono essere utilizzati per eludere norme imperative (si pensi al negozio indiretto e a quello fiduciario), nonché allo strumento più frequentemente utilizzato a fini fraudolenti (il collegamento negoziale), ci si è soffermati sulle origini dell'istituto, le tesi sviluppatesi sul tema, le definizioni di frode e il problema della sua individuazione.

Nel secondo capitolo si è incentrata l'attenzione su casi pratici di frode alla legge nel diritto interno (prelazione agraria, patto commissorio, *sale and lease back*, trasferimento di azienda e di ramo d'azienda, contratto di somministrazione di lavoro), nonché su due ipotesi "problematiche" di frode: quella ai terzi e quella al fisco.

Infine, grazie anche alla consultazione di una cospicua giurisprudenza (nazionale ed internazionale) in materia, si sono ricostruite numerose fattispecie in cui può aversi frode alla legge in ambito internazional-privatistico: si è, così, affrontata la questione dei *trust*, quella della scelta della legge applicabile e che inevitabilmente porta con sé il fenomeno del *forum shopping*, nonché le fattispecie, sentite forse più immanenti e spinose, dei "matrimoni di convenienza", dell'immigrazione clandestina, della "maternità

surrogata”, per terminare con la questione, attualissima e ricca di contrasti, dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Partendo dalle origini e giungendo fino ai giorni nostri, si è, dunque, tentato, da un lato, di ricostruire la figura della frode alla legge, nel suo aspetto strutturale e funzionale; dall’altro, attraverso l’analisi di singole fattispecie, di dare contezza della vastità e della portata espansiva di un fenomeno che, lungi dal potersi considerare estinto, trova in se stesso sempre nuova linfa vitale.

La complessità e allo stesso tempo il fascino di questo mondo così vario e mutevole, giustificano i tentativi di chiarire l’essenza stessa della frode alla legge e darne una definizione unitaria, generalmente valevole. A ciò si aggiunga che 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.

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 della 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.

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.