

## INTRODUZIONE

Il vocabolo “elusione” deriva dal latino “*e-ludere*”, evocativo dell’immagine del gladiatore che, invece di parare il colpo inferto dall’avversario, lo scansa con abilità atletica. Nel linguaggio comune, invece, il vocabolo sta a significare il «sottrarsi con inganno, astuzia o malizia ad un dovere», ed è facile capire allora come mai esso sia stato immediatamente mutuato dal diritto per stigmatizzare quei comportamenti finalizzati all’aggiramento di norme imperative che in molte esperienze giuridiche si riconducono all’istituto della *frode alla legge*<sup>1</sup>.

Il fenomeno non è per nulla recente, tanto che se ne rinvencono frequentissimi esempi nelle fonti romane<sup>2</sup>, ove l’interprete aveva sempre il dovere di ricercare

---

<sup>1</sup> Sul tema della frode alla legge, in generale, U. BRECCIA, *Frode alla legge*, in *Il contratto in generale*, III, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 1999; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; D. CARUSI, *Il contratto in frode alla legge*, in *Trattato dei contratti*, I, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Torino, 1999; A. CESSARI, *La struttura della «fraus legi»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2008; G. D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, II; G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968; G. GITTI, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. critica dir. privato*, 1989; A. MAMMONE, *La frode alla legge*, in AA.VV., *Diritto civile. Giurisprudenza e casi pratici*, a cura di U. DI BENEDETTO, Santarcangelo di Romagna, 2002; U. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1990; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; G. OPPO, *Recensione a Carraro. Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I; G. PAS-SAGNOLI, *La frode alla legge*, in *Trattato del contratto*, II, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006; A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990; R. SACCO, *La frode alla legge*, in *Trattato di dir. priv.*, X, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982; P. UBALDI, *Frode alla legge*, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, *I contratti in generale*, III, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, Torino, 1991.

<sup>2</sup> Nel Digesto vi è un testo di Paolo (e un altro di Ulpiano nello stesso senso) che si suole citare quale precursore di questa figura: «*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*» (D. 1.3.29), dove l’uso del verbo *circumvenire* esprime plasticamente lo sforzo di chi, pur professando per la norma un rispetto del tutto formale e farisaico, mira, in realtà, ad eluderne l’applicazione. In questo senso, R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Lipsia, 1924, 57 ss., nonché E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *Zeitschrift für die Savigny Stiftung*, XXVII e XXVIII, 1906 e 1907, 290 ss.

la *sententia legis* “oltre la siepe” dei *verba*<sup>3</sup>, talvolta attribuendosi alla prima addirittura la prevalenza sul mero dato testuale<sup>4</sup>.

Nelle moderne codificazioni, l'ascesa del formalismo ha reso ancor più impellente la necessità di ostacolare quei fenomeni di ribellione all'ordinamento che si realizzano mediante forzature del tipo negoziale per ottenere risultati altrimenti non raggiungibili. Tuttavia, nel nostro come anche in gran parte degli altri ordinamenti moderni, questa contrapposizione tra lettera e spirito della legge è stata solo in parte assorbita nelle regole sull'interpretazione. L'impostazione dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale è infatti nel senso di far prevalere il dato testuale sull'intenzione del legislatore, la quale è comunque rimasta in posizione sussidiaria anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione e della conseguente rilettura delle norme ad essa previgenti<sup>5</sup>.

Da ciò deriva la rilevanza anche sistematica di una norma sulla frode alla legge che possa recuperare in chiave più attuale, e fuori dall'area dell'interpretazione giuridica, la rilevanza dello spirito della legge, consentendo così di reprimere quei tentativi di aggirare le norme imperative<sup>6</sup> che in sostanza utilizzano la legalità contro se stessa.

È noto infatti che l'art. 1322 c.c. consente all'autonomia privata di raggiungere liberamente tutti gli scopi che le sono suggeriti dall'interesse individuale, trovando ostacolo tanto nella scelta del tipo, quanto nell'individuazione del contenuto del negozio, avuto riguardo ai limiti imposti dalla legge a tutela dei soli interessi riconosciuti meritevoli dall'ordinamento giuridico. E finché si mantiene all'interno di questo ampio recinto, l'autonomia privata può esercitarsi in una miriade di forme diverse, che vanno dalla scelta del tipo negoziale, all'adattamento di un tipo mediante clausole ed elementi accidentali, fino alla creazione di figure atipiche non disciplinate dal legislatore<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, 117 ss.; G. OTTOLENGHI, *La frode alla legge e la questione dei divorzi tra italiani naturalizzati all'estero*, Torino, 1909, 49 ss.

<sup>4</sup> G. CELSO, in Dig. 1.317.

<sup>5</sup> Su questa rilettura delle norme che regolano l'agire dei privati in base ai principi costituzionali, conosciuta come “Drittwirkung”, L. DI CARLO, *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano, 2009, 165 ss.; in giurisprudenza, Cass. 22 ottobre 2002, n. 14900, in *La Tribuna, Archivio Civile*, 2002, 7/8, 811. *Contra*, per la tesi della prevalenza del dato testuale, Cass. 6 aprile 2001, n. 5128, in *La Tribuna, Archivio Civile*, 2002, 2, 244; Cass. 13 aprile 1996, n. 3495, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 564.

<sup>6</sup> Così D. MINUSSI, *Il contratto. Le alterazioni patologiche*, Napoli, 2007, 75.

<sup>7</sup> In questo senso A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi. Scritti in onore di Mario Libertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, secondo cui «Le ragioni di questa attribuzione (o riconoscimento di poteri) vanno ravvisate: 1) nell'impossibilità per l'ordinamento giuridico di disciplinare autoritativamente tutti i rapporti tra i consociati; 2) nella mancanza di un interesse pubblico a fissare la regola; 3) nella necessità, di rilievo pubblico, che gli stessi, ad evitare intollerabili turbative sociali, trovino una pacifica regola; 4) nella constatazione che i privati sono, normalmente, i meglio atti a vagliare i propri interessi e a regolarli patteggiamente.

L'identificazione dell'alveo degli interessi ritenuti meritevoli di tutela è realizzata dal legislatore soprattutto attraverso la giuridificazione delle norme imperative<sup>8</sup>, rispetto alle quali l'istituto della frode alla legge, come recepito nell'art. 1344 c.c., opera nel senso di sanzionare la condotta delle parti che, posti dinanzi all'ostacolo del precetto ovvero della proibizione, anziché sottoporsi alla volontà della legge, cercano comunque di conseguire l'interesse immeritevole di tutela non con una semplice violazione diretta della norma imperativa, bensì con un "aggiramento" della stessa reso possibile dalle inevitabili lacune dell'ordinamento<sup>9</sup>.

In questa prospettiva la frode alla legge emerge dunque solo come limite all'autonomia privata, e la fissazione di parametri certi a cui ancorare il giudizio sulla sua esistenza consente all'interprete di disporre di una chiave di lettura coerente del fenomeno, potendosi altrimenti arrivare al paradosso di tacciare di frode negozi invece perfettamente leciti, comprimendo ingiustamente l'area altrimenti inviolabile della libertà contrattuale<sup>10</sup>.

Eppure, in questa giuridificazione sembra di intravedere anche un'altra funzione, per certi versi antitetica alla prima, e cioè quella di circoscrivere l'ambito stesso delle elusioni giuridicamente rilevanti, magari limitandole ad una sola categoria di norme, oppure indicando tassativamente quali atti giuridici possono ritenersi fraudolenti, oppure ancora richiedendo che la frode alla legge si configuri solo in presenza di un intento soggettivo specifico. La frode alla legge, infatti, non è mai totalmente ripudiata: ai privati è comunque lasciata una qualche possibilità di dar vita a negozi fraudolenti "leciti"<sup>11</sup>, quindi senza incorrere in alcuna sanzione<sup>12</sup>. Una lettura *a contrario* delle relative norme, anche appartenenti ad ordinamenti di altri paesi, consente di rinvenire con una certa facilità quali sono, di volta in volta, le elusioni consentite dal legislatore.

---

<sup>8</sup> Da questa occasionale subordinazione dell'autonomia privata alla norma imperativa, la prevalente dottrina desume che la norma imperativa è finalizzata alla tutela di interessi superindividuali. Così S. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1973.

<sup>9</sup> Ovviamente la lacuna qui presa in esame è esclusivamente quella impropria, che si distingue da quella propria (*o intra legem*) in quanto non deriva dall'intenzionale formulazione troppo generica da parte del legislatore ma, al contrario, da una formulazione troppo ristretta. Per questa distinzione, molto più diffusamente, N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 421 ss.

<sup>10</sup> Rileva il rischio di una potenziale attività creatrice del giudice G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 23.

<sup>11</sup> In questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, 168, secondo cui il contratto in frode alla legge non si identifica «con la frode comunque perpetrata».

<sup>12</sup> Dopo tutto la creatività insita nella ricerca dello strumento elusivo può essere anche un pungolo nel fianco del legislatore nella misura in cui esprime una sfida all'ordine costituito, una competizione tra concezioni diverse; non è un caso che l'agire creativo sia talvolta definito, senza pregiudizi, «pensiero deviante» da E. BONCINELLI, *Come nascono le idee*, Milano, 2008.

Nel nostro ordinamento, fino al 1942, quest'ultima funzione di circoscrivere il più possibile l'ambito delle elusioni giuridicamente rilevanti era prevalente rispetto alla prima, in quanto il codice civile del 1865 non conteneva una previsione generale in tema di frode alla legge. Le condotte elusive dei privati, infatti, erano colpite, per così dire "di striscio", esclusivamente in base ad una norma, l'art. 1350, che in realtà riguardava le presunzioni stabilite dalla legge, e che recitava: "*La presunzione legale è quella che una legge attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono: I. Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode alle sue disposizioni*". Questa norma, dunque, aveva una funzione meramente descrittiva del concetto di presunzione legale, ma non precisava nulla sulle caratteristiche del negozio fraudolento, perché anzi ribadiva ciò che fino ad allora era dato per scontato, e cioè che le ipotesi di frode alla legge dovevano essere tassativamente indicate dal legislatore. Così facendo, però, il concetto stesso di frode era in realtà tradito, poiché quegli atti rispetto ai quali la legge poneva una presunzione legale assoluta di frode erano a tutti gli effetti atti contrari alla legge, piuttosto che in frode alle sue disposizioni.

Con l'entrata in vigore dell'attuale codice la prospettiva è stata rovesciata. Il legislatore, infatti, ha introdotto all'art. 1344 una norma a precetto generico volta espressamente alla repressione delle elusioni di norme imperative. Peraltro, l'art. 1344 c.c. convive con una lunga serie di tipizzazioni legali di operazioni fraudolente che il legislatore ha letteralmente "seminato" nel nostro ordinamento, dal codice civile stesso alla legislazione speciale; tali tipizzazioni, pur dando vita ad ipotesi di diretta contrarietà alla norma imperativa, escluse dunque dal campo di applicazione dell'art. 1344, ne richiamano alcuni tratti essenziali che rispondono alla comune *ratio* antifraudolenta. Fra l'altro, molte di queste tipizzazioni operano in relazione al rapporto di lavoro, soprattutto subordinato, che resta comunque un terreno assai fertile anche per le elusioni non tassativamente previste da alcuna specifica disposizione di legge, e quindi direttamente suscettibili nella regola generale.

Questi brevi rilievi sicuramente giustificano l'interesse per l'applicazione della fattispecie della frode alla legge nel diritto del lavoro, ma ciò che ne rende appassionante lo studio approfondito anche sul piano strettamente civilistico è la presa d'atto che l'istituto della frode alla legge ha subito una metamorfosi che a tratti lo ha reso irriconoscibile rispetto a quello originariamente previsto nell'impianto del codice. In dottrina si è sostenuto che «*il sistema è cambiato tutt'attorno all'art. 1344*», ma nello stesso tempo si ammette anche che «*la disposizione codicistica in commento ci appare come un chiaro esempio di eterogenesi normativa*»<sup>13</sup>.

Ci si riferisce precisamente all'evoluzione del concetto di causa del contratto che ha stravolto i connotati dell'art. 1344 c.c., inizialmente concepito come norma di chiusura del sistema<sup>14</sup>, e cioè destinato a colpire quei contratti che, sebbene

<sup>13</sup> G. PASSAGNOLI, *La frode alla legge*, cit., 479 ss.

<sup>14</sup> A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, cit., 170.

nominati, perseguivano finalità illecite; e ciò dando per presupposta la coincidenza tra causa e tipo e, dunque, l'inammissibilità di un contratto tipico con causa illecita («si *reputa* altresì illecita la causa»).

Il superamento di questa concezione impone allora una rilettura dell'istituto che non solo ne ribadisca l'autonomia e la rilevanza anche nel "nuovo" sistema, ma che possa anche contribuire ad un'efficace descrizione della fattispecie. Invero, l'accertamento in concreto delle modalità con cui le parti pongono in essere un'operazione elusiva è riservato al sindacato del giudice di merito, che dovrà accertare la sussistenza di tutte le condizioni di applicabilità dell'art. 1344 c.c., solo allora potendosi ritenere illecito ciò che in prima istanza non lo è. Questa operazione dovrà essere guidata attraverso parametri certi ed univoci, che consentano di superare l'apparente liceità formale del negozio, valutando quando lo schema negoziale è orientato a raggiungere risultati disapprovati dall'ordinamento<sup>15</sup>. In altre parole, la frode diviene percepibile solo abbandonando la tradizionale prospettiva interna al negozio giuridico e assumendo un punto di vista esterno ad esso, come già suggerito da un Autore che in questo rovesciamento vedeva la cura per un «grave vizio di impostazione», e cioè l'assumere come oggetto dell'indagine di liceità non l'esercizio dell'autonomia, ma il suo prodotto, non il fine perseguito ed il risultato raggiunto, ma la regola predisposta<sup>16</sup>.

A fronte di un'operazione così complessa, ci si aspetterebbe che sia la stessa fattispecie astratta a dettare precise indicazioni che possano venire in aiuto all'interprete; ma questa fattispecie, sfortunatamente, risulta «sotto ogni aspetto controversa»<sup>17</sup>. D'altronde la complessità del fenomeno elusivo non si presta ad essere "imbrigliata" in un dato normativo preciso e dettagliato; né tantomeno si può chiedere al legislatore di tipizzare, se non in via meramente esemplificativa, una serie di ipotesi concrete di frode alla legge fra le numerosissime astrattamente configurabili<sup>18</sup>.

Neppure si può aggirare il problema, sostenendo che l'art. 1344 c.c. sia una clausola generale, al pari della buona fede, della forza maggiore, della diligenza del buon padre di famiglia, ecc., destinata ad essere riempita di contenuto dal giudice nel caso concreto<sup>19</sup>. Invero il legislatore non ha impresso nell'art. 1344 c.c. nes-

---

<sup>15</sup> Sulla valenza di questa norma a mettere in dubbio del principio delle forme libere, F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 3 ss.

<sup>16</sup> G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 128.

<sup>17</sup> G. PASSAGNOLI, *La frode alla legge*, cit., 479.

<sup>18</sup> A questo proposito afferma U. BRECCIA, *Frode alla legge*, cit., 259, che «il divieto della frode alla legge grava il giudice di un compito ulteriore: la potestà di decidere, in relazione al singolare atteggiarsi dei fatti, che la pur esauriente interpretazione in termini di legalità dell'operazione non impedisce di constatarne ugualmente l'illiceità».

<sup>19</sup> In ciò sembra rivivere la *fraus legi* del diritto romano-giustiniano, che altro non era se non una tecnica di interpretazione (al pari dell'*aequitas* e della *bona fides*), attraverso cui l'interprete avrebbe dovuto cogliere lo spirito della norma prima del dato letterale. In questo senso U. MORELLO,

suno dei caratteri tipici delle clausole generali, in quanto non ha impiegato concetti ampi o elastici privi di univoca definizione, né ha posto alcun riferimento ai cosiddetti “*standards* valutativi” in base ai quali l’interprete sarebbe chiamato a dare contenuto e applicazione alla norma<sup>20</sup>.

Pertanto, si ritiene che uno studio puntuale su questa materia non possa affatto prescindere da un esame dei singoli elementi che compongono la fattispecie astratta della frode alla legge, auspicando che da tale ricerca possano emergere non solo l’autonomia e la rilevanza dell’istituto, ma anche criteri e direttive per la sua concreta applicazione.

---

*Frode alla legge*, cit., 501-540; G. D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 137 ss.; U. BRECCIA, *Frode alla legge*, in *Causa, oggetto, forma del contratto*, a cura di G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, Torino, 2002, 498 ss.; G. ROTONDI, voce *Frode alla legge (Atti in)*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, III, Milano, 1923, 200. In senso solo parzialmente diverso R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, 549.

<sup>20</sup> Sui caratteri delle clausole generali, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 5 ss.; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, 1988, 403 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 1 ss.; E. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 21 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 709 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; U. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 343 ss. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003. Quanto agli *standards* valutativi, A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, II, Torino, 1989, 311 ss.; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e dir.*, 2007, 443 ss.