

NUMERO 3 - 2014

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

Andrea Maria Azzaro

CESSIONE D'AZIENDA FRAZIONATA NEL CONFERIMENTO D'AZIENDA E  
SUCCESSIVA CESSIONE DI QUOTE NELLA CONFERTARIA



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	p.626
<b>FABRIZIO MARINELLI</b>	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica</i> . . .	p.629
<b>GIUSEPPE CONTE</b>	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i> . . . . .	p.647
<b>ENRICO SCODITTI</b>	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i> . . . . .	p.677
<b>LUCIANO PANZANI</b>	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i> . . . . .	p.693
<b>MASSIMO RUBINO DE RITIS</b>	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito</i> . . . . .	p.741
<b>ANDREA MARIA AZZARO</b>	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria</i> . . . . .	p.771
<b>FRANCESCO MACARIO</b>	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i> . . . . .	p.825
<b>MARCELLO MAGGIOLO</b>	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i> . . . . .	p.867
<b>FRANCESCO GAMBINO</b>	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i> . . . . .	p.885
<b>JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA</b>	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i> . . . . .	p.901

## Cessione d'azienda *frazionata* nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria

---

La cessione d'azienda operata attraverso il conferimento d'azienda e la successiva cessione di quote della conferitaria è da tempo al centro del dibattito in merito all'imposta di registro applicabile che, secondo la giurisprudenza oramai consolidata, deve essere quella dell'atto tipicamente preposto all'operazione ma fiscalmente meno vantaggioso, in mancanza della prova da parte del contribuente di una valida ragione economica sottesa al particolare percorso negoziale prescelto, predonderante rispetto allo scopo di ridurre il carico fiscale. A tal fine la fattispecie si ritiene inquadrabile nella teorica dell'"abuso dello strumento contrattuale", che in tale ambito poggerebbe sul principio di cui all'art. 53 Cost. Lo studio propone una diversa prospettiva ricostruttiva, che colloca la vicenda nell'ambito del frazionamento contrattuale, assumendo che quando i singoli contratti in cui viene frazionata la cessione d'azienda producono, nella loro sommatoria, la medesima funzione economica del contratto frazionato, tanto basti a suffragare l'applicazione della maggiore imposta dovuta, in mancanza della prova contraria del contribuente di una divergenza fra la causa dell'operazione economica posta in essere e quella del tipo contrattuale frazio-

nato. In tal modo il problema viene ricondotto nell'ambito del tradizionale strumentario giuridico proprio del contratto, svincolandosi da quei metodi ermeneutici che hanno indotto certa dottrina a discorrere dell'abuso del diritto come di un "argomento abusato".

*The sale of the company operated through the transfer of company and the subsequent sale of the shares of the transferee has long been central to the debate about registration tax applicable, according to the law is now settled, that the act should be typically fiscally responsible operation but less beneficial in the absence of proof to the taxpayer of a valid economic reason underlying the particular path chosen negotiation, largest compared in order to reduce the tax burden. To this end, the case is believed to be framed in the theory of "abuse of the contractual instrument", which in this context would be based on the principle of art. 53 of the Constitution. Study offers a different perspective reconstructive, which places the story in the context of contract fractionation, assuming that when the individual contracts in which you split the sale of the company producing, in their summation, the same economic function of the contract fractionated, so it is enough to substantiate the application of the additional tax due in the absence of evidence to the contrary of the taxpayer of a divergence between the economic cause of the operation took place and that the type of contract split. In this way, the problem is brought back as part of the traditional instruments of their own legal contract, freeing herself from those hermeneutical methods that have led some to talk doctrine of abuse of rights as a "topic abused".*

Sommario: 1. La fattispecie e la sua qualificazione *ex art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986*. – 2. La condotta oggetto del controllo di valore: “l’abuso del diritto” come “argomento” abusato? – 3. *Step transaction doctrine* o “teoria delle operazioni frazionate”. – 4. Il frazionamento come tecnica negoziale nella disciplina dei rapporti economici: cenni. – 5. (*Segue*). Frazionamento illecito, *contra legem* ed *in fraudem legis*. – 6. Il controllo di infrazionabilità funzionale del tipo contrattuale: causa, motivi e intento nella teoria del frazionamento. – 7. Frazionamento contrattuale e “operazione economica”. – 8. (*Segue*). Collegamento e frazionamento nel diritto dei contratti. – 9. Il frazionamento illecito in materia fiscale: cenni.

### 1. - La fattispecie e la sua qualificazione *ex art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986*.

L’annoso dibattito sul regime fiscale applicabile all’operazione economica composta da conferimento d’azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria torna d’attualità a seguito di recenti pronunce della S.C. che, ponendosi lungo una tendenza oramai consolidata, rinviengono un abuso dello “strumento contrattuale” volto a eludere il pagamento delle imposte dovute per la cessione d’azienda <sup>1</sup>.

I termini della diatriba sono noti: la S.C. con alcune successive pronunce, ha ritenuto di dover qualificare, *ex art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986*, siffatta operazione come unitariamente riconducibile nella cessione d’azienda, soggetta ad una tassazione più onerosa, sia nell’ambito dell’imposizione diretta, sia di quella indiretta.

L’art. 20 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 in materia di imposta di registro prevede che, ai fini della determinazione dell’imposta, l’ufficio debba procedere alla qualificazione degli atti, in funzione della loro intrinseca natura e degli effetti giuridici <sup>2</sup>, per accertare se una determinata attività negoziale, che di norma è attuata mediante un unico atto, venga artificialmente “scomposta” per eludere la norma fiscale <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. 19 marzo 2013, n. 835, in *Fisconline*; Cass. 5 giugno 2013, n. 14150, *ivi*.

<sup>2</sup> L’art. 20, rubricato “*Interpretazione degli atti*”, prevede che «L’imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente». È proprio l’inciso finale della norma che ha posto alla dottrina il problema di valutare la possibilità di sindacare, oltre lo schermo formale, la reale portata dell’atto, verificando, in particolare se, al di là dell’apparente struttura plurima, si nasconda un atto per sua natura unitario.

<sup>3</sup> Per quanto qui interessa, si tratta di verificare se il frazionamento di contratti trovi ragion d’essere in un intento elusivo ovvero se, al contrario, i singoli “frammenti” abbiano una

A parere della Corte di Cassazione, dovendo privilegiare, nell'applicazione dell' art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986, l'intrinseca natura della fattispecie negoziale, oltre lo schermo formale, negli effetti giuridici che è destinata a realizzare, si deve ritenere che la richiamata operazione economica debba essere soggetta al regime impositivo proprio della cessione d'azienda. L'argomento utilizzato dalla S.C., attinge a quel principio generale anti-elusivo ravvisabile nel generale divieto di "abuso del diritto" – inteso come «il limite esterno all'esercizio – potenzialmente pieno ed assoluto – di un diritto, per il fatto che esso si pone in contrasto con gli scopi etico-sociali per i quali il diritto stesso è riconosciuto e protetto dall'ordinamento positivo»<sup>4</sup> – e che, in ambito (negoziale, esaminato sotto il profilo degli effetti che si producono sul piano) fiscale, si ritiene possa trovare riferimento nella clausola anti-elusiva prevista all'art. 37-*bis* del d.P.R. n. 600 del 1973<sup>5</sup>, sul fondamento dell'art. 53 Cost., quale "norma imperativa fiscale"<sup>6</sup>.

propria autonoma giustificazione causale. Non sembra ostativo all'utilizzo di tale fattispecie la circostanza che, trattandosi di ipotesi soggetta alla speciale normativa tributaria, essa trova solo in quel sistema le sue sanzioni, non comportando la nullità dei negozi (sul punto, fra le tante, Cass. 18 aprile 1975, n. 1459, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1099).

Anche la giurisprudenza (cfr. Cass. 10 dicembre 1970, n. 2623, in *Rass. Ave. St.*, 1971, I, 142), afferma talvolta che «la disposizione per cui l'imposta di registro va applicata secondo l'intrinseca natura degli atti, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, trova applicazione soltanto quando esista un contrasto tra il titolo del negozio ed il suo vero contenuto, e non anche quando le parti abbiano fatto uso di un determinato negozio per scopi diversi da quelli suoi propri». In senso contrario, v. Cass. 25 maggio 1989, n. 2127, in *Dir. fall.*, 1989, II, 1053, secondo cui «le pattuizioni che siano rivolte ad eludere l'imposta di registro, ovvero a godere di un loro pagamento in misura ridotta rispetto a quella dovuta, non implicano di per sé nullità del contratto, salva restando la loro sanzionabilità nell'ambito dei rispettivi rapporti tributari».

<sup>4</sup> Per tale teorica, cfr. fra gli altri, P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento Europeo*, Torino, 2011, 2, ove i riferimenti.

<sup>5</sup> Introdotto dall'art. 7, primo comma, del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, l'art. 37-*bis*, d.P.R. n. 600 del 1973 dispone che: «1. 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. — 2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione. — 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante

Con siffatto “principio”, – si afferma – è dato sanzionare tutte quelle operazioni che attraverso l'uso abusivo dello strumento contrattuale, sono dirette (principalmente) a realizzare un indebito risparmio d'imposta, senza che a fondamento del percorso negoziale prescelto vi siano diverse, apprezzabili, ragioni economiche <sup>7</sup>.

Dall'applicazione di tale “argomento” ermeneutico discendono, poi, fra le altre, conseguenze in ordine alla prescrizione, che decorre dal compimento dell'ultimo degli atti della “sequenza negoziale”, come in ordine all'onere della prova, incombendo sul contribuente la prova di una plausibile ragione economica a fondamento del congegno negoziale utilizzato <sup>8</sup>.

Per contro, parte prevalente della dottrina e buona parte, anche della più recente, giurisprudenza di merito, ritengono legittima l'operazione descritta, assumendo – sulla base del generale principio di libertà di inizia-

---

disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni; *f*) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da *c*) a *c-quinquies*), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917; *f-bis*) cessioni di beni effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi (...)».

<sup>6</sup> Per tale approccio v., *ex multis*, F.M. GIULIANI, *Elusione fiscale, frode alla legge e causa concreta del contratto*, in *Contr. impr.*, 2007, 480.

<sup>7</sup> Basti qui richiamare, fra le tante, Cass., sez. trib., 21 gennaio 2011, n. 1372, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Tributi in genere* [6820], n. 45, secondo cui «In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di valide ragioni economiche apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: ne consegue che il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima, ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda».

<sup>8</sup> Dispone al riguardo l'art. 37-*bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, commi 4, 5 e 8, che «(...) 4. L'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2. 5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 42, l'avviso d'accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente e le imposte o le maggiori imposte devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al comma 2. (...) – 8. Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. (...)».

tiva economica anche quale legittimo strumento del risparmio d'imposta – che la qualificazione *ex art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986* debba essere valutata, nell'ambito della prospettiva della “riorganizzazione aziendale”, “singolo atto per singolo atto”, senza poter indurre, da un preteso “collegamento” funzionale fra i negozi posti in essere, una “predominante” finalità elusiva del regime fiscale altrimenti applicabile<sup>9</sup>.

In tal modo, il discorso si appunta sulla finalità, o “funzione”, dello strumento contrattuale utilizzato, incombendo sulla parte l'onere di provare che il risparmio fiscale è solo conseguenza di una più ampia “pianificazione” economica, talché, in ossequio al principio di libera iniziativa economica nei limiti negativi e positivi previsti dall'ordinamento giuridico (art. 41, commi 2 e 3, Cost.), nessuna censura potrebbe muoversi ove l'operazione non sia volta “prevalentemente” a ottenere indebiti risparmi d'imposta.

A questa stregua, si ritengono non passibili di censura quelle argomentazioni che evidenziano il minor rischio che sul compratore deriva dall'operazione, sia in ordine alla responsabilità patrimoniale sia a quella fiscale (il cessionario risponde infatti, anche delle sanzioni, sia per l'annualità in corso sia per il biennio precedente), inducendo numerose Commissioni tributarie ad accogliere i ricorsi delle imprese contribuenti.<sup>10</sup>

## 2. - La condotta oggetto del controllo di valore: “l'abuso del diritto” come “argomento” abusato?

L'affermazione di un principio anti-elusivo generale in materia fiscale, ricavabile dal “divieto di abuso del diritto” *ex art. 53 Cost.*, suscita da tempo profondi contrasti, permanendo l'impressione che con esso vengano indebitamente ristretti i margini di manovra dell'autonomia negoziale,

---

<sup>9</sup> In tema, da ultimo, M.P. NASTRI, *Step transaction e riqualificazione degli atti*, in *Gazz. for.*, 2014, 190 ss.; F. DEZZANI-L. DEZZANI, *Conferimento d'azienda e successiva cessione della partecipazione: operazione elusiva ai fini dell'imposta di registro*, in *Fisco*, 2013, 2521 ss.

<sup>10</sup> Cfr., fra le altre, Commissione Trib. prov. Milano, 19 novembre 2010, n. 388, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 226, con nota di F. PEDROTTI, *Conferimento di ramo d'azienda e successiva cessione di quote attribuite al soggetto conferente. Considerazioni intorno alla presunta elusività dell'operazione ai fini dell'imposta di registro*; Commissione Trib. prov. Genova, 24 febbraio 2011, in *Fiscaline*, 2011, n. 56; Commissione Trib. prov. Treviso, 22 aprile 2009, in *Fiscaline*, 2009, n. 41.

specificamente nel suo profilo dato dal potere determinativo degli effetti giuridici<sup>11</sup>.

Il fatto che, ogniqualevolta da un determinato “percorso” negoziale derivi un risparmio d'imposta, si debba provare che esso non è determinante nella (sostanza della) “operazione economica” – e quindi che vi sia un “*good business purpose*” idoneo ad neutralizzare la “presunzione qualificativa” in chiave elusiva – rischia di mortificare, di fatto, la possibilità di progettare liberamente gli effetti collegati all'utilizzo dell'uno, piuttosto, che di altro tipo contrattuale, limitando in tal modo, irragionevolmente, la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

L'affermata valenza “presuntiva” del (supposto) principio anti-elusivo può condurre in tal modo, a ben vedere, ad un inedito scontro tra interessi costituzionalmente protetti, mal sopportando l'autonomia contrattuale – intesa quale strumento della libertà di iniziativa economica – limiti ultronei rispetto a quel principio di solidarietà economica (art. 2, Cost.), del quale la clausola generale di utilità sociale è prima e più rilevante espressione con portata precettiva (art. 41, comma 2, Cost.).

Il rilievo si colloca nel più ampio dibattito circa il “disinvolto” ricorso all'abuso del diritto operato talvolta dall'interprete che, ove con la norma applicabile non riesca a costruire la “regola del caso concreto”, si “rifugi” nell'alveo dei principi generali, utilizzando allo scopo un tale strumento ermeneutico, così, in sostanza, «spostando dalle *leges* agli *jura* la competenza a dare soluzione di un caso»<sup>12</sup>.

Si diffida, quindi, di quella metodologia ermeneutica che utilizza tale categoria concettuale quale “argomento” per tradurre «in regola del caso concreto un principio del diritto vigente o – più spesso – del diritto vivente»<sup>13</sup>, secondo una linea giurisprudenziale che, ove sia «presa dalla

---

<sup>11</sup> Per tutti v. R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1477, parlava d'efficacia “direttiva” della volontà sugli effetti giuridici.

<sup>12</sup> Così A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 330, ma v. già 302, ove la definizione di abuso come «l'atto o l'omissione conforme ad una norma che però contrasta con l'ordinamento per la sua funzione e spesso pregiudica un terzo», desunta quale «approssimazione empiricamente accettabile» dai dati normativi degli ordinamenti europei che prevedono tale categoria concettuale.

<sup>13</sup> Così ancora A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 302.

sua potenza creatrice (o dal suo libertinaggio argomentativo) (...) rovescia le connotazioni usuali (...).<sup>14</sup>

Una posizione di sicuro rilievo occupa, nell'ambito della giurisprudenza sull'abuso del diritto, quella «dell'abuso dell'autonomia negoziale perpetrato attraverso particolari conformazioni dell'operazione economica, ritenute surrettizie al solo o al precipuo fine dell'elusione o riduzione dell'imposta»<sup>15</sup>.

Se si accantona, per un momento, l'opzione applicativa data dall'abuso del diritto come strumento anti-elusivo di portata generale, ove l'attività economica sia configurabile – come in materia fiscale – quale condotta negoziale, non resta che utilizzare tecniche e rimedi tipici della disciplina del contratto in generale (art. 1324 c.c.).

Il problema torna così al suo specifico ambito (di controllo). L'elusione d'imposta attuata mediante atti di natura *negoziale*, un fenomeno assai diffuso nella prassi commerciale, tanto che si moltiplicano norme specifiche di (prevenzione e) repressione.

In luogo di introdurre una norma anti-elusiva di portata generale – tale non potendosi ritenere, come tale, l'art. 37-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 –<sup>16</sup> il

---

<sup>14</sup> Testualmente A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 330, che conclude il pensiero affermando che in tal modo «(...) ciò che altrimenti sarebbe diritto diventa illecito, ciò che altrimenti sarebbe repressione di diritti diventa repressione di abusi; e tutto questo grazie alla forza persuasiva dell'abuso facendo economia di altri argomenti giustificativi. Il dubbio che ciò non sia propriamente legale è soverchiato dal sentimento che ciò sia giusto». L'A., all'esito di una rassegna dei principali ambiti di applicazione giurisprudenziale dell'abuso del diritto, oltre che di una illuminante ricostruzione della categoria logico-concettuale, ammonisce che «il ricorso all'abuso è crescente (...). Ma è lecito chiedersi che cosa garantisca che un argomento come l'abuso, che anche quando derivato da principi codificati fa tanto appello alla giustizia ("è un abuso!") non sia solo copertura retorica di un punto di vista (...)», concludendo che «(...) come ammoniva il dottor Johnson, ci vuole prudenza, perché gli uomini ne sanno troppo poco dei rapporti tra le cause e gli effetti per potersi permettere di fare il male a fin di bene».

<sup>15</sup> A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 310.

<sup>16</sup> Ancorché vi sia chi, rigettata l'idea di utilizzare a tal fine l'art. 1344 c.c., seppure per il tramite dell'art. 53 Cost. quale «norma imperativa fiscale», prospetta la possibilità di «estendere la gettata dell'art. 37-*bis* – norma tributaria antielusiva già di per sé ampia e dettagliata – in forza degli artt. 2, 3 e 53 della carta costituzionale» (F.M. GIULIANI, *Elusione fiscale*, cit., 480). La norma, che riguarda le imposte sui redditi e determinate operazioni straordinarie, recita (comma 1): «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».

legislatore ha scelto infatti di tipizzare e sanzionare di volta in volta particolari fattispecie, coerentemente all'opzione sistematica di identificare analiticamente i presupposti d'imposta<sup>17</sup>.

Ne deriva un «contesto legislativo atomizzato composto da una varietà di norme», nel quale «giocano in favore dell'elusione alcuni fattori di rigidità, che non sarebbero pensabili in un sistema a struttura sintetica, e perciò flessibile»<sup>18</sup>.

In questo quadro, la possibilità di far ricorso alle sole norme anti-elusive introdotte *rationae materiae* dal legislatore, si accompagna alla ritenuta inutilizzabilità dell'art. 1344 c.c. che, quand'anche si ritenesse azionabile in forza della diretta applicabilità dell'art. 53 Cost., provocando la nullità del contratto sarebbe sostanzialmente improduttivo ai fini fiscali<sup>19</sup>.

Conclusione questa che non sembra scalfita da quei pure autorevoli tentativi<sup>20</sup> – seguiti da una giurisprudenza peraltro isolata –<sup>21</sup> volti ad applicare l'art. 1344 c.c. per il tramite dell'art. 53 Cost., limitando la sanzione all'«irrelevanza fiscale» dell'atto elusivo ove la causa fraudolenta non debba ritenersi l'unica funzione qualificante la fattispecie.

Si aggiunga che, secondo molti, la (ri)qualificazione della fattispecie da parte dell'amministrazione finanziaria può aver luogo per il negozio «eva-

---

<sup>17</sup> In luogo di molti, cfr. sul punto G. TREMONTI, *Gruppi di società: i vincoli e le architetture fiscali*, in AA.VV., *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, 34.

<sup>18</sup> Così S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992, 129.

<sup>19</sup> Su queste posizioni si attestano dottrina e giurisprudenza prevalenti: cfr., *ex plurimis*, G. TREMONTI, *Gruppi di società*, cit., 33; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., 125 ss.; A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, *passim*; R. LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2005, 104 ss.; A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, *passim*; P.M. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1989, 91 ss.

Le obiezioni più comunemente utilizzate per escludere l'applicabilità dell'art. 1344 in materia fiscale sono com'è noto: a) la norma tributaria che disegna la fattispecie impositiva non è una norma imperativa; b) l'art. 1344 c.c. è norma «distruttiva» del negozio, mentre interesse della P.A. è recuperare l'imposta; c) non ha senso dunque colpire di nullità il negozio in frode alla legge fiscale, mentre altri rimedi non hanno un valido fondamento normativo.

<sup>20</sup> F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, I, 1764 ss., che sembra modificare in tal modo sue precedenti opinioni [F. GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, 11 ss.].

<sup>21</sup> Il riferimento è a Cass. 12 maggio 2005, n. 20816, in *Fiscoline*, che invertendo una tendenza divenuta costante, afferma che «il Collegio ritiene (...) pertinente il richiamo all'art. 1344 c.c., poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario delle spese pubbliche (art. 53 Cost.) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n. 11352», suscitando non poche perplessità in dottrina (cfr. F.M. GIULIANI, *Elusione fiscale*, cit., 460 ss.).

sivo” e non per quello “elusivo”, posto che nel primo caso il contribuente avrebbe ommesso di pagare un’imposta il cui presupposto impositivo si è verificato, mentre nell’elusione l’insorgenza di tale presupposto sarebbe impedita dall’utilizzo di strumenti giuridici formalmente legittimi, tanto che la giurisprudenza della Suprema Corte ha per molto tempo ritenuto possibile operare detta (ri)qualificazione «o in carenza di assoluta legittimazione normativa o muovendo da ipotesi di frode-evasione anziché di vera e propria elusione fiscale»<sup>22</sup>.

### 3. - *Step transaction doctrine* o “teoria delle operazioni frazionate”.

Delimitato il problema nei suoi profili essenziali, si vuole ora fissare l’attenzione sui connotati strutturali dell’operazione composta da una *pluralità di negozi coordinati*, elusiva dell’imposta di registro.

Come è noto, gli artt. 1 e 2 del d.P.R. n. 131 del 1986 dispongono che l’imposta di registro si applica a tutte le categorie di atti indicati nella tariffa, previa interpretazione di ogni atto portato alla registrazione, che deve avvenire «in funzione della intrinseca natura e degli effetti giuridici degli atti» (art. 20), il che ha sollevato aspre dispute circa l’utilizzabilità in quella sede dei criteri ermeneutici previsti dagli artt. 1362 ss., c.c.<sup>23</sup>.

Ad una prima, prevalente, opinione che postula l’oggettivazione dei criteri in funzione del contenuto dell’atto presentato alla registrazione<sup>24</sup>, si contrappone una linea di tendenza “sostanzialista” che, ritenuti applicabili i canoni ermeneutici comuni, ammette che il ricevitore possa spingersi

---

<sup>22</sup> Cfr., fra le altre, Cass. 29 aprile 2005, n. 20398, in *www.altalex.com*; Cass. 25 ottobre 2005, n. 22932, in *www.altalex.com*; Cass. 3 settembre 2001, n. 11352, cit.

Per l’orientamento che, al fine di far emergere al di là della forma adottata la sostanza giuridica dell’affare, postula la possibilità, anche in assenza di una norma *ad hoc* di qualificazione dei contratti, di utilizzare (innanzitutto) i comuni criteri ermeneutici in materia contrattuale cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 1992, I, 53; G. ZAZZO, *Sul lease-back e l’elusione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, I, 258; U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge rivisitato (fusioni con prevalenti scopi fiscali, leveraged buy outs e management buy outs)*, in AA.VV., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni fra autonomia e controllo*, Milano, 1990, 67 ss., che propone l’utilizzo di una clausola generale di frode alla legge che troverebbe il proprio riferimento in materia contrattuale nell’art. 1344 c.c.

<sup>23</sup> In tema, v. P.M. TABELLINI, *L’elusione fiscale*, cit., 162 ed ivi riferimenti.

<sup>24</sup> Cfr., fra le tante, Cass. 16 ottobre 1980, n. 5563, in *Boll. trib.*, 1981, 886; Cass. 29 marzo 1983, n. 2239, in *Comm. trib. centr.*, 1983, II, 892; A.-V. UCKMAR, voce *Imposta di registro*, in *Nss. D.I.*, XV, 1982, Torino, 46.

oltre le risultanze cartolari per valutare, ad esempio, se tra gli atti presentati alla registrazione possa evincersi, sulla scorta di una valutazione complessiva, una relazione funzionale elusiva che manifesti una volontà difforme da quella apparente <sup>25</sup>.

Si è andato perciò formando un orientamento giurisprudenziale che ritiene di poter sottoporre all'imposta di registro il negozio realmente perseguito dalle parti mediante il collegamento di più contratti distinti, dovendosi ricercare, oltre lo schermo dei vari negozi, la "sostanza dell'operazione economica" <sup>26</sup>.

Allo schema classificatorio del collegamento negoziale fa riferimento una pronuncia <sup>27</sup>, che si segnala per individuare un diverso riferimento normativo del problema nell'art. 21 d.P.R. n. 131 del 1986, nel quale si prevede che «se più disposizioni contenute nell'atto derivano necessariamente le une dalle altre, l'imposta si applica come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo all'imposizione più onerosa».

La precisazione rileva nel senso che l'argomentazione logica utilizzata dalla Suprema Corte tende a ricondurre ad unità una fattispecie <sup>28</sup> – per il tramite, più che di categorie civilistiche, dell'art. 53 Cost. – che si caratterizza per sua natura per la distinzione strutturale fra i negozi.

Ma a ben vedere, la relazione di "derivazione necessaria" fra le disposizioni (di un unico atto) richiesta dalla norma mette a nudo l'equivoco insito nella tesi che ritiene di poter superare l'autonomia strutturale dei negozi collegati mediante una supposta unità funzionale di cui è lecito dubitare, ogniqualvolta che ciascun negozio sia volto a realizzare la propria causa

---

<sup>25</sup> In tal senso, v. già Cass. 14 maggio 1984, n. 4097, in *Rass. trib.*, 1984, II, 652; Cass. 27 ottobre 1998, n. 10686, in *I codici tributari*, Roma, 2002, che individuano circostanze rilevanti nella identità dei contraenti degli atti collegati, nell'equivalenza degli effetti economici raggiunti con gli atti "apparenti" rispetto a quelli che si sarebbero raggiunti con gli atti "mascherati", nella concomitanza temporale delle operazioni che si assumono collegate.

<sup>26</sup> Cass. 27 ottobre 1998, n. 10686, cit.; Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093; Cass. 6 settembre 1996, n. 8142, in *Dir. prat. trib.*, II, 1997, 1297.

<sup>27</sup> Cass. 23 novembre 2001, n. 14900, in *Riv. not.*, 2002, II, 1207 ss., con nota di M. DEL VAGLIO, *Revirement della Corte di Cassazione in tema di interpretazione degli atti collegati ai fini della applicazione dell'imposta di registro*.

<sup>28</sup> M. DEL VAGLIO, *Revirement della Corte di Cassazione*, cit., 1215 ss.

tipica e, in aggiunta ad essa, una funzione ulteriore derivante dal nesso di collegamento <sup>29</sup>.

Ne consegue che, o si afferma che dietro la pluralità di negozi necessariamente derivati si nasconde un unico contratto (complesso) – ed allora si dovrebbe ritenere applicabile *ex art. 21, comma 2, d.P.R. n. 131 del 1986* l'imposta come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo all'imposizione più onerosa –; o si ritiene che vi siano più contratti collegati, ed allora "ciascuno di essi è soggetto ad imposta come se fosse un atto distinto" (art. 21, comma 1) <sup>30</sup>.

Consapevole delle difficoltà denunciate, parte della dottrina ha avanzato una diversa ipotesi ricostruttiva, rilevando la necessità di approntare strumenti giuridici idonei a contrastare fenomeni elusivi che, per lo più, si attuano mediante il "frazionamento del contratto" <sup>31</sup>.

A tale stregua si ritiene che l'interprete sia chiamato a verificare se, al di là dello schermo formale, ricorra l'autonomia funzionale dei singoli atti, ovvero al contrario, il loro frazionamento sia preordinato ad abbattere l'imposta altrimenti dovuta <sup>32</sup>.

Il fatto che l'operazione venga attuata mediante una pluralità di atti assume <sup>33</sup>, in rapporto alla natura del negozio, la valenza di indice di "anormalità", cui, unitamente alle altre circostanze del caso concreto, si deve fare riferimento, per accertare la funzione concreta sottostante all' "operazione economica".

La fattispecie viene assunta, in tal modo, in una diversa prospettiva rico-

---

<sup>29</sup> Né in senso contrario pare utilizzabile quella distinzione fra collegamento volontario e necessario cui fa riferimento qualche pronuncia (Cass. 6 settembre 1996, n. 8142, cit.), posto che l'art. 20, del d.P.R. n. 131 del 1986 è applicabile a fattispecie "negoziali".

<sup>30</sup> Difficoltà che traspare chiaramente dalle motivazioni della menzionata pronuncia della S.C., ove si richiama a fondamento normativo l'art. 53 Cost., salvo poi utilizzare (insieme al collegamento negoziale) la tecnica della simulazione: sul punto, in senso critico, M. DEL VAGLIO, *Revirement della Corte di Cassazione*, cit., 1215-1216.

<sup>31</sup> Cfr. A. MAINARDI, *A proposito della c.d. "funzione antielusiva" dell'art. 20 del d.P.R. 131 del 1986: in particolare, il frazionamento degli atti negoziali*, in *Boll. trib.*, 1996, 678 ss.

<sup>32</sup> È questo il significato che la dottrina vorrebbe ricavare dall'enunciato letterale della norma, facendo leva soprattutto sull'inciso finale, secondo cui la natura o gli effetti giuridici degli atti, andrebbero verificati *a prescindere dal titolo o dalla forma apparente* (A. MAINARDI, *A proposito della c.d. "funzione antielusiva"*, cit., 679).

<sup>33</sup> In tal caso, oltretutto, il frazionamento può coinvolgere fattispecie negoziali anche eterogenee fra loro, rappresentando non porzioni di una medesima "prestazione", bensì parti di una fattispecie complessa.

struttiva che, peraltro, sconta, nel dibattito, la mancanza di puntuali riferimenti, sia con riguardo al fondamento normativo del “frazionamento negoziale”, che, di conseguenza, in ordine alla ricerca delle possibili tecniche di tutela.

In relazione al primo aspetto, va sottolineato, infatti, che il frazionamento negoziale è categoria concettuale ricavabile – per il tramite del principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) – dall’art. 37-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che fa invece esplicito riferimento al “collegamento” di contratti, ma si tratta di argomento ancora debole. Senza contare che si ha qui riguardo ad una norma (art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986) che ha all’evidenza natura speciale, il che ne esclude l’utilizzazione analogica<sup>34</sup>.

Il problema così posto suggerisce, allora, la possibilità di sindacare il carattere elusivo delle operazioni di “frazionamento” alla stregua dell’art. 1344 c.c., il cui utilizzo però, come detto, in materia fiscale è generalmente respinto<sup>35</sup>.

Nell’indicata prospettiva ricostruttiva sembrano collocarsi, peraltro, teoriche provenienti da esperienze straniere, ove il fenomeno del “fraziona-

---

<sup>34</sup> L’osservazione della realtà dei traffici induce molti interpreti ad utilizzare in questi casi il termine (e forse inconsapevolmente il concetto di) “frazionamento di atti o contratti”, salvo poi a ricondurla, sulla scia della giurisprudenza prevalente, nella categoria del “collegamento negoziale”. Per altro verso, la mancanza di un’espressa previsione normativa ha spesso indotto gli studiosi, come detto, a verificare la possibilità di sanzionare tale fenomeno mediante il citato art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986, che essendo una norma di natura settoriale, pare dotata di dubbia capacità estensiva.

<sup>35</sup> Salvo a ritornare sul punto nel prosieguo dell’indagine, va sin d’ora ricordato che la giurisprudenza (cfr. per tutte, Cass. 28 giugno 1976, n. 2464, in *Rep. Giur. civ.*, 1976, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 39), e la prevalente dottrina (per una esauriente rassegna delle diverse posizioni si rinvia, per tutti, a F. GALLO, *Evasione, elusione e risparmio d’imposta*, in *Giur. comm.*, 1989, 377 ss.; S. CIPOLLINA, voce *Elusione fiscale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 220 ss.), sono tradizionalmente orientate nel senso di affermare l’inapplicabilità dell’art. 1344 c.c. al diritto tributario, secondo una tendenza che ritiene l’imposizione fiscale legata alle forme civilistiche utilizzate dalle parti, e non alla sostanza economica dell’affare, limitandosi, in tal modo, fortemente, la possibilità di superare l’eventuale schermo formale (in questo senso UCKMAR, *Le società a stretta base azionaria*, Padova, 1966, 164 ss.; *contra*, E. VANONI, *Natura e interpretazione della legge tributaria*, Milano, 1961). Si deve peraltro sottolineare come tanto fra i civilisti (cfr. U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1993, 532 ss.), che fra i fiscalisti (F. GALLO, *Evasione, elusione e risparmio d’imposta*, cit., 396, spec. nota 160; *Id.*, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusivo*, cit., 1764 ss.), permane traccia dell’idea di poter individuare una clausola generale anti-elusiva (art. 1344 c.c.).

mento” è stato studiato soprattutto quale tecnica economica volta a eludere la normativa fiscale <sup>36</sup>.

Particolarmente significativa, al riguardo, appare la c.d. *step transaction doctrine*, o “teoria delle operazioni frazionate”, affermatasi nella giurisprudenza degli Stati Uniti d’America, secondo cui, se al di là della serie di distinti atti giuridici compiuti da un soggetto, emerge l’esistenza di “un’operazione economica unitaria”, che avrebbe potuto essere realizzata, in modo più breve, ma fiscalmente meno vantaggiosa, attraverso un singolo negozio a ciò tipicamente preordinato, la tassazione seguirà sulla base di questo risultato economico finale, al di là della struttura formale prescelta dall’operatore economico <sup>37</sup>.

Il criterio che consente di addivenire a tale risultato deriva dalla nota teoria del c.d. *business purpose*, secondo la quale occorre verificare se l’atto (ciascun atto della serie procedimentale frazionata), singolarmente considerato, abbia per il contribuente un’apprezzabile utilità, e quindi un’autonomia giustificazione, ovvero se, al contrario, l’utilità derivante dal frazionamento sia limitata al risparmio connesso all’elusione d’imposta.

Sotto questo profilo, il fenomeno è stato esaminato con specifico riferimento alla cessione d’azienda frazionata <sup>38</sup>, come, più in generale in alcuni recenti studi in materia di frode alla legge, accomunandolo al problema del collegamento negoziale dal quale, come si vedrà, deve essere invece distinto <sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Si consideri, ad esempio, la normativa tributaria svizzera, che prevede misure idonee a scongiurare che mediante il frazionamento di società di persone, di società di capitali, o anche di imprese, vengano eluse le imposte dirette, l’imposta preventiva, quella sulla cifra d’affari o la tassa di bollo (in tema, S. BIANCHI, *I frazionamenti delle imprese nel diritto tributario svizzero*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, I, 1505 ss.).

<sup>37</sup> Sulla *step transaction doctrine* si vedano, su un piano di valutazione generale, le considerazioni di U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., 520 ss. e spec. 547, ove un’ampia rassegna delle tecniche “procedimentali” elusive, adottate, oltre che negli USA, anche in Francia e in Gran Bretagna. Sull’argomento, v. anche G. D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992, 112 ss.; G. ZIZZO, *Evasione ed elusione fiscale nella legislazione e nella giurisprudenza degli Stati Uniti d’America*, in *Rass. trib.*, 1986, 247 ss.

<sup>38</sup> In tema, da ultimo, M.P. NASTRI, *Step transaction e riqualificazione degli atti*, cit., 190 ss.

<sup>39</sup> V. *infra* § 8. Nelle recenti ricerche sulla frode alla legge alcune delle fattispecie di frazionamento elusivo che si attuano mediante un procedimento negoziale sono ricondotte dagli studiosi nell’ambito del collegamento fraudolento: come si vedrà, occorre invece distinguere tale ipotesi da quella del frazionamento elusivo, che ne costituisce la tecnica negoziale speculare. L’accostamento alla problematica del collegamento è giustificata dalla circostanza che il frazionamento negoziale rientra, come si vedrà, nell’ampia e complessa tematica della

#### 4. - Il frazionamento come tecnica negoziale nella disciplina dei rapporti economici: cenni.

Accade frequentemente nella pratica degli affari che una data operazione, che per sua natura potrebbe essere realizzata mediante un unico negozio, venga “frazionata” in una pluralità di atti o contratti.

Il dato che, *prima facie*, contraddistingue il fenomeno sta nel vincolo che lega una pluralità di contratti, a contenuto identico o eterogeneo, al contratto che, per solito, viene utilizzato per realizzare la funzione (o le funzioni) sottostante l'operazione economica. Tale relazione suscita rilevanti problemi circa la disciplina applicabile ai singoli contratti, e in ordine ai controlli di contenuto, in rapporto alla validità ed efficacia del frazionamento.

Il frazionamento contrattuale si è posto all'attenzione degli studiosi attraverso alcune norme, per lo più di derivazione comunitaria, ove si regolano casi di frazionamento di contratti del consumatore, del rapporto di lavoro, o di operazioni aventi ad oggetto titoli di massa [art. 144, comma 4, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385; art. 46, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; art. 5 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368; art. 3, comma 2, d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384; artt. 107, commi 1 e 3, lett. a), e 109, comma 2, TUF] <sup>40</sup>.

---

autonomia contrattuale, ed in specie in quel suo rilevante aspetto che consiste nella libertà di determinare la struttura ed il contenuto della manifestazione di volontà. Si pone, in sostanza, anche in questa ipotesi, così come per il collegamento di negozi, il problema di discernere, a fronte di una pluralità di negozi, circa il contenuto dell'operazione posta in essere, coniugando la complessità ed unitarietà dell'indagine effettuale, con la (apparente) pluralità strutturale.

<sup>40</sup> Una prima ipotesi riguarda la categoria dei contratti di credito al consumo (art. 144, comma 4, del TUB). La norma dispone che la disciplina di tutela del consumatore, si debba ritenere elusa, nel caso in cui un unico contratto venga artificiosamente frazionato in una molteplicità di contratti, conclusi fra le stesse parti, il cui ammontare, pur essendo inferiore, singolarmente considerato, alla soglia di applicabilità della normativa di tutela, valutato complessivamente la superi.

Nello stesso schema confluisce anche la fattispecie prevista dall'art. art. 46, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (già art. 3 d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50) in tema di contratti di scambio di beni e servizi conclusi fuori dai locali commerciali.

In deroga alla disposizione che esclude dall'ambito di applicazione della legge i contratti di importo superiore a euro ventisei, si prevede che la normativa si applichi ove vi siano una serie di contratti che, pur se aventi ad oggetto prestazioni diverse, siano conclusi contestualmente dai medesimi soggetti, e il cui importo complessivo faccia rientrare l'operazione nell'ambito oggettivo di applicabilità della legge. Vengono così enucleati una serie di elementi qualificativi della fattispecie di frazionamento elusivo, dalla cui ricorrenza si fa discendere l'applicabilità della disciplina di tutela.

Si tratta di un fenomeno che tende ad assumere, nel moderno diritto dell'economia, una significativa valenza, ove si consideri che il legislatore, accanto alle ricordate figure di frazionamento, ha previsto e regolato, nella recente legislazione speciale, numerose ipotesi di collegamento contrattuale, mostrando così di voler distinguere le due categorie negoziali.

Sulla scia della dottrina che ha segnalato il fenomeno <sup>41</sup>, lo studio che per primo ha affrontato in modo sistematico la ricerca sul frazionamento del rapporto giuridico, se trae spunto dalle richiamate fattispecie di frazionamento contrattuale tipizzate dal legislatore, ne opera un'ampia ricostruzione, raccogliendo in una visione sistematica le diverse forme già conosciute, e singolarmente disciplinate, dall'ordinamento giuridico <sup>42</sup>.

Su un piano generale, l'indagine sul "frazionamento" come fenomeno attraverso cui un bene o una attività vengono divisi in porzioni o parti muove da un censimento delle figure di frazionamento presenti nella disciplina dei rapporti economici, e attraverso la ricostruzione del frazionamento dell'oggetto del rapporto giuridico, e poi della divisibilità dell'obbligazione, oltre che della stessa prestazione, approda alle figure di frazionamento riconducibili nell'area negoziale.

In questo ambito – tale assumendosi *prima facie* quello che attiene, in vario modo, alla determinazione da parte del privato del "contenuto dell'operazione economica" – si collocano sia fattispecie (come in materia di lavoro o fiscale) che rientrano nell'ambito contrattuale, sia fattispecie riconducibili nell'attività economica in quanto tale <sup>43</sup> o la cui collocazione, rispetto alla

---

Anche nelle altre ipotesi di frazionamento illecito tipizzate dal legislatore [art. 5 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368; art. 3, comma 2, d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384; artt. 107, commi 1 e 3, lett. a), e 109, comma 2, TUF], si vuole impedire, allo stesso modo, che l'imprenditore, per sottrarsi agli obblighi previsti dalla particolare disciplina, proceda al frazionamento del contratto in una molteplicità di atti (rapporti) distinti, che singolarmente considerati sfuggono alle maglie della normativa di tutela prevista dalla legge.

<sup>41</sup> G. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, 106 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 112 ss.

<sup>42</sup> Mi sia consentito il richiamo a A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, Torino, 2009, *passim*; e già Id., voce *Frazionamento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Aggiornamento, Torino, 2005., 623 ss.

<sup>43</sup> Nell'ambito del frazionamento nell'"attività economica" si fa rientrare fra le altre – nonostante il carattere specifico del bene oggetto del negozio di concessione – l'ipotesi di frazionamento del diritto di marchio, e cioè del contratto con il quale il titolare nazionale consente

distinzione proposta, può dirsi incerta in ragione della natura “negoziale”, o meno, che si riconosca alla pluralità di “atti” frazionati <sup>44</sup>.

All'esito di tale itinerario ricostruttivo, la ricerca sul “frazionamento” del rapporto giuridico approda all'individuazione di una direttiva generale dell'ordinamento, che ammette il frazionamento e/o la divisibilità del bene/prestazione/negozio, solo ove consenta alle singole frazioni di mantenere pro quota il *quid* essenziale di utilità (la funzione economica) proprio del bene (o negozio) unitariamente considerato

Acquisito tale assunto, nell'intraprendere l'indagine sul fondamento giuridico del frazionamento negoziale si devono prendere le mosse da un'osservazione di carattere generale: se l'ordinamento in vario modo regola il

---

ad altri soggetti la legittima apposizione di esso su merci anche simili alla propria, purché immesse in commercio in un altro stato membro.

<sup>44</sup> Si pensi all'ipotesi di atti solutori elusivi del divieto di cui agli artt. 1 e 3, comma 1, l. 5 luglio 1991, n. 197, al cui riguardo v. da ultimo Cass. 21 marzo 2014, n. 6792, in *luserplorer*, secondo cui «in tema di sanzioni amministrative per violazione della normativa antiriciclaggio il divieto posto dall'art. 1, primo comma, del d.l. n. 4143 del 1991 convertito in legge n. 197 del 1991 fa riferimento al valore dell'intera operazione economica alla quale il trasferimento è funzionale, e si applica anche quando detto trasferimento si sia realizzato mediante il compimento di varie operazioni, ciascuna di valore inferiore al massimo consentito (...) potendo la conformità ad esse alla disciplina antiriciclaggio essere riconosciuta soltanto quando sia da escludere che i diversi trasferimenti rappresentino delle operazioni frazionate riconducibili ad un importo superiore a lire 20.000.000 (ora Euro 12.5500,00)».

Come è noto, gli intermediari abilitati sono tenuti a identificare i soggetti che compiono trasferimenti superiori alla soglia prevista dalla legge ed a segnalare alle competenti autorità le operazioni che «in base alle circostanze» (art. 3) configurino un frazionamento elusivo del divieto posto dagli artt. 1, 1-bis e 1-ter (in tema, v. già C. BERTUCCELLI, *La registrazione delle operazioni "frazionate" nell'ambito della normativa antiriciclaggio*, in *Bancaria*, 1993, 51 ss.).

In particolare, dispone l'art. 2, comma 2, che l'obbligo di identificazione dei soggetti che compiono “operazioni che comportano trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualsiasi tipo che siano di importo superiore al limite di legge deve effettuarsi «anche allorquando per la natura o le modalità delle operazioni poste in essere si può ritenere che più operazioni effettuate in momenti diversi e in un circoscritto periodo di tempo, ancorché singolarmente inferiori al limite di importo indicato nel comma 1, costituiscano nondimeno parti di un'unica operazione» (sul decalogo formulato, in proposito, dalla Banca d'Italia, v. già S. BONFATTI, *Le iniziative della Banca d'Italia e delle Associazioni di categoria delle banche in materia di segnalazione di operazioni sospette di "riciclaggio": il "Decalogo" e il "Generatore Indici di Anomali per Operazioni Sospette - GIANVOS"*, in *Dir. banca*, 1995, II, 40 ss). In senso analogo, e conseguentemente, l'art. 3 – relativo all'obbligo di segnalazione di operazioni sospette – prevede che fra le caratteristiche che possono far ritenere che il denaro, i beni o le attività oggetto delle operazioni possano provenire da taluno dei reati previsti dall'art. 648-bis c.p., vi sia «in particolare, l'effettuazione di una pluralità di operazioni non giustificate dall'attività svolta da parte della stessa persona, ovvero, ove se ne abbia consapevolezza, da parte di persone appartenenti allo stesso nucleo familiare o dipendenti o collaboratori di una stessa impresa».

frazionamento del contratto, per ciò stesso mostra di riconoscerne l'esistenza come forma espressiva dell'autonomia contrattuale.

Le norme che tipizzano fattispecie di frazionamento contrattuale servono, quindi, oltre che a suffragare l'assunto circa la ricorrenza di un principio-limite di carattere generale, a legittimare il fenomeno in ambito negoziale: nel quale se ne devono dunque ricercare fondamento e limiti.

A chi su queste basi intenda avviare un tentativo di ricostruzione sistematica, potrebbe subito obiettarsi la mancanza di un espresso riferimento al fenomeno nella disciplina del contratto in generale.

Si tratterebbe peraltro di un argomento debole, solo che si rifletta sul fatto che in un contesto analogo un dibattito secolare ha da tempo consegnato il collegamento (volontario) di contratti al principio di autonomia negoziale, – nel profilo della determinazione del contenuto (correlato) dei singoli contratti (art. 1322, comma 1, c.c.)<sup>45</sup> –, prima che ne fosse introdotto un espresso richiamo nell'art. (1469-ter, comma 1, c.c., poi divenuto) 34, comma 1, cod. cons.: norma che certo non potrebbe attendere a questo compito, trattandosi di previsione normativa che trova collocazione in una disciplina speciale<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto non sembrano emergere significativi contrasti in dottrina: v. M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 52 ss.; R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, cit., 1478; G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, 71 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 432; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 375; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 126; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., 313; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (Su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 329; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 133 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, III, Torino, 1986, 587; G. LENER, *Profili del collegamento contrattuale*, Milano, 1999, *passim*; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento contrattuale*, Padova, 1999, *passim*; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Milano, 1999, *passim*; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, *passim*.

<sup>46</sup> Quasi tutti i commentatori hanno accolto l'espresso richiamo del collegamento contrattuale come una conferma, più che della rilevanza giuridica dell'istituto, della sua ricostruzione, sul piano ermeneutico, alla stregua del concetto di "operazione economica" (cfr. G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foroit.*, 1996, V, c. 160; M. CASOLA, *Commento sub art. 1469-ter c.c.*, in A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 116; M. NUZZO, *Commento sub art. 1469-ter, co. 1 e 2 c.c.*, in AA.VV., *La nuova disciplina sulle clausole vessatorie (Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore)*, cit., 1143; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., 234.

Semmai, si potrebbe sostenere che richiamando la categoria in un ambito specifico si presuppone una sua valenza generale, che troverebbe dunque fondamento nella disciplina del contratto in generale <sup>47</sup>.

Di qui, sulla scorta della richiamata analogia fra collegamento e frazionamento negoziale, un argomento a favore della riconducibilità del fenomeno al principio di libertà contrattuale.

Dell'uno come dell'altro fenomeno – si può dire – il legislatore non parla, semplicemente perché trattasi di tecniche contrattuali riconducibili ad un profilo dell'autonomia negoziale specificamente previsto e regolato: la libertà di determinare il contenuto dei contratti – immanenti ad una data operazione economica – nei limiti imposti dalla legge (art. 1322, comma 1, c.c.) <sup>48</sup>.

Seguendo questo ragionamento si potrebbe anche spiegare la peculiarità di quelle fattispecie di frazionamento contrattuale contenute in leggi a tutela del consumatore, che pur essendo – almeno in parte – estranee nella dinamica contrattuale al principio di autonomia negoziale, stante il particolare procedimento di determinazione del contenuto del contratto (art. 1341, comma 1, c.c.) che caratterizza i contratti di massa, restano, come tutti i contratti, soggetti, per quanto di ragione, alla disciplina del contratto in generale (artt. 1321, 1323, 1341, 1342, 1370, 1372 c.c.).

Collegamento e frazionamento, dunque, sarebbero “tecniche” negoziali con cui nel regolare un determinato affare si utilizzano una pluralità di contratti, e ciò talvolta per conseguire, oltre alla loro funzione, uno scopo “ulteriore”, apprezzabile e rilevante nell'ambito dell'operazione economica unitariamente considerata <sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Sul punto, in relazione alla valenza del richiamo al collegamento contrattuale nella specifica sede dei contratti del consumatore, mi permetto rinviare a A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 338 ss.

<sup>48</sup> Legge che, a sua volta, trova i propri limiti in questo ambito, nel principio di solidarietà economica (art. 2, Cost.), del quale la clausola generale di utilità sociale è prima e più rilevante espressione con portata precettiva (art. 41, comma 2, Cost.): sul punto v., per tutti, M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutele degli interessi sottostanti*, nota a Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159 ss.

<sup>49</sup> Al collegamento di contratti come “tecnica” di gestione delle “reti di imprese” fariferimento, attualizzandone il concetto sotto il profilo dei costi dell'operazione economica, P. IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2005, 173, ove conclude rilevando che «I meccanismi di

Finalità e strumenti si intersecano nella vicenda negoziale, giacché «L'iniziativa privata si esplica non solo nell'aspirare a determinati scopi pratici, ma anche nel creare mezzi corrispondenti»<sup>50</sup> al raggiungimento di una finalità che, in questo caso, se illecita, trascende quella dei singoli contratti frazionati.

Nel compiere tale esame, principi e regole di valore sottese al contratto frazionato sono poste a confronto, sul piano della disciplina applicabile, con (i singoli contratti che ne derivano assunti nell'ambito del) l'operazione complessivamente considerata, per verificare se ne risulti, riguardo alla soglia di tutela di quello, un livello inferiore.

Ne consegue che, se ambito immediato del controllo di valore sono i singoli contratti – assunti non atomisticamente, ma nel loro complesso –, suo oggetto è propriamente la verifica se, nell'ambito dell'operazione economica unitariamente considerata, siano stati superati i limiti posti dalla legge alla deroga del contenuto del contratto tipico (attuata qui mediante il suo frazionamento)<sup>51</sup>.

Diverso è il caso in cui tale tecnica negoziale sia utilizzata per raggiungere una finalità conforme all'ordinamento giuridico, perché in quel caso – seppure a posteriori – si potrà dire che, non solo l'ambito immediato, ma lo stesso oggetto dello scrutinio di valore è individuabile nella determinazione del contenuto dei singoli contratti frazionati<sup>52</sup>.

Siffatta forma espressiva dell'autonomia negoziale non sembra perciò

---

coordinamento delle relazioni esaminate sono prevalentemente inquadrati nell'ambito di un tessuto contrattuale dominato dal collegamento negoziale tra le fattispecie (...).

<sup>50</sup> Così E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. XV, t. II, Torino, 1952, 41, che spiega il passaggio dallo spontaneo formarsi dei negozi al loro riconoscimento giuridico, rilevando che «Già nella vita sociale, prima ancora di qualsiasi intervento dell'ordine giuridico, i privati provvedono da sé a foggarsi i mezzi adatti. Ora mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozi giuridici (...) Essi sogliono germogliare nella vita sociale, all'infuori di ogni tutela da parte del diritto. Solo dopo che essi siano pervenuti a un certo grado di sviluppo ed abbiano subito il collaudo della pratica, l'ordine giuridico, partendo da valutazioni generali di contingente opportunità, ne garantisce gli effetti con le sanzioni sue proprie».

<sup>51</sup> L'attività di frazionamento, soggetta al controllo di valore, ha dunque ad oggetto il contenuto dell'operazione economica, quale schema complesso risultante dalla sommatoria dei contratti frazionati, che si contrappone, sul piano della disciplina, al tipo di contratto che viene frazionato.

<sup>52</sup> Sulla differente conformazione strutturale dell'operazione, discendente dalla sua natura lecita o illecita, cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 139 ss.

inquadrabile, né nella libertà di creare contratti atipici, giacché il dato immediato è costituito da una pluralità di contratti (anche solo socialmente) tipici, né nella libertà di scelta del tipo contrattuale – ove la si voglia distinguere dalla libertà di determinare il contenuto del contratto –<sup>53</sup> poiché a tacer d'altro tale tecnica non potrebbe essere invocata ove il contratto venga frazionato in tanti contratti identici, ma di minore entità<sup>54</sup>. Appropriato alle caratteristiche evidenziate appare, quindi, l'inquadramento del fenomeno – in modo analogo, ma come si dirà, specularmente al collegamento negoziale – nel profilo dell'autonomia contrattuale dato dalla determinazione del contenuto del contratto (art. 1322, comma 1, c.c.), dovendosi appena ricordare che, per quanto detto, diversi saranno i risultati cui giungerà l'interprete a seconda della qualificazione della fattispecie in termini di liceità o illiceità (strutturale).

#### 5. - (Segue). Frazionamento illecito, *contra legem ed in fraudem legis*.

La prima conseguenza di quanto si va dicendo è che in ambito contrattuale di frazionamento si deve parlare in modo diverso, a seconda che a tale tecnica negoziale sia sottesa una finalità lecita o illecita.

Se nel primo caso esso non si distingue dall'attività preparatoria, o formativa, che caratterizza come tale ciascuna fattispecie contrattuale, – talché vi saranno una pluralità di contratti e altrettanti rapporti autonomi – nel secondo la fattispecie quanto più si allontana dallo schema regolamentare (del contratto) tipico tanto più acquisisce una veste formale autonoma, che si compie – se così si può dire – in senso illecito, nel momento in cui lo scopo mediato (o intento ulteriore) contamina la funzione tipica dei contratti derivati dal frazionamento.

In tal caso i singoli contratti, se pure in astratto appaiano validi ed efficaci, tali non sono in concreto, giacché non svolgono in fatto (solo) la propria funzione economica, essendo il loro frazionamento preordinato a impedi-

---

<sup>53</sup> Come sembra ipotizzare G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 128 ss., facendo riferimento, appunto, alla libertà di scelta del tipo contrattuale.

<sup>54</sup> Come nel frazionamento del rapporto di lavoro, o del contratto di credito al consumo, ecc.: le parti scelgono lo stesso tipo contrattuale, ma invece di un solo contratto, ne stipulano diversi di ammontare inferiore seppur complessivamente corrispondente al primo.

re, in tutto o in parte, l'applicazione della normativa di tutela che l'ordinamento, riconducendo la fattispecie ad una configurazione unitaria, recupera nella disciplina del contratto frazionato.

Unico dunque è il negozio illecito, unico il rapporto giuridico, unica la disciplina (del tipo contrattuale frazionato) che all'esito del controllo di contenuto verrà (ri)attivata, come prima e indispensabile sanzione contro il tentativo di sua disapplicazione.

Ne consegue che il frazionamento è illecito ove per determinare una deroga non consentita del contenuto di un contratto (legalmente o socialmente) tipico, l'operazione, invece che attraverso quell'unico contratto, si attua con una pluralità di contratti aventi contenuto omogeneo o eterogeneo, fra loro e rispetto ad esso <sup>55</sup>.

Il giudizio di meritevolezza dell'assetto di interessi disegnato dai paciscenti passa dunque dalla verifica di conformità del suo contenuto con i limiti posti dall'ordinamento ed espressi, oltre che dalla disciplina cogente del tipo contrattuale, da quel principio di utilità sociale (artt. 2 e 41, comma 2, Cost.) al quale la più recente giurisprudenza guarda come fondamento-limite della normativa in materia di rapporti economici <sup>56</sup>.

Così, in linea con quanto rilevato in materia di frazionamento dell'oggetto del negozio <sup>57</sup> si può affermare che, anche in questo ambito, pare invocabile quel principio – che in quella sede è denominato di “comoda divisibilità” – con il quale l'ordinamento pone il limite generale di corrispondenza funzionale delle porzioni rispetto all'intero, vietando quel fraziona-

---

<sup>55</sup> Con il che, richiamando l'insegnamento di un Insigne Maestro, si potrebbe chiosare il discorso rilevando che «Col diritto soggettivo l'ordine giuridico risolve il problema di proteggere gl'interessi privati così come li trova costituiti nell'ordinamento economico-sociale che tutela. Col negozio giuridico esso risolve il problema di dar modo alla iniziativa individuale di spiegarsi e di muoversi modificando la posizione di tali interessi secondo le direttive che i privati stessi giudichino più convenienti» (così, E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 145).

<sup>56</sup> M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutele degli interessi sottostanti*, cit., 2159 ss., ove i riferimenti.

<sup>57</sup> Si è detto che lo studio delle diverse forme di frazionamento del rapporto giuridico approda alla individuazione di una direttiva generale dell'ordinamento: v. *amplius*, A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., *passim*.

mento che, sul piano disciplinare, renda le singole frazioni non corrispondenti al tipo contrattuale <sup>58</sup>.

Un tale sindacato, che in ambito contrattuale può denominarsi di *infrazionabilità funzionale* del tipo contrattuale, si esplica, come si vedrà, mediante l'analisi comparativa della funzione concreta svolta dai singoli contratti nell'ambito dell'operazione economica, rispetto a quella tipica del contratto frazionato, quale controllo volto a individuare la disciplina applicabile alla fattispecie complessa. <sup>59</sup>

Un principio – si direbbe – di ordine pubblico cui, come insegna autorevole dottrina, l'ordinamento affida la funzione di limite negativo alla libertà di derogare al contenuto dei contratti tipici, che si attiva anche se non previsto da una specifica disposizione di legge (art. 1322, comma 1, c.c.) <sup>60</sup>, e che – come detto – può riferirsi, in senso positivo, anche al più ampio principio di utilità sociale.

Il frazionamento del contratto costituisce, a tale stregua, una tecnica negoziale con cui, per una data ragione economica, invece che utilizzare lo strumento tipicamente preposto a regolare quel dato assetto di interessi, si stipulano una pluralità di contratti complessivamente corrispondenti al primo.

Di fronte a una fattispecie recante i caratteri fisionomici propri del frazionamento contrattuale <sup>61</sup>, l'ordinamento attiva un controllo di valore volto ad accertare se la particolare conformazione data all'affare risponda ad una

---

<sup>58</sup> L'ordinamento vieta in generale il frazionamento del contratto ove la disciplina dei contratti frazionati non sia idonea in concreto ad assolvere, *pro quota e/o* nella loro sommatoria, alla funzione prevista dalla legge. Un principio che varrebbe da limite generale all'autonomia negoziale nel profilo della determinazione del contenuto del contratto (art. 1322, comma 1, c.c.).

<sup>59</sup> Così che, ove la causa de(i singoli contratti frazionati e quindi de)ll'operazione economica dovesse rivelarsi in concreto illecita, scatterà la sanzione prevista dall'ordinamento in attuazione di quel principio generale – di infrazionabilità funzionale – del quale si postula la vigenza anche in materia contrattuale. Fondamentale sul punto resta l'insegnamento di R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 799, che rileva come la sussunzione in un tipo comporta l'applicabilità alla fattispecie concreta dell'intero apparato disciplinare.

<sup>60</sup> G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1992, 345 ss.; e cfr. L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, *passim*, ove ampi riferimenti.

<sup>61</sup> Se si volge l'attenzione alle fattispecie di frazionamento contrattuale esaminate ci si avvede che esse risultano caratterizzate, fra gli altri, soprattutto da due elementi ricorrenti, uno strutturale e l'altro funzionale.

funzione economico-individuale meritevole di tutela, o non si ponga piuttosto in contrasto con la disciplina tipicamente preposta a regolare quel dato assetto di interessi <sup>62</sup>.

Il frazionamento contrattuale sarebbe quindi *contra legem*, non solo ove violi una norma imperativa (es. artt. 2120, 2160 c.c.), ma anche quando il contratto venga frazionato in spregio al ricordato principio generale di ordine pubblico <sup>63</sup> (di infrazionabilità funzionale del tipo contrattuale), dando luogo ad un (unico) contratto con causa illecita (art. 1343 c.c.).

Altre volte il frazionamento è invece in frode alla legge, e ciò accade ove

---

Sotto il primo profilo, dato caratteristico è la presenza di una pluralità di contratti distinti dei quali, data la loro immanenza alla stessa operazione economica, si deve indagare il nesso di relazione.

Il primo elemento che indica un legame fra i diversi negozi è dato dall'identità di (almeno) una delle parti dei contratti frazionati, sebbene sia possibile che ciascuno dei contratti frazionati abbia una controparte diversa, sempreché beninteso la struttura dell'operazione così formata sia compatibile con quella dell'ipotetico contratto frazionato.

Tale assunto introduce all'altro dei caratteri fisionomici del frazionamento contrattuale, rintracciabile nell'elemento funzionale.

Nelle figure di frazionamento esaminate si dà sempre la circostanza che i frammenti nei quali viene suddiviso il contratto riproducono, *pro quota* (e/o nella loro sommatoria, il contenuto del contratto frazionato, con la variante del carattere omogeneo (riproduzione proporzionale) o eterogeneo (riproduzione complessiva) di ognuno di essi, e rispetto a quello.

Nel primo caso il *contenuto* regolamentare, o *normativo*, dei singoli contratti è il medesimo, sebbene ciascuno risulti quantitativamente minore – con riguardo al contenuto *economico* del contratto, dato da oggetto e/o prezzo – rispetto al contratto “base”, cui semmai potrà corrispondere la sommatoria dei contratti frazionati: come accade nel frazionamento artificioso del rapporto di lavoro a tempo indeterminato o del contratto di credito al consumo.

Altre volte invece il contenuto dei singoli contratti è diverso singolarmente preso, ma coincidente nella sommatoria, con quello del contratto frazionato: è il caso del frazionamento ai fini IVA del contratto di *leasing*, in un contratto di finanziamento e uno di locazione, ma anche quello del frazionamento degli atti portati separatamente alla registrazione per eludere l'imposta di registro.

Per il resto, si deve rilevare come il frazionamento si distingue: *a*) in ordine alla fonte da cui deriva, in frazionamento legale e volontario; *b*) relativamente a quest'ultimo, in frazionamento unilaterale e bilaterale; e *c*) quanto al *modus operandi*, in frazionamento *uno actu* e “procedimentale”, diversi per il fatto che nel primo caso i negozi frazionati vengono conclusi contestualmente, nel secondo mediante una scansione progressiva.

<sup>62</sup> Di qui l'affermata vigenza di un principio d'infrazionabilità funzionale del contratto del quale si assume la portata generale (artt. 2 e 41, comma 2, Cost.; art. 1322, c.c.), e di conserva, la postulata attivabilità di un controllo che, conforme nei contenuti a quello consacrato in materia di frazionamento di beni nel concetto di “comoda divisibilità” (artt. 720, 846 c.c.), trova qui il primo referente nel giudizio di liceità della causa concreta (dei singoli contratti frazionati unitariamente considerati, ovvero) dell'operazione economica (artt. 1322, 1343 c.c.).

<sup>63</sup> In argomento cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., 357, che perspicuamente chiarisce che il principio di ordine pubblico opera, quale limite generale all'agire negoziale, “al di là di ogni disposizione di legge”.

non vi sia diretta violazione, bensì elusione della normativa cogente del tipo contrattuale, operata mediante il suo frazionamento<sup>64</sup>.

Nell'uno come nell'altro caso col frazionamento si verrebbe in sostanza a raggiungere un risultato identico a quello vietato, ponendosi il problema della sanzione applicabile e, prima ancora, delle tecniche utilizzabili e della loro (eventuale) portata generale. Con la non secondaria differenza che, se nel primo caso si può sanzionare anche la violazione di quel principio di ordine pubblico, tale possibilità parrebbe estranea all'art. 1344 c.c., considerato come strumento sanzionatorio dell'elusione di una specifica norma imperativa, salvo a non considerare tale l'art. 41, comma 2, Cost.

Di fronte a tale evenienza, il risultato che l'ordinamento mostra di voler conseguire è quello di applicare, per quanto possibile, la disciplina che si voleva eludere,<sup>65</sup> come, del resto, accade anche nell'ambito in esame (art. 37-*bis*, comma 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

Adeguato a tale scopo appare allora l'istituto in questione, giacché se è vero che «la *fraus* si riferisce a una norma che viene girata, ossia evitata e messa fuori applicazione, mentre ne è resa applicabile un'altra in sua vece almeno nella misura in cui quella viene disapplicata»<sup>66</sup>, l'analisi delle fattispecie di frazionamento tipizzate pone in luce come scopo delle norme anti-elusive (es. art. 144, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993; art. 3, comma 4, d.lgs. n. 50 del 1990; art. 37-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) è, per solito, impedire l'applicazione di una disciplina diversa da quella che si sarebbe avuta ove il contratto non fosse stato frazionato.

Detto ciò, il fatto che la frode alla legge comporta di regola, come (altra) sanzione, la nullità del negozio elusivo (art. 1344 c.c.)<sup>67</sup>, solleva, con i

---

<sup>64</sup> Sulla distinzione fra negozio *contra* e *in fraudem legis* si rinvia per tutti a G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1969, 10 ss., ove una lucida ed esaustiva analisi storico-dottrinale, attenta in particolare a precisare i presupposti e le tecniche di controllo attivabili nelle due ipotesi; e v. anche G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 10 ss. e 84 ss.

<sup>65</sup> Sono le conclusioni cui giunge G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., 87 ss., sulla scorta dell'opinione che può ormai dirsi prevalente; e v. E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 393, che rileva come «la reazione della legge (...) alla *fraus* è positiva e consiste nell'equiparare la violazione non apparente a quella palese».

<sup>66</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 393; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale*, cit., 87 ss.; G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, cit., 123 ss.

<sup>67</sup> In argomento, per tutti, v. G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, cit., 46 ss.

problemi derivanti dalla (possibile, parziale) caducazione del contratto, quello del suo possibile utilizzo quale tecnica generale di controllo del frazionamento contrattuale, tenuto conto che in molte delle fattispecie esaminate, o si esclude positivamente la nullità/inefficacia dell'atto (es., art. 5, l. n. 197 del 1991) ovvero semplicemente si riduce l'apparato sanzionatorio al piano amministrativo (es., art. 144, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993) <sup>68</sup>.

Come si vedrà, quelle della causa illecita (art. 1343 c.c.), o che si possa reputare tale (art. 1344 c.c.), non esauriscono le possibili configurazioni del frazionamento illecito, che talvolta può essere indirizzato a più limitati effetti, casi in cui l'ordinamento si appaga costringendo ad applicare la disciplina del tipo contrattuale pretermessa.

Quale che siano le sanzioni applicabili, resta che ove ricorra un'operazione di frazionamento di contratti non si dà alternativa: fra l'ipotesi in cui la scomposizione della fattispecie contrattuale risponde ad una finalità lecita, – ed in tal caso la funzione svolta dai singoli frammenti assolverà, *pro quota*, a quella che avrebbe svolto il contratto frazionato, ed i singoli negozi avranno una perfetta autonomia funzionale, riducendosi la loro relazione al mero momento *genetico* –; e l'ipotesi in cui il frazionamento sia contrario (o elusivo) di una regola o di un principio generale (di infrazionabilità del tipo contrattuale), caso in cui l'operazione dovrà essere ricostruita – per quanto di ragione – in una dimensione funzionale (e strutturale unitaria) che dia conto e neutralizzi l'intento, o scopo (mediato), “ulteriore”, con le conseguenze che ne discendono, *in primis*, sulla disciplina applicabile (alla fattispecie complessa).

Modulando a questa stregua gli effetti in ragione del diverso spessore illecito dell'intento ulteriore, i singoli contratti potranno, o meno, restare

---

<sup>68</sup> Anche nel frazionamento *contra legem* – nel senso di contrario ad una specifica norma imperativa, di legge, o, nei limiti precisati, al principio di infrazionabilità funzionale del contratto –, peraltro, la sanzione che potrebbe in ipotesi colpire la fattispecie sarebbe, oltre l'applicazione della disciplina imperativa del tipo contrattuale, la nullità del negozio (art. 1418 c.c.), talché analoghe sono le problematiche di fondo che sorgono, rispetto ad una fattispecie a struttura complessa, dai diversi rimedi attivabili, di cui quindi si devono valutare le conseguenze che producono sul rapporto frazionato. Il legame genetico che avvince i contratti frazionati comporta, talvolta, la loro caducazione simultanea, conseguente ad un vizio strutturale che piegando la causa ad una funzione illecita, ne mina i presupposti di esistenza e validità giuridica.

in vita nei limiti in cui ciò non sia incompatibile con la disciplina (es. fiscale) che si voleva (violare o) eludere, e fino all'ipotesi limite in cui lo scopo mediato contaminati a tal punto la funzione causale da rendere l'intera operazione retta in concreto da una causa illecita, e per l'effetto radicalmente nulla.

#### 6. - Il controllo di infrazionabilità funzionale del tipo contrattuale: causa, motivi e intento nella teoria del frazionamento.

Stante l'affermata vigenza di un principio di ordine pubblico di infrazionabilità funzionale del tipo contrattuale, e quindi prescindendo dalla ricorrenza di specifiche norme espressive di tale divieto (quali, ad es., gli artt. 2120, 2160 c.c.), si deve in primo luogo precisare quale sia nella generalità dei casi il *modus operandi* tipico di questa peculiare tecnica di controllo del contenuto del contratto.

Supposta la ricorrenza dei caratteri fisionomici di natura soggettiva ed oggettiva che lo contraddistinguono<sup>69</sup>, si dovrà volgere l'attenzione all'assetto di interessi che in concreto definisce la fattispecie, per valutare se la particolare strutturazione data all'operazione risponda ad un *intento* meritevole di tutela.

Oggetto di valutazione è qui propriamente quella particolare tecnica negoziale consistente nel frazionamento del contratto, supponendo per quanto detto che per una qualche ragione, per regolare un certo affare, invece di utilizzare il contratto tipicamente ordinato a tale funzione, siano stipulati una pluralità di contratti ad esso corrispondenti.

Si diceva che il problema del rapporto tra frazionamento del contratto e rimedi comuni – quali in specie, per quanto qui interessa, la frode alla legge – si accompagna, negli studi più recenti, al tema dell'“abuso del

---

<sup>69</sup> Cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 139 ss. Il primo elemento che segnala la possibile relazione di frazionamento fra i contratti è ovviamente la coincidenza soggettiva, nei limiti precisati, delle parti dei contratti frazionati con quello da cui essi ipoteticamente derivano, nonché sul piano oggettivo la loro riducibilità al contratto frazionato nel profilo contenutistico, tenuto conto del contesto economico-sociale risultante dalle circostanze comportamentali, tecniche, procedimentali e spazio-temporali che caratterizzano la fattispecie.

diritto” o “abuso del contratto”, del quale condivide l’area problematica dell’“intento elusivo”<sup>70</sup>.

Non è un caso, allora, che la S.C. affronti la questione cercando di ancorare l’operazione elusiva (di frazionamento del contratto) ad un rimedio di portata generale – l’“abuso del diritto o di forme contrattuali” di matrice comunitaria –, individuando lo snodo centrale nella necessità di chiarire se quell’intento elusivo che traspare dall’economia contrattuale debba, per rilevare nella fattispecie, essere esclusivo o solo prevalente (rispetto alle altre funzioni economiche)<sup>71</sup>.

Entro questi limiti dunque si deve preliminarmente ricercare quali siano contenuto e valenza dell’intento del frazionamento rispetto alla causa in concreto di ciascuno dei contratti frazionati.

A tal fine, chiarito preliminarmente – come meglio si dirà – che non di collegamento, bensì di frazionamento di contratti, si deve parlare – si dovrà preliminarmente effettuare un’analisi comparativa tra la pluralità di contratti che compongono la fattispecie complessa ed il tipo (legale o sociale) che per solito viene utilizzato per regolare quell’affare, per accertare se vi sia corrispondenza regolamentare tra i primi, assunti nella complessità della loro relazione, ed il secondo.

In questa fase del procedimento di controllo l’interprete utilizzerà quale criterio di comparazione il tipo legale, per verificare se i contratti (frazionati) assolvano *pro quota* – se di contenuto omogeneo – o nel loro complesso – se eterogeneo – alla *funzione economico-individuale* del contratto tipico (frazionato), e in definitiva se sia loro ricollegabile, sotto i vari profili volta a volta rilevanti – ad es. a fini fiscali –, una disciplina diversa rispetto a quella che esprime la gerarchia di interessi che qualifica la fattispecie.

---

<sup>70</sup> Su tali problematiche, v. *amplius*, A.M. AZZARO, voce *Frazionamento contrattuale*, cit., 623 ss.; e per un dibattito in cui abuso e frode si accompagnano (e talvolta confondono sul piano applicativo) cfr., nella dottrina più recente, i significativi contributi di U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, *passim*; Id., voce *Frode alla legge*, cit., 503 ss.; G. D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., spec. 112 ss.; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 35 ss.; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 573 ss.

<sup>71</sup> Cass. 4 ottobre 2006, n. 21371, cit., 729 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Il contratto “frazionato” e l’unità dell’operazione economica*. Chiede in tal senso la S.C. alla Corte di Giustizia di chiarire «se la nozione di abuso del diritto, definita dalla sentenza della Corte di Giustizia in causa C-255/02 come operazione essenzialmente compiuta al fine di conseguire un vantaggio fiscale, sia coincidente, più ampia o più restrittiva di quella di operazione non avente ragioni economiche diverse da un vantaggio fiscale».

Analizzati nel contesto dell'operazione economica cui afferiscono <sup>72</sup>, i singoli contratti frazionati svelerebbero in tal caso una *causa concreta* che, siccome contaminata da un intento ulteriore illecito, è diversa da quella tipica, talché la disciplina loro applicabile, pure se rispondente al rispettivo tipo legale, comporterà in sostanza una deroga non consentita al tipo di contratto frazionato <sup>73</sup>.

Nel caso in cui invece lo scrutinio contenutistico conduca ad appurare la perfetta corrispondenza funzionale – sul piano assiologico – fra schema legale e (insieme dei) contratti frazionati, vi sarà piena coincidenza fra la loro funzione concreta e quella tipica, corrispondente nella loro sommatoria a quella del contratto frazionato.

Tale in sintesi il modello di controllo del frazionamento negoziale, cui devono aggiungersi due postille di carattere generale.

La prima riguarda il controverso concetto di causa, di cui si è assunta la versione tradizionale, quale parametro qualificativo della fattispecie <sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> In tal senso, si è detto, «L'analisi dell'interprete deve dunque avere ad oggetto la valutazione complessiva dell'operazione economica posta in essere, o meglio 'disgregata' con il frazionamento»: così E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 114.

<sup>73</sup> Al riguardo si è detto, quanto al carattere esclusivo o prevalente dell'intento ulteriore (illecito), che tale aspetto del problema è destinato a rilevare in modo diverso, di volta in volta, in relazione al caso concreto, potendo ad esempio accadere che tale scopo (mediato) sia assorbente rispetto al frazionamento (del contratto tipico), mentre ove si guardi ai contratti che ne derivano – nella misura in cui non contaminino il *quid* funzionale del contratto interessandone, per ipotesi, solo uno specifico profilo (es. fiscale) – potrà piuttosto considerarsi "concorrente" con le funzioni economiche da essi svolte in concreto (A.M. AZZARO, voce *Frazionamento contrattuale*, cit., 607 ss.),

<sup>74</sup> Sul concetto di causa, nell'ambito di una letteratura sterminata, cfr. tra gli altri, nel segno della continuità, pur nella divergenza talvolta marcata nell'individuazione del concetto e del suo valore funzionale, A. SCIALOJA, *Il contratto di abbonamento alle cassette-forti di custodia*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 241; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1938, 4 rist., 94; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 173; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d., ma 1939, 603; E. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1969, 29 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1961, 121 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1973, 684; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 249 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987, t. I, 245 ss.

Fra le tesi che, in vario modo, afferiscono al criterio causale, si fa qui riferimento a quell'orientamento che, in opposizione ai formalismi concettuali tipici di un'applicazione rigida del concetto, si caratterizza per un approccio che assume la causa quale sintesi funzionale del programma che, in concreto, tendono a realizzare le parti contraenti. In questa prospettiva, confluiscono in vario modo le opere di vari studiosi, fra i quali: A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., 70 ss.; Id., *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, III, 626; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; C.M.

Non può sfuggire peraltro come nel ragionamento che si è svolto sin qui tale categoria, pur restando al centro del processo qualificativo, non sembra come tale idonea a rendere ragione di quell'“intento ulteriore” che sembra caratterizzare l'operazione economica.

Presupposto indefettibile per una ricostruzione che contempra una qualche rilevanza di tale categoria concettuale è l'attribuzione all'atto di volontà di una valenza determinativa degli effetti negoziali, nel contestuale riconoscimento che essi acquistano rilevanza sul piano giuridico per volontà della legge<sup>75</sup>.

Da queste basi parte la proposta ricostruiva di chi assegna al concetto di intento ulteriore la valenza di «scopo comune che in concreto» le parti, con il contratto utilizzato, intendono perseguire, «ricavandone», soggiunge tale dottrina «la appartenenza dell'intento al contenuto del negozio e quindi la sua rilevanza diretta, positiva e negativa, sul regolamento del rapporto negoziale; e contrapponendo l'intento da un lato al motivo come scopo individuale di una delle parti necessariamente estraneo (salva la sua deduzione nel negozio con causa apposita) al contenuto negoziale, e dall'altro alla causa come scopo tipico astrattamente ipotizzato dalla legge a fondamento del negozio e in funzione del quale il negozio è dalla legge tutelato e disciplinato»<sup>76</sup>.

Se chiara è dunque la differenza rispetto al motivo, che anche quando sia comune non rileva sul piano della funzione negoziale (artt. 1343 e 1345 c.c.), ed alla causa oggettiva intesa come funzione tipica del contratto, resta da precisare quale sia il rapporto tra intento e causa concreta.

In proposito quella stessa dottrina si è preoccupata di precisare che se di regola intento, come scopo concreto, e funzione tipica coincidono, «quando le parti perseguono in concreto uno scopo ulteriore rispetto alla causa tipica, la causa soggettiva, come scopo delle parti che si adegua alla causa

---

BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 452 ss.; G. PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, cit., 643; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 406 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 124 ss.

<sup>75</sup> Per tutti G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 162 ss.; e già R. NICOLÒ, *Depositum in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, cit., c. 1477.

<sup>76</sup> G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 172 ss.

tipica, esiste ancora, sia pure con funzione strumentale, ma non si identifica con l'intento che è appunto lo scopo concreto ulteriore perseguito mediante l'adozione della causa tipica. L'intento retrocede allora a scopo mediato rispetto alla causa soggettiva, scopo immediato; e la seconda si presenta con funzione strumentale rispetto al primo»<sup>77</sup>.

Con il graduale affermarsi, nella dottrina successiva, di una concezione economico-individuale della funzione causale, il problema di assegnare al concetto di "intento" una valenza (formale) autonoma rispetto alla causa tende a sfumare, venendo meno, sul piano del controllo di valore, quella preponderante valenza del termine di paragone – la causa tipica – che impediva alla causa concreta di estendersi oltre i confini del tipo, nei limiti della sua elasticità<sup>78</sup>.

Tale linea di ricerca porta – gradualmente – al sostanziale assorbimento del concetto di intento (pratico) nell'alveo della causa<sup>79</sup>, intesa come funzione in concreto svolta dal negozio, espressiva del reale contenuto

---

<sup>77</sup> Così testualmente G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 175, nota 1.

Volendo distinguere – in ordine alla loro struttura – nell'ambito delle fattispecie che, riguardo al contenuto, si sono dette "complesse", quelle a struttura semplice (negozio indiretto, fiduciario, simulato, in frode alla legge, donazione remuneratoria, ecc.) da quelle a struttura plurima (collegamento e frazionamento negoziale), pur con una certa approssimazione si può convenzionalmente distinguere, quanto alla prima categoria, fra una linea di ricerca, – di cui si è detto – in cui l'intento, concepito come profilo soggettivo significativo dello scopo "mediato" comune alle parti entra, pur distinguendosi sul piano logico, nella causa concreta del negozio quando questa non sia aderente alla causa tipica, e una ricostruzione in cui l'intento – quale normale scopo pratico perseguito dalle parti (c.d. intento pratico tipico) con quel tipo di negozio – è, invece, cosa diversa dalla causa, andando a coincidere con il profilo volitivo che di regola spinge i paciscenti a stipulare un certo tipo di contratto.

Seconda quest'ultima tesi, l'intento, dunque, consiste nella «volontà finale rivolta alla causa come a suo scopo, la determinazione causale normale del volere»: così E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 88. Sul piano dogmatico tale intento pratico va a coincidere perciò, in quella teoria, con il profilo soggettivo della causa tipica, vista nel suo contenuto minimo essenziale, causa che rinviene nella funzione (concreta) il profilo oggettivo.

Quest'ultima ricostruzione non riesce però a spiegare come la funzione concreta del negozio possa in queste ipotesi essere aderente alla causa tipica – lampante in tal senso è la divaricazione posta dall'art. 1344 c.c. –, e al contempo contenga rispetto all'atto di volontà un profilo (s/oggettivo) ulteriore privo di effetti, tenuto conto che, per tale dottrina, il concetto di intento resta circoscritto alla volontà dell'"effetto pratico tipico".

<sup>78</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., 70 ss.; Id., *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, cit., 626. La giurisprudenza della S.C. qualifica la causa come "funzione economico-individuale" che in concreto assolve il contratto: cfr., fra le tante, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2007, 1720 ss.; e v. anche B. IZZA, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, II, 479 ss.

<sup>79</sup> In questi termini, ad es., R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 121 ss.

dell'affare diviso dai paciscenti, alla cui stregua deve essere valutata l'operazione economica<sup>80</sup>.

In questa prospettiva la fisionomia delle fattispecie complesse nel cui ambito si erano sviluppati i tentativi di dare conto (della distinzione) di tale "scopo o intento ulteriore" (rispetto alla causa tipica) tende, salvo qualche eccezione<sup>81</sup>, a scolorire, fino a sfociare in articolati tentativi di ricostruzione della fattispecie, anche a struttura complessa (es. collegamento contrattuale), in termini di schema formale riconducibile, anche sul piano strutturale, entro l'unità dell'"operazione economica"<sup>82</sup>.

Ma quale che sia l'esito della valutazione complessiva dell'operazione, resta che se l'elemento che accomuna tutte le figure analizzate è dato dalla finalizzazione del contratto verso una funzione ultronea rispetto a quella tipica, si deve ritenere che in tutti i casi in cui nella fattispecie (complessa) ricorra, in tal senso, un intento "ulteriore" il primo problema è quello di verificarne la conformità all'ordinamento giuridico.

L'osservazione di una vasta casistica giurisprudenziale, accompagnata da

---

<sup>80</sup> Rappresentativa di tale passaggio è l'opera di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*, in cui è evidente come nel concetto di operazione economica si risolve – partendo dal piano interpretativo per giungere a quello dogmatico – la complessità funzionale della fattispecie contrattuale (anche a struttura plurima).

Non è un caso, allora, che la tendenza seguita dalla dottrina della seconda metà del secolo scorso sia quella di assegnare rilevanza decisiva, nella qualificazione delle fattispecie a funzione (e struttura) complessa, al momento dell'interpretazione, in cui, valorizzando le circostanze tutte dell'affare, è possibile raggiungere la sua vera essenza, oltre lo schermo formale (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 406 ss.).

<sup>81</sup> Fra cui, ad es., è certamente da annoverare, nella dottrina più recente, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., spec. 75 ss.

<sup>82</sup> Pur essendo chiari, sul piano della tecnica legislativa – specie nel quadro delle politiche di tutela del contraente debole, consumatore o impresa dipendente (sui contratti d'impresa v. F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Aggiornamento, Torino, 2007, *passim*, ove esaustivi riferimenti) – i sintomi di una linea di tendenza che porta dal (la) tipizzazione del contratto al (la) tipizzazione del (la) operazione economica, il concetto non è fino ad oggi assunto a categoria giuridica autonoma rispetto al contratto, e difficilmente potrà staccarsene fino a quando il livello di astrazione del processo di qualificazione resterà la causa, intesa come elemento essenziale per la validità strutturale della fattispecie negoziale (artt. 1325 e 1343 c.c.).

Sulla valenza qualificante che nella definizione del concetto di operazione economica rivestono le circostanze del caso concreto v. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 99 ss.; e già ID., *Il pegno "anomalo"*, cit., 132, ove rileva che «è al piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali che occorre volgere l'indagine, la quale richiede e postula l'esigenza di un esame complessivo dell'assetto di interessi, al fine di coglierne, nel suo esatto significato, la disciplina che lo governa».

un dibattito ultrasecolare<sup>83</sup>, – ed ora anche la normativa di fonte comunitaria a tutela del contraente debole – suggeriscono, infatti, che la situazione che tipicamente contraddistingue queste figure è ravvisabile, come già rilevava un Insigne Maestro, in “un abuso della funzione strumentale, uno sviamento del negozio dalla sua destinazione, in quanto esso è fatto servire al conseguimento di un fine che non è il suo, ancorché possa essere perfettamente lecito”<sup>84</sup>, abuso che determina una “discrepanza tra causa tipica e intento pratico”<sup>85</sup>.

Se pure non si condividono i presupposti di tale concezione<sup>86</sup>, si deve riconoscere come essa metta chiaramente in luce l'elemento che accomuna le figure esaminate, e cioè l'essere il contratto, o i contratti utilizzati, strumento per il perseguimento di una funzione che deborda dal loro contenuto tipico<sup>87</sup>.

Come che sia, il concetto di intento ulteriore acquista, in tal senso, sicura rilevanza sul piano concettuale, quale “scopo (mediato) ulteriore” che i contraenti vogliono raggiungere, e che come tale si distingue, tanto dai motivi individuali, quanto dalla causa tipica<sup>88</sup>, ma non dalla causa con-

<sup>83</sup> Aspetti su cui si rinvia a G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 77 ss., ove un'eshaustiva trattazione del tema, in rapporto all'evoluzione degli studi sull'elemento soggettivo del negozio giuridico.

<sup>84</sup> Così E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 403.

<sup>85</sup> Discrepanza che determina, secondo Betti, una diversa valutazione da parte dei contraenti dell'atto siccome impegnativo rispetto al contenuto tipico della dichiarazione negoziale, restandosi nell'ambito di essa quando lo scopo ulteriore corrisponda ad un fine fiduciario o indiretto, e discostandosi nettamente quando, invece, a fronte del negozio simulato stia un negozio dissimulato. E questa la ragione per cui la “discrepanza” si accentua, nel pensiero dell'A., nella simulazione relativa, ove più appropriato gli appare il termine “discordanza” (E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 408 ss.).

<sup>86</sup> Specie, per quanto qui interessa, riguardo alla teorizzazione della distinzione fra intento pratico e causa tipica per un verso, e ancor prima, la necessaria coincidenza, per fare assurgere il negozio al piano di rilevanza giuridica, fra causa concreta e causa tipica.

<sup>87</sup> Innegabile è in tal senso, già sul piano logico-concettuale, l'utilità della categoria di “intento ulteriore”, che serve innanzitutto a chiarire come il contratto divenga sempre più, nella moderna economia (di massa), lo strumento con cui si cerca di conformare il contenuto dell'affare a interessi e funzioni che travalicano la sua funzione tipica.

Non a caso, del resto, è stato autorevolmente rilevato che attraverso la scelta del mezzo (effetto) destinato a realizzare l'intento empirico, anche il risultato può subire modifica (N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 121).

<sup>88</sup> Ricostruzione questa compatibile e coerente con la teoria dell'Insigne Maestro (G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 175) che per primo ha segnalato la rilevanza – sul piano negoziale – dell'intento come categoria concettuale espressiva di quel *quid* funzionale ulteriore, rispetto alla causa tipica, che caratterizza – nell'elemento soggettivo – tutte le fattispecie in cui il (tipo di) contratto viene utilizzato per conseguire uno scopo mediato ultroneo rispetto

creta. Infatti, quando tale intento sia lecito, esso confluirà, nei limiti di elasticità del tipo, entro la sua funzione causale, di modo che il contratto verrà a spiegare, insieme, un fine immediato, la funzione tipica, ed uno “mediato”, lo scopo ulteriore<sup>89</sup>.

Quando invece l'intento ulteriore è illecito, e nei limiti in cui lo è, il contratto non svolge se non una funzione strumentale (abusiva, *recte* elusiva), venendo per tale ragione sanzionato dall'ordinamento giuridico (per lo più, come si vedrà, mediante l'applicazione della disciplina che si voleva violare o eludere). Il contratto non è destinato qui, se non strumentalmente o in parte a svolgere la sua funzione tipica, essendo preordinato, nell'intento delle parti, a una funzione in senso lato, e per quanto di ragione, illecita<sup>90</sup>.

Se si conviene con la ricostruzione che precede, il problema centrale diventa, allora, se vi sia uno scopo ulteriore e se esso sia lecito o illecito, ed in tale ultimo caso entro quali limiti. Una linea di indagine, questa, che, come detto, sembra da ultimo rifluire nel filone dell'abuso del diritto, o secondo altri, della libertà contrattuale<sup>91</sup>, ma che in entrambi i casi si colloca nell'alveo del negozio elusivo<sup>92</sup>.

Sotto altro profilo va precisato che il carattere illecito dell'intento ulteriore contagia la fattispecie nei limiti di contrarietà ai dettami dell'ordinamento – spesso limitatamente ad uno solo dei profili giuridici rilevanti della

---

a quello, immediato, corrispondente alla funzione economica del contratto (dei contratti) utilizzato.

<sup>89</sup> Il contenuto regolamentare oggetto della dichiarazione negoziale, la regola vincolante fra le parti, ha in questi casi una configurazione complessa, in cui accanto alla funzione economica del tipo di contratto vi sono effetti ulteriori e diversi, che tuttavia sono con essa compatibili e vengono assorbiti, come tali, dalla causa concreta, siccome presenti programmaticamente nell'atto di volontà.

<sup>90</sup> In senso lato perché, se è vero che il terreno in cui si collocano le figure negoziali in esame è usualmente quello fraudatorio, nulla esclude, come si vedrà, che esse possano essere *contra legem*.

<sup>91</sup> Per una panoramica dell'evoluzione del concetto di abuso della libertà contrattuale v., in questa prospettiva di ricerca, G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 96 ss.; F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, cit., 573 ss.

<sup>92</sup> Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 175, nota 1; e v. ora G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., 99-100, che a proposito di abuso, nel solco della tradizione che lo definisce esercizio (del diritto) in modo anormale – vale a dire contro ovvero oltre lo scopo per cui è concesso – afferma, a proposito del contratto in frode alla legge, che tali ipotesi «non possono non richiamare quell'idea della funzione strumentale (rispetto al conseguimento di un fine illecito) cui verrebbe piegato il negozio nell'ipotesi di uso fraudolento, secondo quanto si desume dalla stessa formula del nostro art. 1344 c.c.».

fattispecie, es. fiscale, processuale, ecc. – e quindi travolgerà il negozio solo quando la causa (tipica) sia totalmente sottomessa alla funzione illecita, caso in cui l'intento ulteriore diviene esso stesso funzione causale, contaminando il contratto in quanto tale<sup>93</sup>.

Trova conferma in tal modo il fatto che, salvo quanto più oltre si preciserà, causa e intento si distinguono sul piano concettuale ma di regola “convivono” su quello pratico, nella misura in cui, se in astratto servono a definire l'una lo scopo immediato, l'altro lo scopo mediato della fattispecie “complessa”, vengono poi a “confondersi” nella causa concreta (che sia ritenuta lecita)<sup>94</sup>, con la conseguenza che quando l'intento è illecito, la causa concreta dell'operazione economica proprio in tale profilo verrà a distinguersi dalla causa (tipica) del contratto frazionato, svolgendo per il resto l'operazione la medesima funzione economica.

Ove, invece, si voglia operare la qualificazione adoperando la sola categoria causale, l'indagine porterebbe inevitabilmente a porre al centro del processo ermeneutico i singoli contratti con soluzioni sovente ambigue o insoddisfacenti,<sup>95</sup> posto che l'assunzione atomistica della funzione causale di ciascuno di essi potrebbe in concreto essere difficilmente confutabi-

---

<sup>93</sup> Pur senza sottoscrivere la tesi di chi, intuendone la rilevanza nella qualificazione delle fattispecie di cui trattasi, ha proposto di considerare tale “intento ulteriore” (se illecito) come base di un negozio distinto rispetto a quello tipico utilizzato, non si può non consentire, con tale dottrina, che in tale evenienza esso (distinto “negozio” fraudatorio) «avrebbe la funzione di degradare quello posto in essere *principaliter* a semplice strumento per il perseguimento del fine ulteriore, consistente nella elusione del divieto»: v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, I, 383, che riguardo al negozio in frode alla legge, escluso che l'intento fraudolento possa rilevare come motivo individuale ovvero all'interno della funzione causale del tipo utilizzato, ritiene che lo “scopo ulteriore” supporterebbe un negozio distinto, collegato al primo, col quale «le parti assumono l'obbligo di operare in modo da colmare la distanza, grande o piccola, tra il risultato posto in essere e lo scopo ulteriore da esse perseguito».

<sup>94</sup> È questa la ragione per cui in questo ambito la qualificazione dalla fattispecie tramite la (sola) causa sembra perdere, sul piano pratico, quella rilevanza che conserva a livello dogmatico, divenendo rispetto alla ricerca dello scopo mediato quasi un momento di verifica circa i limiti di derogabilità che il tipo può, nel caso concreto, sopportare. In tema v. anche, per i riflessi che tale distinzione può comportare nella materia in esame F.M. GIULIANI, *Elusione fiscale*, cit., 455 ss.

<sup>95</sup> Quanto si va dicendo non comporta ovviamente il superamento della causa quale parametro qualificativo che, sia nelle fattispecie a struttura semplice – si pensi, fra gli altri, al contratto in frode alla legge –, sia in quelle a struttura plurima – collegamento e frazionamento di contratti – consente di misurare fino a che punto l'assetto autoregolamentare sia compatibile con lo schema tipico, in cui è consacrato il contemperamento degli interessi assunti nel rispettivo grado di meritevolezza.

le, tanto che per individuare nell'operazione l'"intento elusivo" si sente l'esigenza di ricorrere al controverso "argomento" dell'abuso del diritto (*i.e.* dello "strumento contrattuale"), scollegandolo, però, sia dallo strumento negoziale realmente utilizzato – il frazionamento contrattuale – sia dal suo naturale termine di paragone, il contratto tipico solitamente utilizzato per quello specifico affare.

Per chiarire il concetto si pensi all'ipotesi di frazionamento del contratto in una pluralità di negozi aventi fra di loro e rispetto a quello lo stesso contenuto normativo<sup>96</sup>. Il mero riferimento alla causa dei singoli contratti disgiunta da una valutazione della finalità cui, mediante il loro frazionamento, è preordinata l'*operazione* economica, risulterebbe probabilmente sterile in quanto destinata a confermare, ad una vaglio atomistico, la liceità di ciascuno di essi.

Di qui la necessità di ampliare l'ambito del controllo alla fattispecie complessivamente considerata e quindi, sul piano ricostruttivo, di valorizzare il concetto e la portata di "intento ulteriore", quale strumento ermeneutico idoneo a giustificare la finalità ultima sottostante al frazionamento del contratto.

### 7. - Frazionamento contrattuale e "operazione economica".

Rilievo centrale nella disciplina del frazionamento negoziale riveste, dunque, il concetto di operazione economica.

Il suo utilizzo quale categoria ordinante di fattispecie contrattuali a (struttura e) funzione complessa ha origine negli studi sull'autonomia negoziale, che sin dagli anni '70 del secolo scorso hanno posto l'accento sulla necessità di valorizzare tutte le circostanze, atti e comportamenti del caso concreto<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Come accade, ad es., nel frazionamento del contratto di lavoro a tempo indeterminato: cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 57 ss.

<sup>97</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 232 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 1; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 285 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1974, 5 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 2; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 134 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 28; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 50; E. GABRIELLI, *Il pegno*

Nell'ambito di una metodologia ermeneutica di stampo "sostanzialista", si è nel tempo accreditata una nozione di operazione economica quale modello atto a rappresentare, oltre lo schermo formale del contratto, la reale valenza dell'affare, inteso come raffigurazione sostanziale ed unitaria della complessità oggettiva e soggettiva delle moderne forme contrattuali<sup>98</sup>.

Il fenomeno ha spinto la dottrina a ricercarne i profili d'interazione logica con i vari metodi utilizzati. Pur restandone incerta, in questo senso, la definizione dogmatica<sup>99</sup>, il concetto ha conquistato un crescente spazio operativo, poiché, attribuendo alla fattispecie il suo pieno significato oltre l'angusto schema formale che la contiene, si è potuto, da un lato adattare le tecniche interpretative alla nuova e più complessa realtà dei traffici, e dall'altro superare i deludenti risultati che discendono dall'utilizzo delle tradizionali classificazioni del contratto, consentendo una compiuta ed esauriente ricostruzione dei vari profili significanti dell'affare<sup>100</sup>.

---

"anomalo", cit., 131 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 405 ss.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Padova, 1992, *passim*.

<sup>98</sup> Per questo rilievo, v. spec. E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, cit., 131 ss., la cui ricostruzione in termini di operazione economica del pegno "rotativo", dopo esser stata accolta dalla giurisprudenza di merito (cfr., ad es., Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Fall.*, 1998, 11, 97, con nota di D. STINGONE, *Sulla validità ed opponibilità del pegno bancario "rotativo": nuove conferme dalla giurisprudenza*), ha ricevuto l'avallo dalla S.C. (cfr., fra le altre, Cass. 27 settembre 1999, n. 10685, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 255 ss., con nota di A.M. AZZARO, *Pegno "rotativo" e operazione economica*).

<sup>99</sup> Si possono distinguere almeno tre diversi filoni dottrinali, in ognuno dei quali il concetto di operazione economica, pur atteggiandosi quale strumento d'indagine "sostanziale" dell'operazione unitaria, riceve configurazioni diverse, in rapporto alle tecniche utilizzate: così, tra i sostenitori della teoria tradizionale, esso si ritiene idoneo ad individuare la funzione concreta complessiva, oltre lo schermo formale utilizzato (v., fra gli altri, G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, cit., 2; E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, cit., 131 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 134 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 405 ss.); per gli studiosi che aderiscono al metodo tipologico, il concetto sembra piuttosto rappresentare la compiuta espressione del metodo e dei criteri adottati (cfr. M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto*, cit., 50.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondato da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, III, Torino, 1986, 587 ss.); mentre per coloro che pongono l'accento sul profilo di rilevanza economica del contratto, inteso come assetto di rischi e di costi che caratterizza l'affare, tende ad assumere una configurazione autonoma, rispetto alle tecniche tradizionali (M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 5; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., *passim*).

<sup>100</sup> Strettamente connessa in termini causali all'emersione del concetto è l'avvertita inidoneità del contratto ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco, e la variabilità delle soluzioni con cui essi vengono composti (G. PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, cit., 646; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 222, per il quale l'operazione «non trova lo strumento esclusivo nel contratto; lo stesso contratto, d'altro lato, non sempre esprime l'affare nella sua totalità. Non solo può

A questa dimensione ermeneutica – non legata necessariamente a fattispecie strutturalmente complesse – appartiene a pieno titolo il collegamento negoziale, quale tecnica contrattuale che pone in particolare il problema di accertare la struttura unitaria o plurima della fattispecie<sup>101</sup>. Quale strumento idoneo a ricostruire la sostanza unitaria dell'affare, il concetto di operazione economica assurge ben presto a *trait d'union* degli studi sul collegamento negoziale, riuscendo ad aprire varchi significativi persino nella giurisprudenza, tradizionalmente incline ad un atteggiamento formalistico<sup>102</sup>.

Fin qui l'evoluzione del concetto di operazione economica come categoria ordinante (del collegamento negoziale) sul piano ermeneutico. Sennonché dall'indagine svolta emergono, al riguardo, non secondari aspetti di novità, riferibili alla valenza che in tale ambito acquista sul piano logico-concettuale l'“intento ulteriore”.

Infatti se, seguendo la distinzione, nell'ambito delle fattispecie che si sono denominate “a contenuto complesso”, fra quelle a struttura unitaria e plurima<sup>103</sup>, si volesse ulteriormente differenziare, tra queste ultime, quelle a scopo mediato lecito – come tale a struttura plurima, essendo i contratti collegati destinati a svolgere, oltre alla propria, una funzione ulteriore meritevole di tutela – da quelle a scopo mediato illecito – ove essendo il collegamento viziato i contratti perdono la loro funzione tipica, degradando a meri strumenti di un illecito – si potrebbe ritenere in quest'ultimo

---

avvenire che alcuni soltanto degli interessi in gioco abbiano assetto pattizio, ma può anche darsi che alla realtà sociale dell'accordo non faccia riscontro il fenomeno giuridico del contratto: donde il diverso congegno»).

<sup>101</sup> In tal senso, nell'ambito degli studi più recenti, cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 33 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., 587 ss.; A. RAPPAZZO, *Contratti collegati*, cit., *passim*; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, cit., *passim*; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., *passim*; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., spec. 75 ss. e 246 ss.

<sup>102</sup> G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., 233; M. NUZZO, *Commento sub art. 1469-ter, co. 1 e 2, c.c.*, cit., 1041; A. RAPPAZZO, *Contratti collegati*, cit., 150 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 189 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 280 ss. In giurisprudenza cfr. ad es., per un orientamento alquanto risalente, Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, cit., 295, secondo cui l'indagine del giudice deve vertere, oltre che sulle finalità proprie di ciascun contratto, anche sulla finalità complessiva consistente nell'assetto economico globale e inscindibile.

<sup>103</sup> Per questa distinzione, E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 100.

caso che, entro i confini segnati dal nesso funzionale, il concetto di operazione economica viene a definire, *in primis* ai fini della disciplina, la fattispecie come unitaria, consentendo (finanche) di ritenere parti (formali) di un unico contratto tutte le parti (sostanziali) dell'operazione economica.

Riportando il discorso sul piano qualificativo, quale presupposto della ricostruzione della struttura della fattispecie, si determina così uno scostamento da quella linea ricostruttiva che sembra attribuirle rilevanza autonoma, per il sol fatto che la categoria mostra, sul piano ermeneutico (“funzionale”), un'indubbia efficacia operativa <sup>104</sup>.

Da tale piano il concetto si distacca, a ben vedere, – e qui il rilievo ha valenza generale, interessando anche le fattispecie formate da un unico contratto – anche quando l'intento o scopo ulteriore, comune alle parti, sia lecito.

Quale che sia la natura del profilo soggettivo che caratterizza le figure interessate, il concetto di “intento ulteriore” (dell'operazione economica) consente infatti di individuare appieno, distinguendole, le varie ipotesi in cui uno o più contratti vengano utilizzati per perseguire, oltre e/o assieme alla propria funzione tipica, uno scopo mediato, ultroneo rispetto ad essa. Si capirebbe allora perché tale categoria concettuale, sorta nell'ambito degli studi di teoria generale, si sia sviluppata proprio in quegli istituti – quale il collegamento negoziale, il contratto in frode alla legge, il negozio indiretto, il negozio fiduciario, la simulazione relativa, ecc. – ove la categoria causale trova difficoltà a spiegare la presenza, sul piano soggettivo, di un profilo ulteriore rispetto alla funzione tipica <sup>105</sup>.

Né i risultati altrimenti raggiunti dal dibattito possono ritenersi appaganti, se è vero che il problema di giustificare quel profilo dell'elemento soggettivo dato dall'“intento ulteriore” è stato per lo più risolto attingendo all'elemento obiettivo, il contenuto auto-regolamentare, per il cui tramite – valorizzando tutte le circostanze soggettive, oggettive, spazio-temporali,

---

<sup>104</sup> Per una diffusa disamina dei limiti di rilevanza del concetto v., in tal senso, fra gli altri, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 405 ss.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., *passim*.

<sup>105</sup> Tematica su cui si rinvia a A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 175 ss., spec. 199 ss.

procedimentali ecc. dell'operazione economica – si poteva individuare “la reale essenza dell'affare”.

Così facendo, però, mentre si acquisiva uno strumento ermeneutico utile a risolvere il caso pratico,<sup>106</sup> si compiva forse un salto logico, nella misura in cui si ometteva di spiegare come, in tali fattispecie, tale profilo soggettivo si distingue rispetto alla funzione tipica, giuridicamente assegnata, ed in concreto svolta, dal/i contratto/i utilizzato/i, trasponendo l'esito dell'indagine funzionale al livello strutturale della fattispecie, consistente nella pluralità strutturale della fattispecie complessa<sup>107</sup>.

Tralasciando di considerare, nell'ambito dell'elemento causale, la distinzione che sul piano concettuale passa tra causa tipica e intento ulteriore, si rischia fatalmente di porre sullo stesso piano fattispecie “complesse” di natura lecita e illecita, con la conseguenza di innalzare a unità formale<sup>108</sup> “operazioni” che, quando lo scopo mediato comune sia lecito, devono – proprio in omaggio alla funzione causale loro assegnata dalle parti – restare a struttura plurima<sup>109</sup>.

Si dubita, quindi, che essa, come tale, venga ad aggiungersi alle tradizio-

---

<sup>106</sup> V. spec. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 103, che rileva come, su queste basi, «la categoria è stata impiegata, fra l'altro, per la ricostruzione delle questioni che riguardano: la fase configurativa dell'operazione negoziale (...); la determinazione dei suoi requisiti, quali la causa (...) l'oggetto (...); la forma (...); il collegamento negoziale (...); l'interpretazione (...); la disciplina dell'efficacia e della rilevanza esterna (...); dell'invalidità negoziale (...); della rescissione (...); nonché per la soluzione delle questioni relative al trattamento da riservare all'economia del contratto, in presenza del rischio di inadempimento, della sopravvenienza e del rischio contrattuale in genere (...)».

<sup>107</sup> Il problema, invero, è avvertito da quella dottrina che più di altri, in epoca recente, si è occupata della ricostruzione sistematica del concetto, giungendo a conclusioni condivisibili, ove, avuto riguardo alla categoria generale in quanto tale, assegna, mercé la causa concreta, all'operazione economica una dignità (formale) autonoma sul piano ermeneutico, che, mentre esprime la complessità delle forme contrattuali tipiche della moderna economia, sfugge alla tentazione di trasfondere acriticamente tali risultati al piano strutturale (v. retro note 97 e 99).

<sup>108</sup> Paradigmatici dei risultati cui come detto giunge la più recente dottrina sul collegamento negoziale, sono quei concetti di unitarietà “*sub specie juris*” (G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 189 ss.), o di “operazioni economiche” (C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 280 ss.), con cui, in tal senso, ci si discosta dal dato caratterizzante il fenomeno.

<sup>109</sup> Nella ricostruzione che qui viene offerta il concetto di operazione economica assume dunque una valenza che, pur restando circoscritta al piano ermeneutico, consente di isolare e distinguere, nell'ambito della funzione concreta, quello scopo ulteriore su cui deve prioritariamente dirigersi l'attenzione dell'interprete chiamato a valutare la liceità dell'affare posto in essere.

Su questa linea di indagine cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 158 ss., che per primo individua e distingue, i concetti di causa (concreta) e intento (ulteriore), assegnando a

nali classificazioni del contratto,<sup>110</sup> giacché sia che lo scopo mediato sia lecito – caso in cui rifluirà, nei limiti di elasticità del tipo, nella causa concreta del/i contratto/i utilizzato/i – sia che sia illecito – caso in cui per l'ordinamento a rilevare sarà la fattispecie unitaria con causa illecita – il concetto non viene sul piano dogmatico a distinguersi dal contratto in quanto tale, se non appunto nel senso di offrire, sotto il profilo funzionale, una raffigurazione complessiva e “sostanziale” dell'affare sottostante<sup>111</sup>.

#### 8. - (Segue). Collegamento e frazionamento nel diritto dei contratti.

Questi in sintesi i profili significanti del concetto di operazione economica nelle fattispecie a contenuto e struttura complessa, di cui ora si deve meglio definire la portata rispetto al frazionamento contrattuale.

Medesimo, rispetto al collegamento, è il dato di partenza – una pluralità di contratti che, per loro caratteristiche soggettive ed oggettive, paiono riconducibili alla stessa operazione –, medesimo lo scopo cui è immediatamente volta l'indagine, stabilire natura ed effetti del loro nesso di relazione<sup>112</sup>.

Essendo il frazionamento, come il collegamento, tecnica di determinazione del contenuto (dei singoli contratti assunti come strumenti) dell'ope-

---

quest'ultimo rilievo sul piano giuridico, e non solo “economico”, nel senso di raccordare entrambi nella prospettiva unificante dell'operazione economica.

<sup>110</sup> Per questo rilievo, v. spec. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 706, ove conclusioni dubitative in tal senso.

<sup>111</sup> La fattispecie, strutturalmente composta da una pluralità di negozi, viene assunta sul piano effettuale in modo unitario: in tal senso, scrive G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 256, «nel caso concreto il negozio, nel suo insieme di elementi essenziali e non essenziali, forma un blocco unitario e come tale, unitariamente cioè, dovrà essere valutato dall'ordinamento giuridico: soltanto in questa maniera, infatti, si può cogliere il senso e la portata dell'operazione economica, che il negozio giuridico esprime».

Nella stessa linea metodologica si pongono quei recenti studi che utilizzano il concetto di operazione economica, quale strumento atto a indagare – per quanto qui interessa – sulla rilevanza dei motivi (C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., *passim*), o sull'intento elusivo (G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., *passim*).

<sup>112</sup> Si è già spiegato in che modo anche nel frazionamento contrattuale il concetto di operazione economica consenta di ricostruire il substrato funzionale della fattispecie complessa: si tratta ora di precisare – sulla scorta dei risultati raggiunti circa i profili di rilevanza che le vengono riconosciuti in materia negoziale –, quale ne sia la portata operativa, e in che limiti, in tal senso, ad essa possa farsi riferimento quale fondamento del fenomeno in esame.

razione economica, rinviene, come quello, il proprio referente sistematico nel principio di autonomia negoziale (art. 1322, comma 1, c.c.)<sup>113</sup>.

Decisiva per la corretta qualificazione del frazionamento è la valutazione funzionale delle entità negoziali che formano la fattispecie complessa, da cui potrà derivare, a seconda che venga o meno accertata una finalità (ulteriore) illecita (geneticamente aggregante i singoli contratti), il carattere unitario o plurimo della struttura negoziale<sup>114</sup>. Il che significa, come detto, operare una valutazione complessiva di tutte le circostanze, fatti e comportamenti che delimitano l'operazione in senso funzionale, logico e cronologico, al fine di divisare la natura del nesso di frazionamento<sup>115</sup>.

In tal senso, si rileva, «L'analisi dell'interprete deve dunque avere ad oggetto la valutazione complessiva dell'operazione economica posta in essere, o meglio "disgregata" con il frazionamento, per verificare se il frazionamento abbia una funzione elusiva del profilo qualitativo o del profilo quantitativo stabilito dalla disciplina di tutela, ponendo quindi in risalto per contrasto – proprio attraverso la scoperta dell'artificioso e fraudolento meccanismo di 'scissione' della naturale unità dell'affare – il valore qualificante dell'operazione economica»<sup>116</sup>.

Una relazione – giuridicamente rilevante – fra i contratti frazionati ricorre solo quando il frazionamento del contratto sia ispirato da uno scopo mediato illecito, mentre quando sia sorretto da una finalità lecita il feno-

---

<sup>113</sup> Numerose sono oramai le norme che tipizzano fattispecie di contratti collegati (o frazionati) senza con questo costituire il fondamento normativo, che va rintracciato per entrambe nell'art. 1322, comma 1, c.c., trattandosi di tecniche negoziali con cui si conforma il contenuto complessivo dell'affare mediante la deroga apportata al contenuto tipico dei contratti (cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 166 ss.).

<sup>114</sup> Sul punto, v. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 157 ss.

<sup>115</sup> Ne consegue una connotazione propriamente ordinante – a livello ermeneutico – del concetto, che mercè strumenti propri della categoria negoziale, quali causa concreta e intento ulteriore, consente di ricostruire, con l'analisi complessiva della fattispecie, la reale sostanza dell'affare posto in essere con il frazionamento – lecito o illecito –.

<sup>116</sup> Così E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 114, che fa riferimento a quelle fattispecie di frazionamento contrattuale elusivo, tipizzate dal legislatore, che prevedono soglie minime, quantitative o qualitative, di tutela. Fattispecie tipizzando le quali, soggiunge l'A. (Ib., *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 114), «(...) il legislatore, per evitare l'elusione della disciplina di tutela del consumatore, o più in generale di una parte del contratto, sanziona quei frazionamenti del contratto che è possibile accertare solo mediante una valutazione complessiva dei diversi contratti frazionati, e quindi ricostruendo l'operazione economica unitariamente considerata».

meno ha ragion d'essere in quanto i contratti siano distinti ed autonomi gli uni dagli altri.

Ne consegue che, quando fra i contratti frazionati s'instaura un nesso, esso non può che essere di tipo genetico e non si estende al piano funzionale, giacché, quand'anche, e quanto più, il frazionamento li indirizzi in una direzione illecita, i contratti frazionati perderanno la propria autonomia funzionale, fino al punto, ove non abbiano alcuna funzione autonoma, di degradare a meri strumenti di un'operazione illecita che, come tale, può e deve essere ricostruita in modo unitario ai fini della disciplina applicabile. Emerge in tal modo quella valenza "operativa" del concetto di operazione economica, che nel frazionamento illecito si apprezza, *in primis*, proprio nella misura in cui consente di sostituire, per quanto di ragione, alla disciplina dei contratti frazionati quella del contratto – tipicamente concepito per regolare quel tipo di operazione economica – che si è violata o si voleva eludere<sup>117</sup>.

Così, se mediante il frazionamento si opera la scomposizione di un negozio che, per sua natura o in ragione di un determinato assetto di interessi prefigurato dall'ordinamento<sup>118</sup>, avrebbe di regola una configurazione unitaria, con il collegamento, al contrario, si tende ad aggregare, sul piano funzionale, entità negoziali distinte<sup>119</sup>.

Perciò la differenza si apprezza maggiormente quando con tali tecniche negoziali si voglia perseguire una finalità coerente coi dettami dell'ordinamento giuridico, mentre tende a sfumare man mano, e nei limiti in cui,

---

<sup>117</sup> Il concetto mostra così di comprendere anche il frazionamento contrattuale fra le altre forme con cui si presentano nella moderna pratica commerciale gli affari a struttura e/o contenuto complesso, contribuendo a individuare per ciascuna di esse – sulla scorta dei rispettivi elementi qualificativi – soluzioni distinte: sul punto, cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 159 ss.

<sup>118</sup> L'unità del negozio può, infatti, dipendere, o dalla indivisibilità del bene o dell'obbligazione, caso in cui il negozio è per sua stessa natura unitario, ovvero da una indivisibilità dipendente dalla protezione accordata dall'ordinamento a determinati interessi: in entrambi i casi mediante il frazionamento si lede un interesse che l'ordinamento ricollega, rispettivamente, all'unità della prestazione o all'applicazione di una determinata disciplina di tutela (cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 83 ss.).

<sup>119</sup> La dottrina (G. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, cit., 106; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 725) accenna alla distinzione tra i due fenomeni, evidenziando, appunto, come in un caso le parti intendono aggregare entità negoziali per loro natura distinte, mentre nell'altro procedono, all'inverso, ad una frammentazione di un negozio per sua natura unitario.

il nesso di relazione sia di natura illecita, caso in cui tenderanno a confluire sul piano della disciplina applicabile, verso l'unità funzionale del tipo contrattuale.

A ben vedere, infatti, con le due tecniche negoziali vengono raggiunti, ove il movente sia lecito, risultati opposti, poiché se col collegamento si crea in sostanza fra i contratti una interdipendenza funzionale, scopo precipuo del frazionamento è invece assegnare ai contratti (che ne derivano) una piena autonomia formale<sup>120</sup>.

Per contro, quando il collegamento o il frazionamento siano illeciti, nei limiti della loro contrarietà alla disciplina cogente i singoli negozi saranno privati, per quanto di ragione, della propria autonomia funzionale, con conseguenze analoghe che, come detto, ben si comprendono utilizzando il concetto di "intento ulteriore"<sup>121</sup>.

Trattasi, quindi, di tecniche negoziali con le quali si vuole, nell'un caso unire figure negoziali tipicamente distinte e nell'altro frazionarne una tipicamente unitaria, utilizzando in entrambi i casi allo scopo una pluralità di contratti, con ciò esercitando quel profilo dell'autonomia contrattuale dato dalla libertà di determinare il contenuto (dei singoli contratti e con essi) dell'operazione economica<sup>122</sup>, con l'unica, rilevante, differenza che

---

<sup>120</sup> Netta è, in tal senso, la distinzione fra collegamento e frazionamento. Mentre nel primo caso fra i distinti contratti viene posta una relazione che, senza inficiarne l'autonomia configurazione negoziale, è destinata, in quei limiti, a modulare il rapporto contrattuale secondo una destinazione unitaria, nel frazionamento, ove a ciò non osti un diverso giudizio di valore, i singoli frammenti negoziali assumono un'autonomia funzionale perfetta, nel senso che ciascuno assolve *pro quota* ad una funzione "identica" o complementare, senza peraltro che le vicende dell'uno possano ripercuotersi sull'altro.

<sup>121</sup> Così, quando nel collegamento lo scopo mediato comune alle parti sia illecito, quanto più profondo sarà il contrasto con l'ordinamento giuridico tanto maggiore sarà la patologia che colpirà la causa concreta dei contratti collegati, fino al punto in cui, non essendovi alcuna distinzione tra funzione economico-individuale concreta – conforme per quanto di ragione alla causa tipica – e "intento ulteriore", contaminando esso di fatto l'intera categoria causale, i contratti collegati perderanno ogni propria, seppur minima, funzione tipica.

Analogamente nel frazionamento, nella misura in cui l'intento che lo giustifica "corrompa" la funzione tipica dei singoli contratti, essi dovranno per l'effetto essere ricondotti ad unità, sia sotto il profilo della struttura che prima ancora della (funzione e, quindi, della) disciplina del tipo (legale o sociale) di contratto frazionato.

<sup>122</sup> Il richiamo al concetto di operazione economica non consente, di per sé, di collocare sistematicamente le tecniche negoziali entro un quadro definito, se non, appunto, nel senso in cui in quel concetto si fanno rientrare tutte quelle espressioni della libertà di determinare il contenuto del contratto che si attuano mediante fattispecie a struttura complessa (sia essa unitaria o plurima) in vario modo "debordanti" dal tipo. Problema distinto e ulteriore è quello di verificare se, ed in che modo, le diverse tecniche di controllo previste dall'ordina-

nel collegamento i limiti in cui la deroga è consentita riguardano la disciplina dei tipi correlati, mentre nel frazionamento attengono al tipo frazionato.

La distinzione data consente di individuare il diverso livello di astrazione del processo di qualificazione. Se nel collegamento, dovendosi apprezzare i termini della relazione funzionale fra i contratti, il metro comparativo (del grado di liceità della deroga convenzionale determinata dallo “scopo ulteriore”) è il rispettivo schema legale tipico, nel frazionamento, ove il problema è piuttosto quello di valutare se il contratto possa essere frazionato, sarà in particolare la sua disciplina (cogente) <sup>123</sup>.

Nel primo caso si tratta perciò di verificare se le modifiche apportate in concreto allo schema astratto di ciascuno dei contratti collegati, onde rendere possibile la programmata relazione funzionale, sia compatibile con i limiti di elasticità di ciascun tipo, ove per contro nel frazionamento tale valutazione è riferita al contratto frazionato (art. 1322, comma 1, c.c.). Tale indagine conduce ovviamente a risultati diversi, poiché se in entrambi l'alternativa è tra fattispecie unitaria e plurima, diverso è il rapporto che intercorre tra i negozi concorrenti <sup>124</sup>.

Nel collegamento, accertata la loro interdipendenza funzionale, si tratta di individuare contenuto e limiti della relazione di collegamento, e cioè propriamente dello scopo ulteriore che li accomuna e che comporta una modifica, *non essenziale*, del loro contenuto tipico <sup>125</sup>.

---

mento possano trovare, in quel contesto, attuazione (sul punto, v. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., cap. IV, sez. I).

<sup>123</sup> Per contro, se diverso è il parametro di valore, coincidente è l'altro termine di paragone del processo di qualificazione (della fattispecie complessa). Sia infatti che il giudizio sulla compatibilità della deroga apportata al contenuto tipico riguardi i contratti collegati piuttosto che il contratto frazionato, per verificare il corretto utilizzo di siffatte tecniche negoziali si dovrà necessariamente indagare quel profilo funzionale della fattispecie complessa denominato “intento ulteriore”. Per modo che, solo mediante la valutazione della funzione concreta svolta dai singoli contratti costitutivi la fattispecie sarà possibile apprezzare, riguardo all'assetto di interessi unitariamente considerato, natura e limiti di rilevanza giuridica dell'operazione economica.

<sup>124</sup> Se netta è la distinzione in linea teorica, più difficile e complesso ne è l'accertamento sul piano pratico, posto che in entrambi i casi medesimo è il dato di partenza: la presenza nell'operazione economica di una pluralità di contratti, le cui parti possono anche non coincidere.

<sup>125</sup> Modifica “non essenziale” poiché, ove essa superasse i limiti di elasticità del tipo, la fattispecie complessa rifluirebbe nella figura del contratto misto, o complesso o, se e per quanto sia possibile distinguendolo dai precedenti, in quello atipico: cfr. A. CATAUZZELLA, *La*

Anche nel frazionamento i contratti sono mezzo per il perseguimento di una funzione ulteriore rispetto a quella tipica, che quando lecita consente loro di conservare una corrispondente autonomia funzionale – dato che la funzione svolta dai singoli frammenti assolverà, *pro quota*, a quella consegnata alla disciplina del tipo legale frazionato –, mentre se illecita li fa degradare a meri strumenti la cui funzione rifluisce nella fattispecie complessa cui ineriscono, essendo rivolti sin dal momento *genetico* a violare o eludere la disciplina cogente del contratto frazionato <sup>126</sup>.

Il controllo di meritevolezza conduce così, da un lato, in ragione del giudizio funzionale, ad accertare la struttura unitaria o plurima della fattispecie e, dall'altro, di conseguenza, a individuare la disciplina applicabile all'operazione, che deve ritenersi unitaria o plurima, a seconda che tra i distinti negozi esista una relazione *funzionale* nel collegamento, *genetica* nel frazionamento, ulteriore rispetto al rispettivo schema tipico.

Nel collegamento delimitando gli effetti del nesso di interdipendenza funzionale <sup>127</sup>, e nel frazionamento stabilendo contenuto e limiti del nesso di relazione – ove il frazionamento abbia un movente *illecito* – ovvero accertando che i contratti derivano da un frazionamento *lecito* e siano, per l'effetto, perfettamente autonomi e distinti <sup>128</sup>.

---

*donazione mista*, cit., 126; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 112 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento contrattuale*, cit., *passim*.

<sup>126</sup> Si consideri, ad esempio, il caso della risoluzione del rapporto di lavoro seguito da immediata riassunzione, per realizzare lo "spezzettamento" dell'indennità di anzianità, eludendo l'art. 2120 c.c. Pare evidente come l'operazione sia strutturalmente unitaria, in quanto i diversi frammenti non assolvono ad una funzione autonoma, ma costituiscono piuttosto parti di una medesima fattispecie elusiva. Al contrario di ciò che avviene nel collegamento, ove la funzione ulteriore si somma a quella (tipica) svolta dai distinti negozi, che pertanto mantengono una propria autonomia strutturale. Rappresenta la fattispecie in termini di collegamento fraudolento, A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 173.

<sup>127</sup> Infatti, ove l'essenza dell'affare sia rintracciabile nell'esigenza di correlare una pluralità di contratti entro un quadro funzionale unitario, l'operazione economica consente, in primo luogo di definire contenuto e limiti del nesso di relazione, e quindi di misurarne gli effetti, tanto nella deroga al contenuto (e quindi alla funzione concreta) dei singoli contratti collegati, quanto nei riflessi che la patologia di uno di essi spiega sugli altri.

<sup>128</sup> Qualunque sia l'esito di tale scrutinio di valore, quel che è certo perciò è che tra i contratti frazionati non potrà sussistere alcuna relazione *funzionale*, qualunque ne sia l'estensione, che non sia di natura illecita, restando altrimenti essi autonomi e distinti siccome destinati a svolgere, *pro quota*, la (identica, se trattasi di frazionamento omogeneo, ovvero nel loro complesso, se eterogeneo) medesima funzione tipica del contratto frazionato. Segnalando in tal modo come il frazionamento costituisce e si riduce all'attività di conformazione dell'affare, posto in essere mediante la determinazione del contenuto dei singoli contratti frazionati

## 9. - Il frazionamento illecito in materia fiscale: cenni.

Definita nei suoi connotati essenziali, la portata operativa che il concetto di operazione economica spiega nel frazionamento contrattuale prende a delinearci con sufficiente chiarezza.

A tal fine occorre ancora distinguere, ove il frazionamento persegua una funzione meritevole di tutela, il caso in cui i singoli contratti che ne derivano siano modulati nel loro contenuto, normativo e/o economico, in modo tale da riprodurre *pro quota* in modo omogeneo il contratto originario, da quello in cui ciascuno contenga solo una parte eterogenea di esso. Nel primo caso i contratti frazionati apparterranno allo stesso tipo legale del contratto base – pur potendo distinguersi, quanto al profilo economico, per la specifica prestazione, le sue particolari modalità, il diverso ammontare, ecc. – e quindi manterranno la disciplina propria del tipo legale di riferimento <sup>129</sup>.

Diverso è il caso in cui l'operazione economica, riconducibile in sé entro uno schema contrattuale complesso (legalmente o socialmente) tipico, venga frazionata in una pluralità di contratti riconducibili entro diversi schemi legali, perché allora ciascuno di essi troverà la propria regolamentazione nel rispettivo tipo legale di riferimento <sup>130</sup>.

Né si avrebbe qui, come potrebbe pensarsi, un collegamento, bensì un frazionamento di contratti, giacché mentre il primo presuppone l'instau-

---

in modo conforme o difforme alla regolamentazione dell'affare tipicamente prevista dalla legge.

Si è detto che, se il frazionamento del contratto è ispirato da una motivazione illecita, con la definizione del contenuto dei singoli contratti si viene in sostanza a determinare il contenuto dell'operazione economica, quale schema normativo che in tal senso deroga, in vario modo, alla disciplina del contratto frazionato (cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 163 ss.).

<sup>129</sup> Si pensi all'ipotesi di cessioni "parziali" di parti del credito, capitale e per interessi scaduti, cessioni che saranno entrambe sussumibili entro lo schema della vendita, da cui traggono il riferimento causale, pur essendo fra loro distinte in ragione del particolare oggetto della cessione (cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 131 ss.).

<sup>130</sup> Si pensi, ancora, al caso in cui si scinda un contratto di compravendita di macchinari, comprensivo dell'obbligo di manutenzione, in due contratti, l'uno di scambio e l'altro di prestazione d'opera (cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 175 ss.), ovvero al frazionamento del contratto di *leasing*, in un contratto di locazione ed altro di finanziamento, al fine di limitare l'iva dovuta (cfr. E. DELLA VALLE, *Sospeso frazionamento del contratto di leasing ai fini IVA*, in *Società*, 1993, 1175 ss.).

rarsi di una relazione fra negozi, il secondo comporta come detto la completa autonomia funzionale dei contratti, siano o meno riconducibili entro distinti tipi legali <sup>131</sup>.

Diverso, si diceva, è il caso in cui l'operazione di frazionamento sia preordinata ad una finalità illecita, quando essi saranno, per quanto di ragione, inefficaci o invalidi, siccome in contrasto con l'ordinamento giuridico.

In tale ipotesi ad essere applicata sarà ovviamente quella parte della disciplina del contratto frazionato, – per solito cogente – che si voleva violare o eludere, poiché fra le sanzioni collegate al frazionamento illecito ricorre sempre, come detto, l'utilizzazione della normativa di tutela.

In tal modo, nei limiti di contrarietà alla legge la fattispecie sarà ricondotta ad unità, come ad esempio – ed è una delle ipotesi più frequenti – <sup>132</sup> quando il frazionamento del contratto serve ad “eludere” la normativa fiscale, caso in cui dovrà applicarsi l'imposta del contratto frazionato considerato nel suo ipotetico ammontare.

Così in sostanza, ferma la disciplina dei singoli contratti compatibile con l'assetto di interessi protetto, si dovranno applicare proprio le regole che, tanto che appartengano al tipo frazionato, quanto che facciano riferimento ad un diverso ambito normativo riferibile ad esso, siano comunque conseguenza dell'applicazione di quel principio di infrazionabilità funzionale del contratto di cui si è detto <sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> La distinzione non è di poco conto, se si considera che, mentre nel collegamento i contratti sono avvinti da un rapporto di interdipendenza che si riflette, nei limiti del suo contenuto, sulle loro vicende – determinando l'inefficacia o l'“inutilità” da collegamento – tale effetto non si produce nell'ipotesi di frazionamento, ove i contratti rimangono del tutto autonomi e distinti. Nel primo caso la relazione consente di ricostruire l'operazione economica in termini funzionali unitari, mentre nel secondo il rapporto tra i diversi contratti si esaurisce – semmai – nella fase genetica.

<sup>132</sup> Cfr. A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel 'frazionamento' del rapporto giuridico*, cit., 142 ss., ove una approfondita disamina dei casi di frazionamento negoziale in materia fiscale citati.

<sup>133</sup> Allo stesso modo, con l'avvenuta “riconduzione” dei contratti frazionati allo schema tipico di provenienza, riprenderanno vigore, per quanto di ragione, quelle norme dispositive contenute nella disciplina generale o speciale dei contratti che lo interessano. Ove invece per l'alto grado di illiceità della funzione non potrà che farsi applicazione dell'intera disciplina (cogente) del tipo frazionato, ricondotta la fattispecie nell'ambito suo proprio, verranno per l'effetto applicate anche quelle regole (fiscali, processuali, ecc.) che conseguono alla ricostruzione in senso unitario dell'operazione.

Le conseguenze di quanto precede appaiono nel caso in esame, come in altre fattispecie pure rilevanti a fini fiscali<sup>134</sup>, di stringente operatività.

Supponiamo che l'amministrazione finanziaria, sulla base delle circostanze tutte che caratterizzano la serie di distinti atti giuridici, alleggi l'esistenza di "un'operazione economica unitaria" (che avrebbe potuto essere realizzata, in modo più breve, ma fiscalmente meno vantaggioso, attraverso un singolo negozio a ciò tipicamente preordinato), adducendo che la tassazione deve seguire il risultato economico finale che la stessa raggiunge, al di là della struttura formale prescelta dall'operatore economico.

Applicando la nota teoria del c.d. *business purpose*, – cui si "appoggia" sul piano operativo la teorica dell'"abuso del diritto" (i.e. dello "strumento contrattuale") – il contribuente è chiamato a provare che l'atto (ciascun atto della serie procedimentale frazionata), singolarmente considerato, ha

---

<sup>134</sup> Oltre alla fattispecie in esame, sembra rientrare nella tematica (del frazionamento) negoziale elusivo della legge fiscale, il frazionamento di terreni prodromico alla vendita degli stessi.

Il proprietario, dopo aver frazionato il terreno, procede ad una vendita delle aree così ottenute a più soggetti, realizzando un'operazione che, ai sensi dell'art. 76, comma 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 potrebbe condurre ad un'elusione dell'imposta sui redditi. La norma considera fatte in ogni caso con fini speculativi, senza possibilità di prova contraria, la lottizzazione o l'esecuzione di opere intese a rendere edificabili terreni inclusi in piani regolatori o in programmi di fabbricazioni e la successiva vendita anche parziale dei terreni stessi.

Tale fattispecie non configura in sé, secondo il costante indirizzo della giurisprudenza, un'operazione speculativa realizzante plusvalenze tassabili, poiché, affinché si verifichi il presupposto impositivo, è necessario che il proprietario realizzi una lottizzazione di terreni o l'esecuzione di opere intese a renderli edificabili (cfr. fra le altre Cass. 7 dicembre 1995, n. 12599, in *Giust. civ.*, 1996, I, 694, con nota di S. SOTGIU, *Sulla tassabilità della plusvalenza derivante da lottizzazione abusiva di terreno*; Comm. centr., sez. X, 8 marzo 1991, n. 1801 e 22 luglio 1991, n. 5692, in *Dir. prat. trib.*, 1992, II, 1103, con nota di A. Pozzo, *La nozione di lottizzazione ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*; Comm. centr., sez. IV, 7 gennaio 1992, n. 128, in *Dir. prat. trib.*, 1992, II, 866, con nota di G. MARONGIU, *Frazionamento dei terreni agricoli e plusvalenze speculative*).

Verrebbero in tal caso a integrarsi gli estremi del reato di lottizzazione abusiva (art. 18, comma 1, della l. 28 febbraio 1985, n. 47), con la conseguenza che il frazionamento sarebbe affetto da nullità (Cass. 5 gennaio 1998, n. 44, in *Iusexplorer*).

La giurisprudenza riconosce, perciò, rilevanza negoziale all'attività di frazionamento, ritenendola attività che, in quanto contraria ad una norma imperativa, deve essere sanzionata con la nullità (cfr. già Cass. 14 dicembre 1992, n. 11426, in *Mass. Giur. it.*, 1992, c. 973; Cass. 9 gennaio 1996, n. 179, in *Mass. Foro it.*, 1996, c. 19).

Anche in questo caso, tuttavia, non è possibile utilizzare le norme indicate, che hanno natura speciale e/o eccezionale: ciò non toglie che la fattispecie implica un riconoscimento del frazionamento quale categoria negoziale, come del resto ammette la stessa dottrina che si è occupata dei riflessi della l. n. 47 del 1985 sull'attività notarile (sul punto, S. CARDARELLI, *La l. 28 febbraio 1985, n. 47, nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1986, I, 269 ss.).

per esso contribuente un'apprezzabile utilità, e quindi un'autonoma giustificazione, "preponderante" rispetto alla supposta finalità elusiva.

Viceversa, facendo applicazione della prospettata ricostruzione dell'operazione in termini di frazionamento contrattuale, il percorso qualificativo si inverte, semplificandosi.

Ove, infatti, alla luce della fattispecie (affare) complessivamente considerata, si accerti che "*quoad effectum*" vi sia corrispondenza fra (l'insieme di contratti che, per le circostanze tutte presenti, siano ricomponibili nell'operazione economica ed il supposto contratto frazionato – circostanza che appare nel caso in esame difficilmente contestabile –, tanto basta a suffragare l'applicabilità, per quanto di ragione, della disciplina (fiscale, ecc.) del contratto frazionato, e ciò senza necessità, per l'amministrazione, di provare un "intento" illecito del frazionamento, esclusivo ovvero concorrente con le funzioni che in concreto svolgono i singoli contratti, posto che la riconducibilità dell'operazione economica (data dal loro insieme) entro lo schema tipico di quel contratto basta come tale a giustificare l'applicazione (forzosa) della relativa disciplina.

---

820

---

Spetterà, a quel punto, al contribuente contrastare l'assunto dell'amministrazione finanziaria, provando che l'insieme dei contratti non è sussumibile, sul piano funzionale, nell'ambito del tipo legale che si assume essere stato frazionato, così spostando il piano di osservazione, dalla funzione svolta dai singoli contratti, alla funzione complessiva dell'operazione economica.

Non si chiede in tal caso la prova di un "*good business purpose*" per l'utilizzo dei singoli contratti che compongono l'operazione, prova che peraltro – oltre ad essere spesso difficile da contrastare, ove il contribuente si appelli alla funzione economica e relativa disciplina dei singoli contratti atomisticamente considerati –, non deve essere fornita dal privato, giacché il sistema prevede, al contrario, che sia l'ordinamento a dover verificare se la funzione economica del negozio posto in essere sia in concreto lecita (artt. 1343, 1344, c.c.).

Evidente, allora, è la differenza di tale impostazione rispetto all'esperienza maturata nell'applicazione del presupposto delle "valide ragioni economiche" richiesto, ad esempio, dal comma 1 dell'art. 37-*bis*, d.P.R. 29 settem-

bre 1973, n. 600<sup>135</sup>, per escludere – presenti nella fattispecie indizi significativi al riguardo – che mediante l'operazione si sia voluta aggirare la normativa (fiscale)<sup>136</sup>.

La “valida ragione economica” che secondo la Corte di Giustizia<sup>137</sup>, deve essere interpretata nel senso di una specifica motivazione, del particolare strumentario contrattuale, che trascende la ricorrenza di una mera agevolazione fiscale, deve intendersi, secondo le regole ed i principi generali del nostro ordinamento giuridico, come coincidente con la funzione tipica del contratto (frazionato) che, nell'assunto degli organi di controllo statale, è in concreto svolta dall'operazione economica conseguente al suo frazionamento, talché spetterà al contribuente a quel punto dover provare che non vi è corrispondenza funzionale fra l'insieme dei singoli contratti che compongono la fattispecie complessa e il contratto (frazionato) soggetto alla maggior imposta<sup>138</sup>.

Né si può, in nome di principi generali (es. “abuso del diritto” *ex* art. 53 Cost.) disattendere le norme generali applicabili, per giungere, in contrasto altresì con l'art. 2697 c.c., ad imporre al contribuente di dover provare che “ha agito per finalità apprezzabili prevalenti rispetto al(l'illegittimo?)

---

<sup>135</sup> Norma per la cui operatività, lo si ricorda (cfr. *retro*, § 1) si richiede, oltre che siano state compiute le operazioni ivi indicate, anche: 1) che gli atti, fatti o negozi, anche collegati fra loro, siano complessivamente diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti; e 2) che tali atti, fatti e negozi siano privi di valide ragioni economiche (cfr. R. LUPU, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, cit., 1099 ss.).

<sup>136</sup> La necessità di allegare “valide ragioni economiche” deriva, nell'impianto dell'art. 37-*bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dalla presenza di tecniche negoziali indicative di un “aggiramento”: sul punto v. R. LUPU, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, cit., 1100, secondo cui «solo in presenza di queste patologie sono necessarie le ‘valide ragioni economiche’, grazie alle quali anche scappatoie o stratagemmi possono divenire inattaccabili dal Fisco».

<sup>137</sup> Corte giust. CE, 17 luglio 1997, causa n. C-28/95, in *Corr. trib.*, 1997, 3666, il cui indirizzo è stato fatto proprio dal Ministero dell'Economica e delle Finanze con il richiamo fattone già nella R.M. 7 luglio 2000, n. 106/E.

<sup>138</sup> In tal modo, a ben vedere, non si opera alcuna inversione dell'onere probatorio, facendo capo all'amministrazione finanziaria ricostruire la fattispecie data dall'insieme di contratti in termini di operazione economica corrispondente al tipo legale di cui, a tal punto, si suppone essersi verificato il frazionamento (per conseguire un illecito risparmio fiscale), mentre, come detto, al contribuente spetterà la prova contraria, e cioè che sul piano effettuale operazione economica e contratto tipico non siano coincidenti, e ciò, al netto di ulteriori effetti derivanti dai singoli contratti, per quanto necessario ad escludere i presupposti che fanno scattare la maggior imposizione fiscale.

fine di ridurre l'imposta applicabile", così in definitiva comprimendo la sua libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.)

A tale stregua rivela la propria pratica utilità la distinzione fra causa (motivi) e intento, nella misura in cui, ove dal contribuente non venga fornita la prova che il complesso degli atti che compongono l'operazione economica si differenzia sul piano funzionale dal contratto (frazionato), tanto basterà a giustificare l'applicabilità dell'imposta per esso dovuta, – in applicazione del ricordato principio (generale), di ordine pubblico (art. 1343 c.c.), di infrazionabilità funzionale del tipo contrattuale – <sup>139</sup>; e ciò in quanto la funzione dell'operazione economica conterrà in concreto, oltre la somma delle funzioni economiche dei contratti (derivanti dal frazionamento), proprio quell'intento ulteriore che verrà in tal modo a distinguere la causa concreta della fattispecie unitariamente considerata, da quella (tipica) del contratto frazionato.

La (ri)qualificazione (art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986) degli atti portati alla registrazione segue in tal modo il suo naturale percorso ermeneutico, che dal (controllo sul) "contenuto" dell'operazione intesa come insieme dei contratti correlati che la compongono risale, mercé la funzione economica che la caratterizza in concreto, alla disciplina applicabile.

Così, su un piano generale, ove a fronte della corrispondenza in concreto fra contratto frazionato e operazione economica (data dall'insieme dei contratti utilizzati, siccome avvinti da un nesso genetico di frazionamento), vi sia divergenza nella disciplina applicabile – essendo disattesa una norma cogente o comunque disapplicata una regola di tutela essenziale nello schema normativo del tipo – tanto basterà a dimostrare, in assenza della prova contraria, la ricorrenza di quell'"intento" di frazionamento che differenzia, appunto, sul piano della causa concreta, il contratto tipico dalla fattispecie complessa data dai contratti che derivano dal suo artificioso frazionamento.

---

<sup>139</sup> In forza del richiamato principio generale, l'ordinamento non può consentire che, in una fattispecie contrattuale regolata sulla base di un'astratta valutazione assiologia degli interessi confliggenti e correlati, vengano pretermesse mediante il suo frazionamento regole da esso ritenute inderogabili.

Sull'analisi funzionale degli interessi quale parametro fondamentale del rapporto obbligatorio – anche per definirne il profilo strutturale – v. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 330.

All'esito di tale controllo (artt. 1322, 1343 c.c.), verranno attivate le sanzioni, tipicamente collegate al controllo di valore dell'atto di autonomia negoziale, che colpiranno i contratti frazionati in quanto e nei limiti in cui siano terminale di un programma – consistente nel conformare loro tramite il contenuto dell'operazione economica – volto a violare o eludere una norma inderogabile del tipo contrattuale, piegando in tal modo (il contenuto e quindi) la funzione concreta dei contratti (derivanti dal suo frazionamento), ad una finalità diversa ed ulteriore rispetto a quella prevista dalla legge.

Non sarà quindi sufficiente – per tornare al caso in esame –, al fine di evitare l'applicazione della maggior imposta, allegare che il conferimento d'azienda e la successiva cessione di quote della conferitaria debbano essere valutati, nell'ambito della "riorganizzazione aziendale", come escludenti, "singolo atto per singolo atto", una "predominante" finalità elusiva del regime fiscale altrimenti applicabile, giacché la qualificazione *ex art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986* della fattispecie complessa data dall'insieme dei contratti utilizzati, nel mostrare la sua corrispondenza sul piano funzionale con il contratto di cessione d'azienda, porterà in luce per contro una divergenza sul piano della disciplina applicabile, conseguente al "frazionamento" (illecito) del contratto.