

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

CAPITOLO 12 – LA SIMULAZIONE

1. La rilevanza della simulazione nel codice civile.....	pag. 389
2. Il fenomeno simulatorio: profili di ricostruzione e struttura della simulazione in ambito contrattuale.....	pag. 394
3. La simulazione relativa.....	pag. 401
4. La disciplina della simulazione.....	pag. 407
5. Analisi giurisprudenziale del fenomeno simulatorio.....	pag. 412
5.1. La simulazione parziale del prezzo: analisi della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 18123 del 2015.....	pag. 412
5.2. Simulazione e regola processuale del litisconsorzio necessario: Cassazione, Sezioni Unite, n. 11523 del 2013 e Cassazione n. 13145 del 2017.....	pag. 417

CAPITOLO 12

LA SIMULAZIONE

1. La rilevanza della simulazione nel codice civile.

Con questo capitolo iniziamo una serie di argomenti che hanno, per così dire, una possibilità di valutazione in una logica tendenzialmente unitaria. Il primo argomento è la simulazione, il secondo sarà la fiducia, il terzo sarà relativo al negozio indiretto, misto, collegato e complesso e, infine, il quarto sarà la destinazione.

Partiamo, quindi, parlando della simulazione. La simulazione, nella sostanza, rappresenta il contrario dell'attività contrattuale. Quest'ultima è un'attività volta al raggiungimento di specifici effetti che conseguono alla scelta di un certo schema di riferimento e la simulazione è il suo contrario perché, con essa, si dichiara qualcosa di cui non si vogliono assolutamente gli effetti. In altre parole, la simulazione è l'attività che costituisce, rispetto al contratto, l'altro versante del fenomeno: apparentemente si dichiara qualcosa, ma, in realtà, non si vuole alcun effetto.

La simulazione risulta, abbondantemente, regolata dal Codice Civile attuale. Parlando di simulazione, la mente corre al *Code Civil* francese del 1804 ed al Codice Civile italiano del 1865, in cui, viceversa, al tema veniva dedicata una sola disposizione normativa dettata con riferimento all'elaborazione della figura delle cosiddette controdichiarazioni. Esse, in particolare, venivano considerate rilevanti, nei rapporti fra le parti, nel caso dell'utilizzazione della scrittura privata; nel caso, invece, di atto pubblico l'effetto si estendeva anche nei confronti dei terzi. Bisogna, fin da subito, chiedersi se la presenza della controdichiarazione sia necessaria ai

fini dell'individuazione del fenomeno simulatorio. Al di là delle indicazioni contenute nel codice francese e nel codice del 1865, si ritiene che essa non sia sufficiente perché il potere della menzogna va al di là di ogni indicazione normativa: niente vieta che si possa dire qualunque cosa e la realtà possa essere completamente diversa.

Nell'ambito del codice civile del 1942, la simulazione è disciplinata, in primo luogo, dagli articoli 1414 – 1417.

Artt. 1414 – 1417
C.C.

In primo luogo, all'articolo 1414 c.c. – *“Effetti della simulazione tra le parti”* – si prevede: *«Il contratto simulato non produce effetto tra le parti.*

Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma.

Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario».

Innanzitutto, quindi, si ha una disciplina che ha ad oggetto la relazione fra le parti, ossia il modo di configurare il rapporto tra le parti fra cui è, per così dire, intercorsa un'operazione simulatoria. In particolare, al primo comma dell'articolo 1414 c.c. si stabilisce che, nelle ipotesi di simulazione assoluta, il contratto simulato non produce alcun effetto fra le parti. L'immagine giuridica che emerge dal primo comma dell'articolo 1414 c.c. è una visione favorevole alla simulazione, in quanto si riconosce che le parti possano realizzare, tra di loro, un contratto simulato e, in questo caso, tra le medesime parti, non si produrranno gli effetti di quanto hanno dichiarato, ma gli effetti di quanto è stato oggetto dell'accordo simulatorio. In altri termini, il legislatore ha scelto di far prevalere la sostanza del fenomeno: si ha un inganno, un comportamento di puro fatto che,

laddove sia possibile, deve emergere. Al secondo comma, invece, si prende in considerazione la possibilità di aversi, accanto alla simulazione assoluta, ipotesi di simulazione relativa. In quest'ultimo caso, come vedremo meglio in seguito, è il contratto dissimulato che produce i suoi effetti fra le parti. Infine, al terzo comma dell'articolo 1414 c.c., si ampliano le possibili ipotesi di rilevanza del fenomeno simulatorio. Si parla, infatti, di simulazione dell'atto unilaterale.

Vi è, poi, l'articolo 1415 c.c. – *“Effetti della simulazione rispetto ai terzi”* – nel quale si va al di là del riferimento alla relazione puramente *inter parters* e ci si colloca nella visione della situazione rispetto ai terzi.

Successivamente, l'articolo 1416 c.c. – *“Rapporti con i creditori”* – il quale disciplina il rapporto, non in riferimento ai terzi generici, ma facendo specifico riferimento ai creditori.

Infine, l'articolo 1417 c.c. – *“Prova della simulazione”* – che affronta il problema, fondamentale nell'ambito di questa situazione, della prova della simulazione. Non è soltanto sufficiente il compimento dell'attività da cui scaturisce la simulazione, ci si pone, anche, davanti al problema della disciplina dei mezzi con cui è possibile provare la simulazione. Le questioni relative alla prova della simulazione, come vedremo, sono estremamente problematiche perché, quando si parla di simulazione, ci poniamo all'interno di una relazione *inter parters*, in ordine alla quale, innanzitutto, le parti stesse hanno problemi: anche per loro si pone la difficoltà in ordine alla prevalenza della realtà o del documento. Tali problematiche, evidentemente, si pongono anche rispetto ai terzi.

Siamo, quindi, di fronte ad una situazione composita e complessa che risulta, anche, dalla pluralità dei dati normativi che caratterizzano tale ipotesi.

All'interno del codice civile, si hanno anche altre ipotesi di simulazione.

Si parla di simulazione, per esempio, all'interno dell'articolo 2652, n. 4, c.c. – *“Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi”* – che prevede che si debbano trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati all'articolo 2643 c.c., *«le domande dirette all'accertamento della simulazione di atti soggetti a trascrizione»*. Pertanto, nel momento in cui si instaura il giudizio, si deve trascrivere la domanda giudiziale diretta all'accertamento della simulazione se si vogliono raggiungere gli effetti protettivi tipici della trascrizione delle domande giudiziali. Come abbiamo già avuto modo di dire, la trascrizione della domanda fa sì che, al momento della trascrizione della sentenza, gli effetti della stessa retroagiscano al momento della trascrizione della domanda giudiziale. Infatti, nella parte successiva dell'articolo in commento si aggiunge: *«La sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda»*.

Art. 2652 n. 4 c.c.

Esiste poi, all'interno del codice civile, l'articolo 123 – *«Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti»*.

Art. 123 c.c.

L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima».

Rispetto a questa ipotesi, occorre, innanzitutto, chiedersi se la formulazione utilizzata dal codice civile, con il riferimento al mancato adempimento degli obblighi e al mancato esercizio dei diritti discendenti dal matrimonio, sia esatta. Si ritiene che tale

formulazione sia, altamente, imprecisa perché la celebrazione del matrimonio non comporta, in maniera assoluta, il rispetto degli obblighi e l'esercizio dei diritti che sono previsti dal legislatore. I coniugi sono liberi di vivere la loro realtà matrimoniale nella più completa libertà: il rapporto reale fra i coniugi è totalmente diverso dalla dimensione normativa. Il matrimonio non è un contratto. Gli obblighi e i diritti che discendono da un matrimonio sono dei giuochi di parole che poco hanno a che fare con la realtà matrimoniale. I coniugi si comportano in un determinato modo, non perché obbligati, ma perché lo vogliono. Pertanto, la formula dell'articolo 123 c.c. è imprecisa: non è tanto un problema di adempimento di obblighi o di esercizio di diritti, ma è un problema che caratterizza la stipulazione del matrimonio, il fatto che ci si presenta davanti ad un soggetto per dichiarare la volontà di sposarsi. È tale volontà che può essere oggetto di simulazione. Il fenomeno simulatorio si manifesta nell'ambito del matrimonio quando ci si presenta davanti al soggetto, che ha il potere di celebrare il matrimonio e, in virtù di un accordo fra i coniugi, non si vuole il matrimonio stesso. Nella sostanza, per aversi simulazione del matrimonio è necessario che ci sia un accordo fra due soggetti che si sposano, soltanto, apparentemente.

Infine, vi è l'ipotesi di cui all'articolo 164 c.c. – *“Simulazione delle convenzioni matrimoniali”* – il quale prevede: *«È consentita ai terzi la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali. Le controdiichiarazioni scritte possono aver effetto nei confronti di coloro tra i quali sono intervenute, solo se fatte con la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni matrimoniali».*

Art. 164 c.c.

2. Il fenomeno simulatorio: profili di ricostruzione e struttura della simulazione in ambito contrattuale.

Prima di entrare nel merito della valutazione del fenomeno simulatorio, è opportuno soffermarsi, innanzitutto, sulla logica con cui valutare la simulazione. Si tratta di un profilo non secondario perché, quando siamo in presenza di una simulazione del contratto, è fondamentale la scelta del profilo, nell'ambito del quale collocarsi per dare una risposta sulla realtà del fenomeno simulatorio.

Si ha simulazione quando le parti dichiarano di apparentemente volere un determinato effetto negoziale che, in realtà, non vogliono. Non è voluto perché, o non è voluto niente, e si ha, allora, l'ipotesi della simulazione assoluta. Oppure, è voluto qualcosa di diverso e si ha, allora, l'ipotesi della simulazione relativa. Quindi, non è voluto alcunché, dal punto di vista degli effetti negoziali (simulazione assoluta). Oppure, sono voluti effetti negoziali diversi (simulazione relativa).¹

*Simulazione
come situazione
di volere
apparente*

In ordine al fenomeno simulatorio, come abbiamo detto sopra, la prima domanda da porsi è quella relativa alla logica con cui si deve valutare il fenomeno in esame per comprenderlo nella sua sostanza. A livello storico, il fenomeno simulatorio viene valutato in maniera specifica a partire dalla fine dell'ottocento. Il riferimento è alla situazione, caratteristica di quello specifico momento storico, relativa alla teoria del negozio giuridico. In altri termini, si valuta la simulazione attraverso il negozio giuridico.

L'idea classica del negozio giuridico, come manifestazione di volontà, diventa determinante, anche, per la valutazione del

¹ Per quanto concerne la simulazione relativa, essa può specificarsi in vari modi: si può avere simulazione di tutto il negozio – si dà luogo ad un negozio volendo però gli effetti di un negozio diverso – o solo di una parte di esso – si dà vita ad un negozio ma, in realtà, è voluto un aspetto del negozio diverso da ciò che viene dichiarato.

fenomeno simulatorio. Pertanto, dal negozio si passa alla simulazione: il negozio come manifestazione di libertà; la simulazione come contrasto fra volontà e dichiarazione. Questo è il primo passo nella comprensione del fenomeno simulatorio.

In tempi più recenti, ci si colloca in una dimensione di carattere ulteriore che si pone nell'ottica di tutelare, non soltanto la posizione di chi fa una certa dichiarazione, ma anche dei terzi che, quando sono in presenza di una certa manifestazione esteriore, prendono per buona la dichiarazione ed operano con riferimento alla stessa.

Nel progresso dei tempi, non è più ammissibile che, rispetto ad un contratto simulato, il terzo possa sentirsi opporre, dall'autore della dichiarazione, la mancanza della volontà. Si sviluppa, quindi, l'idea della simulazione come dissociazione fra volontà e dichiarazione. Nella simulazione, in sostanza, si ritiene che ci sia un evidente conflitto fra volontà e dichiarazione: la simulazione si ha quando, a seguito dell'accordo intercorso fra le parti, quanto da esse dichiarato non è voluto.

Questo modo classico, tipico di intendere la simulazione è effettivamente sufficiente per caratterizzare il fenomeno? Quando le parti si mettono d'accordo per simulare un contratto, possiamo dire che, effettivamente, c'è una situazione di contrasto fra volontà e dichiarazione?

Si ritiene che non sia proprio così, che la suddetta formulazione sia imprecisa. Quando ci si mette d'accordo per, apparentemente, dichiarare un contratto di compravendita come si fa a dire che non è voluto? Come si fa a dire che non è voluta la dichiarazione nel contenuto della stessa?

Ragionare in questo modo significa porsi in un'ottica difforme, rispetto alle caratteristiche stesse del fenomeno simulatorio. Simulare

significa dichiarare apparentemente una volontà, quindi, sono volute sia la dichiarazione che il suo contenuto. È sbagliato dire che nella simulazione non è voluta la dichiarazione perché l'inganno posto in essere dalle parti sussiste perché le stesse dichiarano una certa volontà. Che cosa, quindi, non è, in realtà, voluto? Non è voluta l'esecuzione del contratto. Per esempio, in caso di simulazione di un contratto di compravendita, non è voluto il trasferimento e non è voluto il pagamento del prezzo. Ciò che, nella sostanza, non è voluto, nell'ambito dell'operazione simulatoria, è la realtà giuridica di ciò che è stato dichiarato.

Secondo una diversa impostazione, la simulazione si sostanzia in un contrasto fra causa tipica ed intento pratico. Questa immagine del fenomeno simulatorio pone l'accento sulla dissociazione – sul contrasto – fra la funzione del negozio e l'intento pratico delle parti, ossia di coloro che pongono in essere tale negozio. In altri termini, secondo questa diversa tesi, nella simulazione la causa tipica del negozio simulato è superata dall'intento, dallo scopo pratico raggiunto dalle parti.

Vi è, poi, una terza ricostruzione del fenomeno simulatorio che si pone nell'ambito della teoria del negozio come dichiarazione. All'interno di questa teoria, si ricostruisce il fenomeno simulatorio sotto il profilo della doppia dichiarazione: una dichiarazione fittizia (palese) – quella su cui si basa l'esistenza del negozio simulato – e una dichiarazione reale che rimane occulta. La dichiarazione fittizia (palese) è ciò su cui si fonda il negozio simulato; la dichiarazione reale (occulta) è ciò che è all'origine della simulazione e che si colloca all'interno dell'accordo simulatorio. Anche questo tipo di impostazione non convince.

Innanzitutto, la distinzione fra dichiarazione palese e dichiarazione occulta non è esatta perché esse hanno, in realtà, una diversa natura. La dichiarazione reale (occulta) è una dichiarazione realmente intesa e voluta. La dichiarazione fittizia (palese) non è una vera dichiarazione ma è quello che potremmo definire un comportamento dichiarativo, un atteggiamento in linea di fatto a cui si può attribuire la natura dichiarativa, ma che non ha un reale contenuto dichiarativo.

In secondo luogo, secondo questa impostazione, da un lato, il contratto simulato è esistente come dichiarazione negoziale ed è, in quanto tale, valido. Dall'altro lato, il contratto simulato è valido ma inefficace, cioè la volontà delle parti agisce sull'efficacia del contratto, nel senso di paralizzarlo, per quanto riguarda il rapporto fra le parti stesse. In altri termini, nell'ambito della valutazione della simulazione, il negozio esiste ma è inefficace. Anche quest'ultima considerazione non sta in piedi perché si ritiene che il negozio simulato non sia esistente ed inefficace.

Dopo aver preso in considerazione le diverse modalità di ricostruzione del fenomeno simulatorio ed aver constatato che nessuna di esse appare soddisfacente, proponiamo una diversa ricostruzione della simulazione.

*Simulazione come
situazione di
inesistenza del
negozio*

Si ritiene, infatti, che il fenomeno simulatorio non sia una situazione a cui si possa ascrivere natura negoziale, che sia una situazione cui si possa ascrivere la qualifica in termini di esistenza del negozio. In questo paragrafo, quindi, proponiamo una ricostruzione del fenomeno simulatorio in termini di inesistenza del negozio. Nella sostanza, nella simulazione, piuttosto che in una situazione di negozio esistente ed inefficace, siamo in presenza di una situazione di inesistenza del negozio, di un'ipotesi di comportamento negoziale apparente.

Nella simulazione, le parti agiscono ponendo in essere dei comportamenti in linea di fatto: si accordano, dopodiché pongono in essere l'apparente dichiarazione. Il comportamento dichiarativo, per così dire, è idoneo a far sì che si abbia una valutazione, da parte dei terzi, circa il reale stato dei rapporti negoziali. In altri termini, le parti agiscono in linea di fatto, ponendo in essere comportamenti apparenti esecutivi del negozio, apparentemente, dichiarato.

*Simulazione
come
comportamento
ingannatorio in
linea di fatto*

Per queste ragioni, il negozio simulato non è un negozio, è, come abbiamo detto, un comportamento in linea di fatto privo di sostanza giuridica. Da ciò deriva la ricostruzione del fenomeno in termini di inesistenza. Nell'ambito della simulazione, siamo in presenza di una situazione di inesistenza del negozio perché il fenomeno simulatorio pone in essere un'operazione in linea di fatto che risulta perfettamente contraria a quella che è la realtà negoziale.

*L'inesistenza del
negozio simulato*

Nella simulazione manca l'intento giuridico del rapporto, manca la possibilità di parlare di negozio perché non si hanno gli elementi giuridici specifici di tale realtà. Le parti pongono in essere un comportamento ingannatorio, in linea di fatto, che crea nei terzi l'immagine di un fenomeno che, viceversa, non esiste. La simulazione è puro fatto. Si pone l'accento esclusivamente sul comportamento ingannatorio, posto in essere dai privati.

Entrando nel merito della considerazione del fenomeno simulatorio, soffermiamoci, innanzitutto, su un'ipotesi specifica, ossia la simulazione dell'atto unilaterale

Come abbiamo anticipato nel primo paragrafo, l'articolo 1414, comma 3, c.c. così recita: «*Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo fra il dichiarante e il destinatario*».

*La simulazione
degli atti unilaterali*

Rispetto al contenuto della disposizione suddetta, occorre dire, in primo luogo, che essa è scontata e superflua perché è proprio dell'azione simulatoria il fatto di potersi attuare in ordine, sia al contratto, sia a qualsiasi atto giuridico, quindi, anche in ordine all'atto unilaterale. Nulla vieta di considerare oggetto della simulazione, anche, l'atto unilaterale, qualora si abbia un accordo simulatorio fra l'apparente dichiarante e la persona destinataria degli effetti dell'atto unilaterale medesimo.

In secondo luogo, vista la formulazione letterale della disposizione, bisogna chiedersi se la simulazione dell'atto unilaterale possa aversi soltanto nelle ipotesi in cui la dichiarazione sia portata a conoscenza di una persona determinata.

Cosa accade, viceversa, nelle ipotesi in cui l'atto unilaterale abbia un destinatario indeterminato? Per esempio, nell'ambito della promessa unilaterale, è possibile avere un accordo simulatorio fra il dichiarante e uno dei soggetti a cui questa dichiarazione è destinata?

Si ritiene che, anche, in questi casi sia possibile parlare di simulazione. Pertanto, nel caso di accordo simulatorio tra il cosiddetto apparente dichiarante ed uno dei soggetti destinatari, in riferimento al rapporto intercorrente fra questi due soggetti, si avrà una situazione di negozio simulato, per cui, evidentemente, gli effetti dell'atto non si potranno produrre a vantaggio di quel destinatario. Altra sarà la situazione per quanto riguarda il rapporto fra il dichiarante e gli altri destinatari indeterminati dell'atto unilaterale.

In quest'ipotesi si avrà, nella sostanza, una doppia immagine, un doppio profilo di valutazione dello stesso analogo fenomeno: fra i soggetti tra cui intercorre l'accordo simulatorio si ricadrà nell'ambito del fenomeno simulatorio; per quanto riguarda gli altri destinatari si

ricadrà, invece, nell'ambito del negozio realmente voluto e produttivo di effetti.

A questo punto, scendendo a valutare la struttura dell'operazione simulatoria, passiamo a considerare l'accordo simulatorio. Esso è ciò da cui prende origine l'operazione simulatoria: per aversi simulazione ci vuole l'accordo.

*Accordo
simulatorio*

Innanzitutto, dobbiamo domandarci se la sostanza dell'accordo simulatorio possa essere ricondotta nell'ambito del contratto e, in particolare, nell'ambito del contenuto dell'articolo 1321 del codice civile. Se si ragiona in termini contrattuali, l'accordo simulatorio dovrebbe essere considerato produttivo di effetti fra le parti. Si ritiene, però, che non sia possibile ricondurre l'accordo simulatorio nell'ambito del contratto.

Per comprendere quale sia la natura dell'accordo simulatorio si devono fare altre valutazioni. In primo luogo, esso potrebbe essere ricondotto all'interno del negozio di accertamento, ma anche questa ricostruzione non è soddisfacente: accordo simulatorio e negozio di accertamento sono sue ipotesi diverse. Altri ritengono che l'accordo simulatorio sia una convenzione interpretativa con cui le parti danno un senso specifico a ciò che hanno dichiarato. Si tratta, però, di giochi di parole che non risultano rappresentativi del fenomeno in questione.

In realtà, l'accordo simulatorio non è altro che l'intento (intesa) comune delle parti che, d'accordo, danno luogo ad una dichiarazione apparente. Da ciò consegue che, per la predisposizione dell'accordo simulatorio, non è necessario alcun requisito di forma. Abbiamo già avuto modo di dire che la simulazione può sussistere anche in forma orale, purché sia in grado di fondare il comportamento ingannatorio apparente.

L'accordo simulatorio è, nella sostanza, il momento necessario, la base, il primo degli atti da cui scaturisce l'operazione simulatoria che sarà perfetta nel momento in cui, oltre all'accordo come intento comune, si abbia la realizzazione del cosiddetto negozio simulato.

Altro elemento dell'operazione simulatoria è la cosiddetta controdichiarazione. Le controdichiarazioni non sono necessarie per la realizzazione dell'operazione simulatoria; esse sono un mero elemento di prova, costituiscono un documento che le parti predispongono per rappresentarsi, vicendevolmente, quella che è la realtà del negozio simulato. La controdichiarazione può essere, anche, intesa in senso ampio, nell'ipotesi in cui provenga da una sola delle parti dell'accordo simulatorio.

Controdichiarazione

3. La simulazione relativa.

Soffermiamoci, ora, sui problemi che si pongono nell'ambito della simulazione relativa. Come abbiamo già detto, la simulazione relativa si ha quando l'accordo simulatorio prevede la predisposizione di un negozio simulato e di un negozio reale. Il negozio simulato ha, in quest'ipotesi, l'obiettivo di tenere nascosta ai terzi la realtà dei rapporti risultanti dal negozio dissimulato.

A tal proposito, come precedentemente anticipato, l'articolo 1414, comma 2, c.c. stabilisce che se *«le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma»*.

Art. 1414/2 c.c.

La disposizione in commento si pone il problema dell'efficacia del contratto dissimulato. Secondo quanto previsto dalla norma, in caso di simulazione relativa, non si avranno gli effetti del contratto

simulato, ma si avranno, tra le parti, gli effetti del contratto dissimulato.

Rispetto al contenuto della suddetta disposizione normativa, occorre sottolineare che, nell'ipotesi della simulazione relativa, perché fra le parti possa produrre effetti il negozio dissimulato è necessario che sussistano i requisiti di forma e di sostanza del medesimo negozio dissimulato. Tale indicazione normativa dà luogo a delle difficoltà, in ordine all'individuazione del riferimento che deve sussistere perché possano aversi effetti, fra le parti, corrispondenti al contratto dissimulato.

*Necessaria
sussistenza dei
requisiti di forma
e di sostanza del
negozio
dissimulato*

Una prima possibilità di valutazione può essere riferita all'esistenza dei requisiti di forma e di sostanza richiesti per il contratto simulato. In altri termini, secondo una prima impostazione, per poter realizzare quanto previsto dall'articolo 1414/2 c.c., è necessario che sussistano i requisiti di forma e di sostanza del contratto simulato. Secondo un'altra impostazione, i requisiti di sostanza e di forma dovrebbero essere riferiti al contratto dissimulato.

Pertanto, due sono le possibilità: o si valuta quello che è stato manifestato all'esterno e che è stato posto in essere nell'esercizio di un'attività in linea di fatto, oppure si valutano i requisiti di forma e di sostanza con riferimento al contratto dissimulato. Si tratta di un'alternativa, rispetto alla quale non è facile dare una risposta univoca per le evidenti difficoltà di valutazione che emergono dalla lettera dell'articolo 1414/2 codice civile.

A ciò si deve aggiungere che, se si dovessero riferire i requisiti di forma e di sostanza al contratto dissimulato, si avrebbe l'ulteriore conseguenza della circoscrizione della simulazione relativa. È, chiaramente, difficile che le parti, nel momento in cui pongono in essere una simulazione relativa, rendano evidenti i requisiti del

contratto dissimulato. Ciò sussiste all'interno dell'accordo intercorso fra le parti, ma è ben difficile che ciò venga manifestato all'esterno. In particolare, il problema riguarda i requisiti di forma. Infatti, se si richiede che i requisiti di forma e di sostanza debbano essere quelli richiesti per il contratto dissimulato, laddove fossimo in presenza di un negozio per la cui validità è necessario l'atto pubblico, dovremmo ritenere che tale forma pubblica si debba attuare, anche e in primo luogo, al negozio dissimulato, con ciò contraddicendo a quella che è la struttura tipica della simulazione relativa. È ovvio che, seguendo questa impostazione, si restringerebbero le possibilità, per le parti, di dar luogo alla simulazione relativa.

Fatta questa prima precisazione, vediamo, nello specifico, cosa si debba intendere per requisiti di forma e di sostanza. La formulazione della norma in commento, infatti, risulta particolarmente problematica perché requisiti di sostanza e di forma sono due aspetti che non stanno sullo stesso livello e che necessitano di considerazioni diverse. Rispetto a tali questioni, però, il secondo comma dell'articolo 1414 c.c. non offre alcuna risposta.

Evidentemente, quindi, la risposta ai suddetti interrogativi è rimessa all'attività discrezionale dell'interprete chiamato ad attribuire un significato al secondo comma dell'articolo 1414 del codice civile. A tal proposito, proponiamo, di seguito, l'unica soluzione che, ad avviso di chi scrive, risulta praticabile, ai fini dell'individuazione specifica dei requisiti di forma e di sostanza richiesti per l'efficacia, fra le parti, del contratto dissimulato.

Per quanto riguarda i requisiti di sostanza, essi, in senso pratico, devono essere riferiti alla sostanza giuridica di ciò che è stato voluto realmente. Pertanto, in questa logica, i requisiti di sostanza non sono altro che i requisiti di liceità, ossia la non contrarietà della situazione

*Requisiti di
sostanza*

contrattuale, che è stata realizzata dalle parti, rispetto ai valori essenziali del sistema giuridico. Si ritiene, quindi, ammissibile il contratto dissimulato che non sia in conflitto con normative specifiche dell'ordinamento, che non sia, nella sostanza, illecito. I requisiti di sostanza possono essere considerati, anche, facendo riferimento ad una valutazione: cioè, ciò che è stato dichiarato nel contratto simulato è tale da contenere al suo interno, dal punto di vista degli elementi del rapporto contrattuale, anche la sostanza giuridica del contratto dissimulato? In altre parole, si tratta di verificare se vi è una compatibilità fra la sostanza del contratto simulato e ciò che è necessario perché il contratto dissimulato abbia realmente vita.

Per quanto riguarda i requisiti di forma, è necessario stabilire se il contratto dissimulato sussiste, da un punto di vista formale. Per esempio, facciamo il caso di una compravendita che nasconde una donazione. Perché la donazione abbia effetto, fra le parti, è necessario che sussistano tutti i requisiti di forma previsti per il perfezionamento di tale negozio? Oppure è sufficiente che il requisito di forma, previsto ai fini della validità del contratto dissimulato, sia presente nella dichiarazione da cui risulta l'esistenza del contratto simulato? In riferimento ai requisiti di forma, per poter attribuire un senso pratico e compiuto a ciò che risulta dal secondo comma dell'articolo 1414 c.c., si ritiene che essi devono essere presenti nell'ambito del contratto simulato. Nella sostanza, i requisiti di forma devono essere individuati nell'ambito del negozio simulato, il quale deve essere redatto in maniera conforme a ciò che è previsto per la validità del negozio dissimulato. Per esempio, se si ha una vendita (contratto simulato) che nasconde una donazione (contratto

Requisiti di forma

dissimulato), la vendita deve essere fatta per atto pubblico alla presenza di due testimoni.

Un ultimo aspetto da considerare è quello dell'esecuzione del contratto dissimulato. Come abbiamo detto, nell'ipotesi della simulazione relativa, non opera, fra le parti, ciò che è stato apparentemente dichiarato, ma opera il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma. Il contratto dissimulato, però, deve essere eseguito. Esso è un atto giuridico che appartiene alla logica del sistema, ciò, quindi, comporta la necessità di applicare, per quanto riguarda gli effetti, tutti i limiti previsti a livello normativo. Pertanto, per quanto riguarda l'esecuzione del contratto dissimulato, dovranno, per esempio, essere rispettati i limiti previsti in materia di prescrizione.

Nell'ambito della simulazione relativa, è possibile individuare altre due diverse ipotesi di simulazione.

Una prima ipotesi, specifica, di simulazione relativa è la cosiddetta simulazione parziale. Quando si parla di simulazione parziale, si fa riferimento a quelle ipotesi in cui si è simulato, non l'intero negozio, ma soltanto un aspetto, un momento di quella realtà negoziale che risulta dichiarata. La simulazione parziale si ha, in particolare, quando viene dichiarato un valore, riferito a certe operazioni contrattuali, che però non è corrispondente al prezzo sostanziale, ma ne costituisce solo una porzione. Come vedremo anche attraverso l'analisi di una sentenza, nell'ambito della compravendita immobiliari oggi, ma soprattutto in passato, era frequente che, per ragioni fiscali, venisse dichiarato un prezzo che, però, non corrispondeva a ciò che veniva realmente pagato per l'acquisto del bene immobile compravenduto.

*Simulazione
parziale*

In questi casi, quindi, si ha un contratto dichiarato di cui è voluto un effetto – per esempio, l'effetto traslativo e quello relativo al

pagamento del prezzo – ma il prezzo indicato non è quello che viene realmente corrisposto. Probabilmente, nelle ipotesi suddette, non è totalmente esatto utilizzare il termine simulazione parziale, soprattutto, se si considera che la caratteristica di queste ipotesi è quella di valutare, in modo complessivo, la situazione economica. Ecco perché sarebbe, forse, più giusto anche in questi casi rientrare nell'ambito della simulazione relativa: anche nella simulazione parziale, nella sostanza, si stipula un negozio dissimulato che è diverso da quello apparentemente dichiarato.

Altra ipotesi particolare di simulazione relativa, è la simulazione soggettiva. In quest'ipotesi viene configurato come una delle parti del contratto un soggetto che non è la reale controparte che, viceversa, è un altro soggetto. Si ricade, quindi, nell'ambito di quella che viene definita interposizione fittizia di persona che si distingue dall'interposizione reale di persona che si ha quando agisce in via sostitutiva.

*Simulazione
soggettiva*

L'interposizione reale di persona si ha quando un soggetto si sostituisce ad un altro nello svolgimento delle attività contrattuali. Gli effetti del contratto, però, sono destinati a ricadere in via finale all'interno della sfera, non del soggetto che opera in qualità di sostituto, ma all'interno della sfera giuridica del soggetto sostituito. È necessario un momento di legittimazione che si realizza o attraverso la rappresentanza, oppure attraverso il mandato.

L'ipotesi dell'interposizione fittizia di persona che, come detto, ricade nell'ambito della figura della cosiddetta simulazione relativa, non si ha una semplice sostituzione, ma si ha un soggetto che agisce sulla base di un accordo che lega tre soggetti: l'interponente, il terzo e l'interposto. Pertanto, l'operazione contrattuale che viene realizzata con questo genere di meccanismo produrrà effetti vincolanti solo per

l'interponente ed il terzo. L'attività realizzata dall'interposto non corrisponde, quindi, ad un obbligo perché alla base dell'operazione vi è un accordo in forma simulatoria che, come tale, non è dotato di legittimazione giuridica.

In altre parole, in una situazione di simulazione soggettiva, l'accordo simulatorio che si sostanzia in un comportamento in linea di fatto fa sì che gli effetti siano destinati a ricadere, esclusivamente, all'interno della sfera giuridica dell'interponente e del terzo e a non toccare la sfera giuridica dell'interposto.

4. La disciplina della simulazione.

Dopo aver inquadrato il fenomeno simulatorio in termini generali, soffermiamoci sul contenuto degli articoli 1415 – 1416 del codice civile.

In primo luogo, prendiamo l'articolo 1415 c.c. – *“Effetti della simulazione rispetto ai terzi”*. Leggiamo, innanzitutto, il secondo comma dell'articolo 1415 c.c., il quale così statuisce: *«I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti»*. Ciò significa che, altro è la logica della disciplina per quanto attiene ai rapporti fra le parti, altro è la logica della disciplina quando vengono toccati interessi di terzi.

Articolo 1415/2 c.c.

La simulazione, evidentemente, altera la realtà dei fenomeni, dà luogo ad un'immagine di carattere particolare, per cui, la valutazione di ciò caratterizza tale ipotesi deve, necessariamente, prendere in considerazione anche la posizione dei terzi che hanno, a seguito dell'operazione simulatoria, l'interesse a mantenere intatta la loro sfera economica e giuridica.

Il primo comma dell'articolo 1415 c.c., invece, dice: *«La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione»*. In primo luogo, è necessaria una lettura combinata dell'articolo 1415, comma 1, c.c. e dell'articolo 2652, n. 4. c.c. che, come abbiamo già detto, stabilisce la trascrizione della domanda giudiziale di accertamento della simulazione. In secondo luogo, occorre sottolineare che il contenuto della norma in commento non è altro che il frutto di una valutazione corrente e normale del fenomeno simulatorio. Ciò perché, a seguito di quanto è stato realizzato in forma simulatoria, può essersi realizzato, nel frattempo, un trasferimento dei diritti dal simulato acquirente ad un terzo. È, quindi, nell'ambito di questa ipotesi che si colloca quanto detto dal primo comma dell'articolo 1415 del codice civile. In particolare, secondo la suddetta norma, si fa salvo l'acquisto del terzo se esso è stato realizzato secondo buona fede.

La buona fede non è altro che ciò che caratterizza la disciplina, in senso generale, del compimento dell'attività giuridica, la quale, in passato, era considerata con riguardo, più che altro, alla situazioni che si erano realizzate. Viceversa, oggi, prevale la logica della tutela della buona fede che fa sì che, in certe ipotesi, si abbia una valutazione complessiva del fenomeno traslativa che fa prevalere l'immagine della cosiddetta fattispecie normativa. Nello specifico, si ha fattispecie normativa quando la catena degli effetti prevede, precedentemente, la realizzazione di una pluralità di fatti che, combinati nella loro complessità, costituiscono l'antecedente da cui scatta l'effetto giuridico dell'acquisto. Secondo questa logica, quindi, non è detto che ci sia il trasferimento in senso pieno perché è necessario e sufficiente

che colui che pone in essere il trasferimento realizzi uno di quei fatti originari che unito insieme ad un altro fatto – la buona fede – danno luogo alla fattispecie complessa da cui scaturisce l'effetto giuridico.

Vi è da aggiungere un'ulteriore considerazione. In questa ipotesi, infatti, abbiamo una situazione che si sostanzia nell'acquisto da parte del terzo, il quale, a seguito di tutto quello che abbiamo sopra descritto, viene tutelato nella logica dell'ordinamento dello Stato. Rispetto al meccanismo sopra descritto, occorre chiedersi se il terzo possa rinunciare all'effetto traslativo, oppure se esso deve, necessariamente, realizzarsi. Si ritiene che tale acquisto, tutelato sulla base del valore superiore dell'ordinamento dello Stato, sia comunque rinunciabile. Anche in questo caso, infatti, deve prevalere una logica di carattere sostanziale: certo, da un punto di vista formale, l'acquisto sarebbe perfetto, però, non è detto che tale acquisto, fondato sulla logica dello Stato, debba imporsi sulla volontà del singolo che non ritiene di aderire alla suddetta impostazione e che vuole, viceversa, far prevalere la logica sostanziale.

L'articolo 1416 c.c. – “*Rapporti con i creditori*” – offre una valutazione specifica della questione generale della rilevanza del fenomeno simulatorio nei confronti dei terzi.

Articolo 1416
c.c.

Esso così recita: «*La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato.*»

I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato.» Pertanto, come si evince dalla lettera della norma in commento, anche in questo caso prevale la logica della

buona fede e la logica di ciò che si è realizzato, secondo la catena di atti posti in essere dai diversi soggetti coinvolti.

Per concludere, l'articolo 1417 c.c. ci offre l'occasione per riflettere sulle questioni relative alla prova della simulazione. Uno degli elementi più problematici della valutazione del fenomeno simulatorio è, infatti, senz'altro, costituito dal momento della prova della simulazione, ossia della dimostrazione della reale sostanza di ciò che le parti hanno, effettivamente, posto in essere nel momento in cui hanno apparentemente dichiarato, manifestato all'esterno il contratto simulato.

Lo strumento che, normalmente, rende possibile l'accertamento del fenomeno simulatorio è costituito dalla controdedichiarazione, la quale priva di reale valenza giuridica ciò che è stato apparentemente dichiarato all'esterno. Il problema si pone nei casi in cui non sussista una controdedichiarazione, oppure nei casi in cui, colui che deve dare la prova della simulazione, non ha, materialmente, la controdedichiarazione medesima.

La disciplina dell'articolo 1417 c.c. – *“Prova della simulazione”* – vale, appunto, nelle ipotesi in cui, per varie ragioni, manchi la controdedichiarazione.

Articolo 1417 c.c.

Esso così statuisce: *«La prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti, se la domanda è proposta da creditori o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti».*

Innanzitutto, occorre sottolineare che l'articolo 1417 c.c. parla espressamente di prova per testimoni, in realtà, però, il problema della prova della simulazione riguarda tutti gli strumenti di prova che sono previsti nell'ambito del codice civile (testimoni, presunzioni,

giuramento, confessione). Rispetto a ciò, quindi, la norma in commento non appare completa.

Secondo tale norma, in primo luogo, i creditori ed i terzi non incontrano limiti di carattere giuridico, dal punto di vista di ciò che è necessario per aversi la prova per testimoni della simulazione. Viceversa, le parti possono utilizzare la prova per testimoni, soltanto, se intendono far valere l'illiceità del contratto dissimulato.

La norma in commento, quindi, appare particolarmente problematica. Essa, tra l'altro, pone anche la necessità di far riferimento a quanto previsto dagli articoli 2721, e seguenti, del c.c., in cui si disciplina la prova testimoniale. Come vedremo in seguito, molto spesso nella giurisprudenza si fa una valutazione combinata e complessa dell'articolo 1417 c.c. e degli articoli 2721, e seguenti, codice civile. La valutazione combinata delle norme suddette finisce, quindi, per smentire la visione restrittiva proposta dall'articolo 1417 del codice civile.

La rigida combinazione fra l'articolo 1417 e gli articoli 2721, e seguenti, del c.c. potrebbe essere superata considerando il fenomeno simulatorio come comportamento fattuale perché, eliminando il carattere contrattuale, verrebbe meno anche la necessità di richiamare le norme in materia di prova nel contratto. Rispetto alla testimonianza, occorre anche sottolineare che, in linea generale, essa può essere anche non vera e, quindi, la sua valenza pone ulteriori problematiche.

5. Analisi giurisprudenziale del fenomeno simulatorio.

Dopo aver analizzato il fenomeno simulatorio nelle sue caratteristiche specifiche e con riferimento alla disciplina prevista all'interno del codice civile, vedremo, nei successivi paragrafi, alcune delle più importanti e recenti sentenze in materia di simulazione, le quali affrontano alcune delle problematiche precedentemente considerate.

5.1. La simulazione parziale del prezzo: analisi della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 18123 del 2015.

La prima sentenza, che di seguito analizzeremo, in materia di simulazione parziale è la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 18123, del 17 settembre 2015.

Cass., Sez. Un., n. 18123/2015

La fattispecie riguarda la materia delle locazioni e fa capo alla prassi, abbastanza diffusa nel passato ma anche nel presente, del cosiddetto doppio contratto. Il riferimento è alle situazioni in cui le parti di un contratto di locazione stipulano due contratti locativi: uno, in cui è previsto un canone molto basso, che viene registrato e, quindi, conosciuto dal fisco; un altro contratto, conosciuto solo dalle parti e nascosto al fisco, in cui si prevede il canone reale di locazione.

La manovra, come detto piuttosto presente nella prassi, serve per nascondere al fisco una parte importante dei redditi di locazione, evitando tutta una serie di carichi di carattere tributario. Chiaramente, tale operazione prosegue bene, fin quando non ci sono conflitti; nel momento in cui si creano dei conflitti fra le parti, l'aver basato il rapporto su questa situazione ambigua, può creare delle difficoltà. Questo è ciò che accade nel caso di specie.

Nello specifico, l'inquilino rimane indietro con il pagamento di alcune mensilità, il proprietario dell'immobile, quindi, attiva la

procedura di sfratto. A questo punto, però, l'inquilino ribatte che lui, in realtà, non è inadempiente perché, se guardiamo al contratto registrato, lui ha pagato di più. Il locatore, ovviamente, insiste per la piena efficacia del contratto reale, sconosciuto al fisco, e che ha effetti solo fra le parti. Esso fa, anche, presente che, quando questo contratto venne stipulato nel 2003, non era ancora in vigore la legge finanziaria del 2005 che ha previsto la nullità delle locazioni non registrate.

Il Tribunale di Roma – sezione di Ostia e la Corte d'appello di Roma si schierano a favore dell'inquilino, invocando, non tanto la legge finanziaria del 2005, ma invocando una norma precedente, ovvero l'articolo 13 della legge 431 del 1998 che regola, in termini generali, le locazioni di immobili urbani ad uso abitativo.

In particolare, l'articolo 13 della legge 431/98 fissa la cosiddetta regola dell'invarianza, in base alla quale, una volta pattuito, nel contratto di locazione, un canone questo non può essere modificato nel corso del rapporto, se non attraverso dei meccanismi di adeguamento predeterminati nella fase iniziale di contrattazione. Per esempio, si può scrivere nel contratto iniziale che il canone fissato verrà adeguato automaticamente agli indici ISTAT. Al contrario, non è possibile porre in essere patti modificativi successivi che, se realizzati, sono nulli. Secondo i giudici di merito, quindi, l'operazione fatta di nascosto, che ha previsto un canone più alto di quello registrato, rappresenterebbe un patto modificativo, proibito dall'articolo 13 della legge del 1998, e quindi nullo.

Contro questa ricostruzione che, come vedremo, è abbastanza fragile, il locatore propone ricorso per Cassazione, facendo presente che la fattispecie non presenta una situazione di modifica rispetto ad un precedente contratto, ma rappresenta un caso di simulazione. I due atti – quello con il canone basso fittizio e quello con il canone alto

reale – non sono uno modificativo dell'altro in successione cronologica, ma sono contemporanei: sono uno la realtà e l'altro l'apparenza di un'operazione contrattuale che si è svolta in un unico momento.

In altri termini, siamo al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 13 per come esso era stato inteso da un'importante sentenza della Cassazione del 2003 (n. 16089/03), la quale, interpretando in maniera creativa l'articolo in commento, aveva ritenuto di considerarlo applicabile solo ai casi dei patti modificativi e non anche alle operazioni di carattere simulatorio. Nello specifico, la Cassazione nel 2003 ha ritenuto di interpretare, nonostante la lettera della norma, l'articolo 13 in senso limitativo perché ha ritenuto prevalente il rispetto del principio generale di non interferenza fra gli adempimenti fiscali e la validità dei contratti, per cui, l'aver registrato fiscalmente un canone più basso non dovrebbe incidere sulla validità civilistica del rapporto.

Nel 2014, con l'Ordinanza n. 37, la Corte di Cassazione ritiene di rimettere l'esame del problema alle Sezioni Unite, in quanto si richiede espressamente, alle Sezioni Unite, di voler riconsiderare il precedente del 2003. L'Ordinanza di remissione risulta particolarmente interessate. In essa si fa leva su due principi: il concetto di causa concreta e il concetto di abuso del diritto. Si dice, infatti, che bisogna rivedere quest'idea, per cui, l'ipotesi del doppio contratto non è, nella sostanza, colpita dall'articolo 13, perché, nel caso in cui la causa in concreto dell'operazione contrattuale delle parti sia solo ed esclusivamente di natura fiscale, allora questa operazione, astrattamente lecita, diverrebbe, in concreto, abusiva. In altri termini, secondo l'Ordinanza, il concetto di abuso del diritto dovrebbe consentire di porre nel nulla l'intera operazione locatizia.

Arriviamo così alla decisione delle Sezioni Unite. Innanzitutto, la sentenza ammette che, in questo caso, la ricostruzione più corretta della vicenda non è nei termini di un patto di modifica successiva, ma di simulazione. Le Sezioni Unite, però, ritengono di correggere la terminologia che il ricorso faceva propria. Il ricorso, seguendo la terminologia classica, parla di negozio simulato e di negozio dissimulato.

Secondo le Sezioni Unite, invece, la simulazione deve essere vista in modo diverso. In particolare, il fenomeno simulatorio deve essere visto in maniera unitaria, come procedimento unico che si articola, innanzitutto, nell'accordo simulatorio che si attuerebbe, poi, in un unico momento contrattuale – che, secondo la sentenza, sarebbe quello registrato – e, invece, l'altro momento (che nella terminologia classica è il negozio dissimulato) non è momento contrattuale, ma è la mera controdi chiarazione che, come tale, potrebbe avere, indifferentemente, avere struttura unilaterale o bilaterale e che ha, soltanto, natura probatoria di dichiarazione di scienza che integra il contratto, spiegando la verità dei fatti.

Questa premessa ha, anche, delle conseguenze applicative perché, se l'atto con il canone più alto non è un vero e proprio contratto, ma è una mera controdi chiarazione, allora rispetto a tale atto non si può fare un problema di nullità per mancata registrazione. Di conseguenza, con questo ragionamento, la sentenza si libera di tutta la problematica inerente alla finanziaria del 2005 e alla sua applicabilità ad un'operazione del 2003. La controdi chiarazione, infatti, può essere considerata irrilevante semplicemente, interpretando, alla luce del criterio dell'abuso del diritto, quest'ipotesi come un caso in cui il normale meccanismo della simulazione sarebbe vietato perché la causa concreta dell'operazione sarebbe meramente

elusiva ed antifiscale. Chiaramente, su questo esito incide anche il fatto che siamo nel 2015 e, quindi, nel frattempo, da quasi dieci anni, i contratti di locazione non registrati sono nulli e, quindi, quel principio di non interferenza fra fisco e contratto si è indebolito.

Nel caso di specie, comunque, non si applicano le norme nuove del 2005. Si esce, infatti, dalla materia contrattuale e si applica un altro ragionamento – basato sulla causa concreta e sull’abuso del diritto – che rende inefficace l’atto non registrato, in quanto (non contratto ma) controdichiarazione cui si negano effetti perché di carattere abusivo.

L’esito finale è, quindi, la prevalenza processuale del soggetto conduttore che potrà, facendo riferimento solo al canone fittizio, potrà richiedere la restituzione delle somme ulteriori versate.

La sentenza delle Sezioni Unite in commento suscita qualche perplessità. Siamo di fronte ad una complicazione del ragionamento, di fronte alla quale risulta anche difficile esprimere una valutazione.

L’atto iniziale del 2003 potrebbe anche essere considerato in termini di controdichiarazione, però, siamo di fronte ad un enorme giuoco di parole perché, se si considera che l’atto iniziale è quello che costituisce il reale incontro di volontà delle parti, il diverso atto registrato a livello fiscale non costituisce altro che una diversa rappresentazione della realtà effettiva della relazione fra le parti. Non è altro che un modo per raggiungere dei vantaggi a livello fiscale. La ricostruzione del fenomeno da parte della sentenza è, in sostanza, mistificante perché tende a nascondere la vera realtà del fenomeno.

5.2. Simulazione e regola processuale del litisconsorzio necessario: Cassazione, Sezioni Unite, n. 11523 del 2013 e Cassazione n. 13145 del 2017.

Le ultime due sentenze che analizziamo prendono in esame, per così dire, il rapporto che sussiste tra l'azione di accertamento della simulazione e le regole processuali del litisconsorzio necessario. L'interazione fra questi due aspetti ci darà anche modo di riflettere su due diverse ipotesi di simulazione: la simulazione soggettiva (o interposizione fittizia di persona) e la simulazione parziale del prezzo.

La prima sentenza è quella della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 11523 del 14 maggio 2013.

Cass., Sez. Un., n. 11523/2013

Il protagonista è Mohamed Altajir un noto e molto danaroso uomo d'affari degli Emirati Arabi Uniti, il quale, in seguito ad una certa operazione che ha posto in essere, ritiene di essere proprietario di un complesso immobiliare di lusso che si trova a Roma. In particolare, esso sostiene che si è verificata la seguente vicenda. Il complesso immobiliare suddetto era stato venduto, dagli eredi di Paul Getty (famoso petroliere americano), ad una società del Lichtenstein. Però, Altajir sostiene che a fornire la somma necessaria per l'acquisto dell'immobile è stato lui, in base ad un accordo con il rappresentante italiano della società del Lichtenstein. Quindi, in sostanza, secondo la sua ricostruzione, Altajir pagava, l'immobile si intestava fittiziamente alla società del Lichtenstein, però, autentico proprietario, avendo pagato, doveva essere considerato lo stesso Altajir.

Il problema è che, successivamente, il rappresentante italiano della società del Lichtenstein si comporta in maniera diversa, in quanto la società si ritiene, non intestataria fittizia dell'immobile, ma, sulla base del contratto formale, piena ed unica proprietaria. Tant'è che il complesso immobiliare in questione viene trasformato dalla società

in un albergo di lusso che viene fatto gestire da un'altra società che, guarda caso, fa capo al medesimo soggetto rappresentante.

In conseguenza di ciò, Altajir reagisce e chiama in giudizio la società del Lichtenstein per far accertare che la proprietà in questione era meramente fittizia e che l'unico proprietario era lui. Viene chiamato in giudizio, anche, il soggetto italiano, il quale si sarebbe reso inadempiente alle sue obbligazioni di mandatario.

Noi non sappiamo come la vicenda va a finire a livello di fatto perché la questione giuridica che emerge è più tecnica. Sia il Tribunale che la Corte d'appello di Roma bloccano la vicenda, a livello processuale, perché si fa presente che non sono rispettate le regole del cosiddetto litisconsorzio necessario. Secondo l'eccezione sollevata dalla difesa della società, infatti, l'attore avrebbe dovuto chiamare in causa anche l'ulteriore parte dell'iniziale rapporto simulato, cioè gli eredi Getty.

Questa operazione, in concreto, probabilmente era difficilissima perché, quasi sicuramente, tutti gli eredi Getty sono ben schermati e non facili da trovare per tutelare i loro patrimoni. Tant'è che l'attore non fa la semplice integrazione del contraddittorio che gli avrebbe permesso di andare avanti nel processo, ma l'intera questione si fonda sul fatto che, fino in Cassazione, Altajir sostiene di non essere tenuto a chiamare in causa anche questi ulteriori soggetti.

La questione è rimessa all'esame delle Sezioni Unite perché, sul punto, esistevano, in effetti, due corposi orientamenti giurisprudenziali che si indirizzavano in senso radicalmente opposto.

Secondo un primo orientamento, più dogmatico, visto che nelle cause di simulazione si deve accertare l'inesistenza giuridica di un certo rapporto, è necessario coinvolgere sempre tutte le parti del preteso rapporto.

Secondo l'altro orientamento, per così dire più pratico, si deve valutare l'inopportunità e, quindi, non obbligatorietà di chiamare in causa, in un caso di simulazione per interposizione fittizia di persona, anche la parte venditrice, quando tutte le obbligazioni, nei suoi confronti, sono già state adempiute, si è già perfezionato l'effetto traslativo e, quindi, per questa parte, è del tutto irrilevante accertare chi sia – fra il finto acquirente ed il reale acquirente – il vero proprietario. Pertanto, secondo questo secondo orientamento, avrebbe, nel caso di specie, ragione l'attore perché gli eredi Getty che sono già stati pagati non dovrebbero essere chiamati in causa.

Le Sezioni Unite devono, quindi, scegliere fra le due suddette opzioni. Esse scelgono, esplicitamente, il secondo orientamento. Essi sostengono, in particolare, che le scelte interpretative devono essere relative, funzionali ai concreti interessi in gioco, non legate a vincoli di carattere dogmatico. Pertanto, in questo caso, l'interesse in gioco e di maggior rilevanza, anche dal punto di vista dell'articolo 111 della Costituzione, è quello della ragionevole durata del processo e della effettività della tutela giudiziaria. Ciò, quindi, dovrebbe spingere il giudice a scegliere quelle regole processuali che consentono di evitare allungamenti, o appesantimenti delle attività processuali quando queste non hanno un'utilità concreta.

Nel caso di specie, gli eredi Getty non hanno più interesse a sapere chi è l'attuale proprietario di quel complesso immobiliare e, quindi, sarebbe inutile appesantire il processo, chiamando in causa ulteriori soggetti. Tutto ciò produce l'effetto che la causa viene rimessa al giudice di rinvio e, finalmente, entra nel merito.

Rispetto a questa sentenza, occorre precisare che, in generale, non è detto che quella proposta dalle Sezioni Unite per la risoluzione del caso, sia la chiave di lettura definitiva, valida e ammissibile per tutte

le ipotesi che possono presentarsi dal punto di vista dell'attività traslativa. In certi casi, infatti, si potrebbe avere la necessità di considerare, nei confronti della posizione del venditore, chi sia l'acquirente. Nel caso di specie, è, probabilmente, giusto far prevalere la lettura pratica delle Sezioni Unite.

La seconda sentenza è quella della Corte di Cassazione n. 13145 del 25 maggio 2017.

Cass. n. 13145/2017

In questo caso abbiamo due soggetti – il Sig. Mario e il Sig. Francesco – che stipulano due contratti preliminari di compravendita aventi ad oggetto l'acquisto di due aziende commerciali: un bar di cui era titolare il Sig. Mario; un altro esercizio commerciale (probabilmente una tabaccheria) di cui la moglie del Mario era titolare dell'apposita licenza per la vendita di generi da monopolio. Ai due contratti preliminari seguì la stipulazione dei due contratti definitivi. I due contratti preliminari erano strutturati secondo lo schema del contratto per persona da nominare con apposita clausola di riserva di nomina, per cui, nella stipula del definitivo relativo alla vendita del bar, come effettiva acquirente fu indicata una società di cui era socio anche il Sig. Francesco (promissario acquirente); mentre, come effettiva venditrice dell'altro esercizio commerciale fu nominata la moglie del Sig. Mario, unica titolare dell'apposita licenza.

A completamento di tutta l'operazione, dopo la stipulazione dei contratti preliminari e prima della redazione dei definitivi, il promissario acquirente (Sig. Francesco) emette, a titolo di garanzia, un assegno privo di data a favore del promittente venditore. Si tratta di un'operazione che viene spesso utilizzata, appunto, a fini di garanzia: il debitore consegna, a garanzia del debito, un assegno – solitamente in bianco o post-datato; dall'altra parte il debitore trattiene l'assegno come garanzia per l'adempimento

dell'obbligazione. Pertanto, se il debitore adempie regolarmente alla sua obbligazione, l'assegno dovrà essere restituito; viceversa, se il debitore risulta inadempiente, il creditore potrà fare valere l'assegno quale titolo esecutivo.

Nel caso di specie, il Sig. Mario ritiene che il Sig. Francesco non abbia pagato integralmente quanto dovuto e, quindi, facendo valere l'assegno, chiede ed ottiene l'emissione di un decreto ingiuntivo per il pagamento di una somma di circa 44 mila euro. Il Sig. Francesco si oppone al decreto ingiuntivo e si avvia la causa.

Il Tribunale di Pavia e la Corte d'appello di Milano rigettano, entrambe, l'opposizione e confermano il decreto ingiuntivo. In particolare, i giudici di merito ritengono che l'assegno debba essere considerato come promessa di pagamento, ai sensi dell'articolo 1988 del codice civile. Non è, quindi, configurabile la nullità del patto di garanzia sottostante all'emissione dell'assegno (nullità sostenuta dal debitore in sede di opposizione al decreto ingiuntivo). Secondo i giudici di merito, il debitore, infatti, non ha prestato alcuna garanzia a favore di terzo, ma si è obbligato direttamente e personalmente nei confronti del creditore. Infine, ed è questa la parte che maggiormente ci interessa, i giudici hanno rilevato la simulazione parziale del prezzo perché il prezzo indicato nei contratti definitivi era minore – e, quindi, simulato – rispetto al corrispettivo maggiore indicato nei contratti preliminari. Per questo, il debitore viene condannato al pagamento del prezzo maggiore indicato nei preliminari.

Il Sig. Francesco (debitore) propone ricorso per Cassazione. i motivi di ricorso sono quattro, quello che ci interessa è l'ultimo, però, è opportuno considerare brevemente anche gli altri perché attraverso un'analisi complessiva delle questioni sollevate in sede di Cassazione

ci permette di comprendere meglio il ragionamento della Corte anche in riferimento alla simulazione parziale del prezzo.

Innanzitutto, il ricorrente sostiene che lui stesso, con i due contratti preliminari, si era impegnato esclusivamente alla stipulazione dei contratti definitivi e non aveva, quindi, assunto l'obbligo di pagamento del prezzo che, invece, era sorto soltanto al momento della stipulazione dei definitivi. Contratti definitivi che per effetto della riserva di nomina erano, di fatto, intercorsi fra soggetti diversi rispetto a quelli dei preliminari: il bar era stato acquistato dalla società di cui il debitore era socio; l'altro esercizio commerciale era stato venduto dalla moglie del promittente venditore, unica titolare dello stesso e della relativa licenza. Per questa ragione, quindi, l'assegno era stato rilasciato come garanzia per un debito altrui.

Questa ricostruzione è per la Cassazione inammissibile perché si fonda su un'interpretazione erronea del contratto preliminare. Tra l'altro il motivo di ricorso era stato mal formulato, in quanto il ricorrente aveva prospettato una diversa interpretazione del preliminare senza, però, contestare la violazione, da parte dei giudici di merito, di alcuna norma in materia di interpretazione del contratto (articoli 1362 e seguenti c.c.).

In secondo luogo, il ricorrente sostiene che, essendo l'assegno irregolare perché privo di data, il patto di garanzia ad esso sottostante dovrebbe essere considerato nullo. A tal proposito, viene richiamato anche un orientamento giurisprudenziale che ritiene che l'operazione di garanzia posta in essere tramite l'emissione, da parte del debitore, di un assegno in bianco o post-datato sia contrarie a specifiche norme imperative, ossia quelle contenute agli articoli 1 e 2 del Regio Decreto n. 1736 del 1933 (che regola la materia dell'emissione di assegni

bancari e circolari) ed integra, quindi, un'ipotesi di causa illecita *ex* articolo 1343 codice civile.

Anche questa ricostruzione non viene accolta dalla Cassazione che la ritiene infondata. La Corte, infatti, sostiene che la causa sottostante all'emissione dell'assegno sia costituita dall'obbligazione di pagamento del prezzo di vendita dei due esercizi commerciali; prezzo di vendita quantificato nei due contratti preliminari sottoscritti dal debitore in qualità di promissario acquirente. L'orientamento giurisprudenziale richiamato dal ricorrente è, perciò, considerato non pertinente al caso di specie. Le parti hanno, nella sostanza, attribuito al titolo di credito – l'assegno chiaramente non utilizzabile perché privo di data – il valore di promessa di pagamento con conseguente applicazione di quanto stabilito all'articolo 1988 c.c., il quale prevede una specifica astrazione causale ed una specifica presunzione. La norma, infatti, prevede che, in caso di promessa di pagamento, colui a favore del quale è stata prestata (creditore) non ha l'onere di provare l'esistenza del rapporto sottostante perché l'esistenza dello stesso si presume fino a prova contraria. La Cassazione conferma, anche per questo aspetto, l'impostazione dei giudici di merito, con la conseguenza che, in virtù della presunzione suddetta, il creditore può pretendere il pagamento dell'intera obbligazione, sarà il debitore che dovrà provare l'inesistenza del rapporto principale.

Infine, il ricorrente contesta l'accertamento, ad opera della sentenza d'appello, della simulazione del prezzo perché i giudici si sarebbero limitato ad accertare la simulazione senza procedere ad integrare il contraddittorio anche nei confronti delle altre due parti dei contratti definitivi (la società acquirente del bar e la moglie del Sig. Mario titolare della licenza per la vendita di generi di monopolio)

che, viceversa, per le regole del litisconsorzio necessario, sarebbero dovuti essere chiamati in causa.

Anche questa ricostruzione non è accolta dalla Cassazione. La sentenza d'appello, infatti, non ha dichiarato la simulazione del prezzo, relativamente ai contratti definitivi, di cui erano parti i due soggetti suddetti. I giudici di merito, al contrario, si sono pronunciati in merito all'obbligazione assunta dal debitore, relativamente ai due contratti preliminari; obbligazione garantita con la promessa di pagamento cui sottostà l'emissione dell'assegno a scopo di garanzia.

Pertanto, l'accertamento dell'importo dell'obbligazione di pagamento del prezzo ha reso necessario l'accertamento della simulazione relativa del prezzo indicato nei contratti definitivi. Tale ulteriore accertamento della simulazione è, però, solo incidentale, rispetto all'azione principale di accertamento dell'obbligazione.

Vista la sua natura accessoria, in virtù delle regole processuali, essendo l'accertamento della simulazione incidentale e privo degli effetti del giudicato, non deve essere compiuto anche nei confronti degli altri due soggetti. Vale, infatti, la regola processuale per la quale la simulazione integra un'ipotesi di litisconsorzio necessario solo se l'accertamento della stessa è stato proposto in via principale; viceversa, quando l'accertamento della stessa è incidentale non è necessario estendere il giudicato anche alle altre specifiche parti del contratto simulato.

Nel caso in esame, l'azione principale è rappresentata dall'accertamento dell'obbligazione di pagamento, mentre l'accertamento della simulazione è incidentale, serve solo per "quantificare" il valore effettivo dell'obbligazione di pagamento.

Si comprende, quindi, che la Cassazione rigetta il ricorso e conferma la decisione di merito. Siamo, quindi, di fronte ad una

promessa di pagamento; il debitore dovrà adempiere all'obbligo di pagamento del prezzo tenendo come punto di riferimento per la sua quantificazione non il prezzo indicato nei contratti definitivi perché simulato, ma il prezzo maggiore indicato nei due contratti preliminari.