
INDICE

Art. 1414 (*Effetti della simulazione tra le parti*)

1. Il procedimento simulatorio.	3
2. La struttura della simulazione.	23
3. L'accordo simulatorio.	24
4. La controdiagnosi.	33
5. Problemi di forma.	35
6. Rapporti tra simulanti.	52
7. La simulazione degli atti unilaterali.	53
8. Simulazione assoluta e simulazione relativa.	62
9. La simulazione parziale oggettiva.	67
10. La simulazione parziale soggettiva.	69
11. La simulazione nel processo di armonizzazione del diritto europeo.	74

Art. 1415 (*Effetti della simulazione rispetto ai terzi*)

Art. 1416 (*Rapporti con i creditori*)

1. Il terzo pregiudicato dalla simulazione.	83
2. Legittimazione ad agire in simulazione.	87
3. Accertamento della simulazione; la simulazione come fatto lecito.	89
4. Il terzo in buona fede.	90
5. Relatività degli effetti della sentenza di simulazione.	92
6. Il ruolo della buona fede nella simulazione.	100
7. Il concetto di buona fede nella simulazione: mera conoscenza o partecipazione all'inganno?	104
8. Buona fede del terzo e interposizione fittizia.	109
9. Ancora sul subacquisto del terzo.	111
10. La trascrizione della domanda di simulazione.	113
11. Norme processuali e norme sostanziali nella disciplina della simulazione.	118

12. Atti negoziali che intervengono sull'effetto simulatorio.	121
13. Destinatari della disposizione.	123
14. Simulazione relativa e terzo acquirente.	124
15. I creditori.	133
16. Caratteri dell'azione di simulazione.	151
17. Ancora sugli effetti della sentenza di simulazione.	154

Art. 1417 (*Prova della simulazione*)

1. La tutela giurisdizionale.	159
2. La prova della simulazione.	161
3. Le parti del processo.	167
4. La rilevabilità d'ufficio.	169
5. La prescrizione dell'azione.	172

INDICI

<i>Indice bibliografico</i>	179
<i>Indice degli autori</i>	187
<i>Indice analitico</i>	191

EFFETTI DELLA SIMULAZIONE
TRA LE PARTI

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.

SOMMARIO: 1. Il procedimento simulatorio. — 2. La struttura della simulazione. — 3. L'accordo simulatorio. — 4. La controdiagnosi. — 5. Problemi di forma. — 6. Rapporti tra simulanti. — 7. La simulazione degli atti unilaterali. — 8. Simulazione assoluta e simulazione relativa. — 9. La simulazione parziale oggettiva. — 10. La simulazione parziale soggettiva. — 11. La simulazione nel processo di armonizzazione del diritto europeo.

1. Il procedimento simulatorio.

È stato giustamente affermato che il tema della simulazione è, più di altri, fortemente influenzato, nelle ricostruzioni dottrinali, dalle propensioni ideologiche dell'interprete e le sue precomprensioni, forse anche i suoi pregiudizi, svolgono spesso un ruolo decisivo nelle soluzioni che vengono proposte (1). Anche recentemente si è avvertito che la riconduzione del fenomeno simulatorio ad una legittima espressione di autonomia privata è propria degli autori di impostazione liberista, mentre una maggior attenzione al profilo sociale conduce a negare la liceità del fenomeno (2); non può tuttavia negarsi che la legge non manifesta pregiudizi moralistici sulla simulazione, ma si limita a dettare un regolamento che deter-

(1) A. GENTILI, *Simulazione*, in *Il contratto in generale*, Tomo V, vol. XIII, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 471 ss.

(2) A. GENTILI, *op. cit.*, 472.

mini un assetto “giusto e razionale” delle sue conseguenze (3). Si tratta di una conclusione che attiene al discorso generale sull’interpretazione ed alla generale necessaria conseguenza della valorizzazione della discrezionalità dell’interprete, ma nella simulazione il problema è sublimato dallo scarno materiale normativo cui il codice civile ha affidato la disciplina dell’istituto, nonostante il fenomeno simulatorio costituisca il luogo di emersione e di verifica di una congerie di problemi attinenti alla teoria generale del negozio giuridico, risolti attraverso l’assunzione di un particolare punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, di cui tuttavia non è agevole individuare un razionale e coerente disegno ordinante. Qualunque sia l’assetto ricostruttivo che si giunge a prospettare, esso è comunque contraddetto in fase applicativa da numerose eccezioni e ambiguità emergenti dal dato normativo. La disciplina positiva, nelle espressioni adoperate e nella sistemazione adottata della materia, ha accuratamente evitato ogni valutazione dogmatica dell’istituto, limitandosi a dettare regole per risolvere i conflitti di interessi che possono nascere dall’attività dei simulanti. La definizione della natura dell’istituto è quindi interamente affidata all’elaborazione della dottrina mentre le soluzioni di volta in volta prospettate dalla giurisprudenza sono tutte orientate alla ricerca del giusto equilibrio tra apparenza e realtà, tra interesse dei contraenti ed interesse dei terzi, tra « giustizia » e « certezza » e non è facile individuare nel formante giurisprudenziale utili e coerenti argomenti per ricostruire organicamente l’istituto. Le soluzioni ricostruttive adottate riflettono la sensibilità del singolo giurista e sono fortemente influenzate dalle divergenti opinioni sul problema generale del negozio giuridico (4). Il problema dei limiti di ammissibilità della simulazione è

(3) A. ORESTANO, *Della simulazione*, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 365.

(4) Per G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, 69 ss., la simulazione è un enigma che ha come unica certezza l’incapacità dell’atto simulato di produrre effetti tra i contraenti. Numerosi i contributi sull’argomento, nel tentativo di pervenire alla ricostruzione del fenomeno simulatorio; tra i più significativi, sotto il codice previgente: G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 393 ss., successivamente in *Scritti giuridici*, cit.; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922; G. SEGRÈ, *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, I, 422 ss.; F. PESTALOZZA, *Simulazione*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1925, vol. XV, II, 745 ss.; A. BUTERA, *Della frode e della simulazione*, II, *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti “in fraudem legis”*, Torino, 1936; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi*

spesso ricondotto al problema della certezza dei diritti che il negozio simulato coinvolge con la sua stessa esistenza. È stato osservato che il problema della simulazione si risolve nella relazione tra normalità ed eccezione, in uno strano confondersi di piani e prospettive, in cui si concentra un interesse non sopito del tema della simulazione (5), che continua a riproporre problemi risalenti ma tuttora irrisolti. La dottrina classica legata alle teorie che spiegano il negozio giuridico in senso volontaristico vede nella simulazione un fenomeno di assenza di volontà. Altra parte della dottrina classica, che vede invece nella dichiarazione il cuore del negozio (6), pone in luce la concomitanza di due dichiarazioni che si elidono tra loro, così che il contratto simulato contraddice la sua stessa essenza (7). Entrambi gli orientamenti, cui aderisce la dottrina meno recente, pur divergendo sulla prospettiva da cui indagano la figura, pervengono, per vie diverse, al medesimo risultato, che consiste nel negare la realtà stessa del negozio simulato, giustificandosi così, sul piano dell'ortodossia formale, la costante applicazione delle regole proprie del

giuridici, *Studio di dir. romano*, Padova, 1938. Sotto il codice vigente: S. PUGLIATTI, *La simulazione negli atti unilaterali*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica Saggi*, Milano, 1951; N. DISTASO, *Gli atti suscettibili di simulazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 18 ss. e Id., *Simulazione dei negozi giuridici in Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 391 ss.; C. CERONI, *Autonomia privata e simulazione*, Padova, 1990; A. GENTILI, *Il contratto simulato*, Napoli, 1982; Id., *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 519; Id., *Simulazione*, in *Il contratto in generale*, cit.; Salv. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione (art. 1414 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 35 ss.; R. SACCO, *Simulazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992; A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957; G. FURGUELE, *Della simulazione degli effetti negoziali*, Padova, 1992; A. PELLICANÒ, *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988; G.A. NUTI, *La simulazione del contratto*, Milano, 1986; F. MARANI, *La simulazione negli atti unilaterali*, Padova, 1971; A. VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961; T. MONTECCHIARI, *La simulazione del contratto*, Milano, 1999, per citarne solo alcuni. Nella prospettiva processuale, V. ANDRIOLI, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, II, 444 ss. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di dir. civile*, diretto da Cicu, Messineo, Milano, 1973.

(5) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 129.

(6) Per tutti CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 391 ss.

(7) Secondo F. FERRARA, *op. cit.*, 2 ss., la relazione tra volontà e dichiarazione, su cui all'epoca si incentrava la teoria del negozio, era determinante nel definire la natura della simulazione.

negozio nullo (8). Una parte, invero minoritaria, della dottrina (9) ritiene il contratto simulato inesistente, al pari dell'atto posto in essere per finzione scenica, pur avvertendo, in maniera perplessa, come è singolare che il legislatore si sia attardato a disciplinare una figura inesistente e vista spesso come funzionale a finalità illecite, trascurando invece di predisporre una disciplina positiva per le altre ipotesi di divergenza tra dichiarazione e intenzione comune dei contraenti (10). Tra i suddetti orientamenti prevale, anche per la controversa configurabilità del concetto di inesistenza giuridica, la tesi della nullità, che per alcuni deriva dalla mancanza di volontà, per altri dalla carenza dell'elemento causale (11). Anche recente-

(8) La giurisprudenza è decisamente orientata in questo senso: per Cass., 6 marzo 1970, n. 578, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1, 1656, la disposizione dell'art. 1414, primo comma, c.c., secondo la quale « il contratto simulato non produce effetto tra le parti », importa che il contratto simulato, appunto perché improduttivo di effetti giuridici fra le parti, debba considerarsi, nei rapporti fra le parti stesse, nullo; secondo Cass., 23 ottobre 1991, n. 11215, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 750, l'azione di simulazione è rivolta all'accertamento della nullità del negozio simulato; in questo senso anche Cass., 18 agosto 1997, n. 7682, in *Giur. it.*, 1998, 1342. Sulla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice come conseguenza della nullità, Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, I, 2768; Cass., 20 marzo 2003, n. 4079, in *Gius.*, 2003, 1571; Cass., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Arch. civ.*, 2003, 1257; Cass., 23 agosto 2000, n. 12644, in *Rep. Giur. it.*, 2000, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 524; Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, 715. Tuttavia non mancano decisioni nel senso dell'inefficacia e che espressamente escludono l'invalidità dell'atto simulato; in tal senso Cass. 24 giugno 2003 n. 10009, in *Guida al diritto*, 2003, 36, 76 ove si afferma che "Nell'ipotesi di simulazione relativa parziale, che si verifica allorché l'accordo simulatorio investe uno solo degli elementi del contratto, il contratto simulato non perde la sua connotazione peculiare ma conserva inalterati gli altri suoi elementi, ad eccezione di quello interessato dalla simulazione, con la conseguenza che, non essendo il contratto in tali termini simulato né nullo né annullabile, ma soltanto inefficace tra le parti, gli elementi negoziali interessati dalla simulazione possono essere sostituiti o integrati con quelli effettivamente voluti dai contraenti".

(9) F. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987, 394 ss.

(10) M. ALLARA, *La teoria generale del contratto (Corso di diritto civile)*, 2^a ed., Torino, 1955, 280.

(11) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 2^a ed., 1955, 403 ss.; ma anche, seppur con significative distinzioni in quanto il difetto causale è rilevato in una prospettiva dinamica più che genetica, Salv. ROMANO, *op. cit.*, 35 ss.

mente la Cassazione (12) ha risolto alcune questioni attinenti all'atto simulato applicando la disciplina della nullità, fondata, nella fattispecie, sul difetto di causa. Si tratta tuttavia di una ricostruzione che tende ad essere superata dalla dottrina più recente che esclude la nullità dell'atto simulato. In effetti già il dato letterale ricavabile dal codice civile sembrerebbe escludere la riconduzione alla nullità. L'enunciazione che l'atto simulato è senza effetto tra le parti evidenzia due elementi significativi sul piano ricostruttivo: da un lato il richiamo all'inefficacia e non espressamente alla nullità, dall'altro l'evidenziata relatività dell'inefficacia dell'atto simulato, espressamente riferita alle parti e non alla generalità dei soggetti, a cui invece indurrebbe la riconduzione a nullità dell'atto simulato (13). Un altro elemento letterale che contrasta la tesi della nullità si coglie nella prevista salvezza dei terzi di buona fede, che una rigorosa applicazione del regime della nullità non consentirebbe (14). Inoltre il codice civile distingue l'azione di simulazione da quella di nullità anche quanto agli effetti della trascrizione. L'art. 2652, n. 4, infatti, prevede che la sentenza di accoglimento della domanda di simulazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede con un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda; diversamente, in caso di nullità, trovando applicazione l'art. 2652, n. 6, non basta la buona fede del sub-acquirente e la priorità della trascrizione, ma occorre anche, per l'operatività della norma, la sussistenza di un ulteriore requisito, di carattere temporale, che consiste nel decorso del quinquennio (15). Nell'ambito del fenomeno simulatorio i soggetti interessati potranno quindi avvalersi della cd. pubblicità sanante senza la necessaria sussistenza di uno spazio temporale tra la trascrizione dell'atto impugnato e la trascrizione della domanda giudiziale. L'atto simulato poi non è convertibile in un diverso contratto, secondo il disposto dell'art. 1424 c.c., ma può produrre gli effetti di un contratto diverso, il dissimulato, solo ove sussistano i requisiti di sostanza (e di forma) e vi sia un

(12) Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. it.*, 2005, n. 8/9, 1610, con nota di S. TOMMASI, *La simulazione come causa di nullità del contratto: profili critici*.

(13) Ampiamente sul punto F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cici e Messineo, Milano, 1988, 360 ss., in particolare 368.

(14) A. GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, cit., 519.

(15) Su questo punto, tra gli altri, A. AURICCHIO, *op. cit.*, 67; Salv. ROMANO, *op. cit.*, 49.

previo accordo simulatorio in tal senso (16). L'effetto sostitutivo nella simulazione, è dettato dall'accordo simulatorio risultante dalla controdichiarazione, mentre la conversione consegue alla ricostruzione della volontà ipotetica delle parti. Nella simulazione relativa la sostituzione del contratto dissimulato al simulato è originaria, coeva alla simulazione, mentre con la conversione la sostituzione si determina solo successivamente, a seguito degli effetti della conversione stessa (17). Queste differenze morfologiche tra conversione e simulazione relativa sono tuttavia secondarie rispetto all'ontologica differenza che risiede nel fatto che la conversione opera nell'ambito di una assonanza di scopi tra il contratto nullo e quello frutto di conversione (18), mentre la simulazione conduce a realizzare, tra le parti, un assetto di interessi che può essere completamente diverso da quello palesato dall'atto simulato. In ausilio a queste argomentazioni, la riconsiderazione della ricostruzione tradizionale del contratto simulato in termini di nullità deve essere passata al vaglio del complesso processo di revisione della categoria (19), avviato sulla spinta delle normative di derivazione comunitaria (20), e quindi di una ridefinizione del rapporto invalidità-inefficacia (21). Non vale più la distinzione fondata sul criterio tradizionale in base al quale l'invalidità dipende da un vizio intrinseco all'atto mentre l'inefficacia dipende da un elemento esterno alla fattispecie (22). Ad una

(16) F. GALGANO, *op. cit.*, 362.

(17) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 69.

(18) E. BETTI, *op. cit.*, 506.

(19) Sull'opportunità di rivedere la tematica della simulazione al filtro delle "nuove nullità", ed in particolare della nullità di protezione che ritiene strumento adattabile al fenomeno simulatorio, A. ORESTANO, *op. cit.*, 400, il quale, sommessamente, segnala che tale revisione potrebbe portare nuovi argomenti alla tesi della nullità, in quanto tale da presupporre la rilevanza dell'atto nullo e di spiegare gli effetti che l'atto simulato può produrre verso i terzi.

(20) Svolge un'indagine in ordine all'incidenza delle normative di derivazione comunitaria sulla categoria dell'invalidità, F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 211 ss.

(21) A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 203 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001, 45 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 489 ss.

(22) Per A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 208, l'art. 1469-*quinquies* smentisce che l'inefficacia sia legata ad un vizio estrinseco alla fattispecie, visto che l'inefficacia ivi prevista dipende dal contenuto della clausola. Sul punto L. CARIOTA FERRARA, *op.*

valutazione fondata su un tradizionale modello strutturalmente rigido (23), si vanno a sostituire criteri valutativi funzionali ed assiologici (24), e quindi variabili, che consentono di misurare il trattamento giuridico sugli interessi concretamente in gioco (25). Sulla base di tali argomenti i nuovi orientamenti dottrinari sono nel senso che il contratto simulato è valido in quanto astrattamente idoneo a produrre gli effetti propri del tipo al quale appartiene ma non produce in concreto quegli effetti per l'interferire di un altro interesse, anch'esso tutelato dall'ordinamento come espressione di autonomia, consistente nella possibilità di creare una situazione sostanziale, nei rapporti con l'altra parte, diversa da quella che invece si vuol far valere all'esterno (26), con la sola limitazione che non si determini pregiudizio ai terzi o si ponga in essere un regolamento illecito (27). Le parti quindi, attraverso la simulazione,

cit., 331; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1965, 488; S. TONDO, *Invalidità ed inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, 995; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983, 119; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, 259.

(23) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 352; ID., *Inefficacia*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 4; P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 192; R. TOMMASINI, voce *Invalidità (diritto privato)*, *ivi*, XXII, Milano, 1972, 575.

(24) V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia, modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, 201 ss., ma prima già, ID., *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 330 e soprattutto P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 18 ss.

(25) P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Camerino-Napoli, 1996, 229; A. GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, *cit.*, 513 e 520, propone di risolvere i conflitti nascenti da un contratto simulato applicando criteri perequativi, assunti in maniera differenziata, tenendo conto dei diversi interessi di simulanti e terzi.

(26) Sulla simulazione come divergenza tra apparenza e realtà, R. SACCO, *op. cit.*, 1; sul fenomeno dell'apparenza, in generale e specificamente nella simulazione: A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 682; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, 49; R. SACCO, *Apparenza*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 353; recentemente F. ALCARO, *Realtà dell'apparenza nella simulazione*, in *Vita not.*, 2004, 156. Parla invece di finzione A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 315.

(27) C. CERONI, *op. cit.*, 19, ma già A. AURICCHIO, *op. cit.*, 15. La disciplina codicistica dà conto che la simulazione, di per sé, non costituisce atto illecito, e quindi non può essere, per sé sola, fonte di responsabilità nei confronti dei terzi. Sui rapporti tra frode e simulazione v. E. BETTI, *op. cit.*, 407, per il quale la frode

pongono in essere un procedimento negoziale meritevole di tutela *ex art.* 1322 (28). La specificità sta nel fatto che, con la simulazione, a differenza dei normali atti di autonomia, le parti non mirano ad attribuire al contratto un valore che sia univoco sia nei rapporti interni che rispetto ai terzi. Questa singolarità tuttavia non ne esclude la meritevolezza bensì ne fissa soltanto il carattere identitario (29). Con l'accordo simulatorio, che costituisce la genesi dell'intera sequenza (30) e assicura l'unitarietà del fenomeno simulatorio (31), i simulanti progettano la simulazione, fissano la regola del rapporto ed al contempo escludono la reciproca vincolatività della struttura contrattuale ostensibile. Non convince l'argomento di chi, a sostegno della nullità, ha obiettato che, così facendo, le parti andrebbero ad eccedere quanto consentito all'autonomia privata, invadendo le prerogative del legislatore (32); uno spazio siffat-

esprime una qualifica dell'interesse che determina in concreto la conclusione del negozio, mentre la simulazione esprime semplicemente una divergenza tra interesse e causa; per F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 154, simulazione e frode sono non solo figure diverse ma perfino incompatibili, poiché il negozio simulato è fittizio al contrario di quello in frode che è negozio vero; sul tema della frode in generale L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 226; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 233; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, 67; G. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, 161; più di recente sempre U. MORELLO, *Negozio giuridico (negozio giuridico in frode alla legge)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; Id., *La frode contrattuale*, in *Il contratto in generale: il contratto nella società moderna*, I, a cura di Alessi e Grisi, in Bessone, *Casi e questioni di diritto privato*, XXI, Milano, 2002, 1270.

(28) U. MAJELLO, *Il contratto simulato; aspetti strutturali e funzionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 649, a sostegno della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti con il contratto simulato, evidenzia che situazioni di apparenza effettuale si possono creare anche con altri strumenti negoziali che non hanno nulla in comune con la simulazione. A. ORESTANO, *op. cit.*, 370, evidenzia la centralità dell'accordo simulatorio, ove i simulanti programmano il fine di creare una situazione di apparenza, come effetto che l'ordinamento consente; così anche S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 540 ss.

(29) U. MAJELLO, *op. cit.*, 643.

(30) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 40 ss.

(31) A. ORESTANO, *op. cit.*, 372.

(32) A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 512; Id., *Il contratto simulato*, cit. L'affermazione che sia precluso alle parti di agire sugli effetti si trova già in MESSINA, *Negozi fiduciari*, 1910, Milano, 54; poi ripresa da E. BETTI, *op. cit.*, 410, per il quale la determinazione degli effetti giuridici è di competenza esclusiva dell'ordinamento.

to all'autonomia è attribuito proprio dal legislatore, attraverso l'espressa previsione dell'istituto della simulazione. La proposta nullità della simulazione per difetto di causa si fonda sull'affermazione che l'atto simulato è destinato alla realizzazione di una funzione che non è la sua propria (33). Le parti, manifestando nell'accordo simulatorio l'intenzione di porre in essere una finzione, annullerebbero l'intento tipico e quindi il valore dell'atto, così privandolo della sua causa; nella simulazione relativa poi l'accordo simulatorio andrebbe a consumare la causa del negozio simulato sostituendola con quella del dissimulato (34). Si tratta di un argomento che non tiene conto dell'evoluzione del concetto di causa ed in particolare dell'affermazione del concetto di causa in concreto (35), che imporrebbe una revisione, anche sotto tale prospettiva, del problema della simulazione. In ogni caso viene obiettato che non necessariamente costituisce fonte di nullità il piegare un atto ad una funzione diversa da quella cui è normalmente desti-

(33) E. BETTI, *op. cit.*, 472; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 151 e 154; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 405; PUGLIATTI, *op. cit.*, 1951, 557; in giurisprudenza: Cass., 23 ottobre 1991, n. 11215, in *Nuova giur. comm.*, 1992, 750; Cass., 9 giugno 1992, n. 7084, *ivi*, 1993, 358; Cass., 18 agosto 1997, n. 7682, in *Giur. it.*, 1998, 1342; la tesi del contratto simulato nullo per difetto di causa non si è sottratta nemmeno alle critiche dei sostenitori della nullità del contratto simulato, per i quali l'inidoneità del contratto simulato a svolgere un'apprezzabile funzione economico-sociale è l'effetto e non la causa della nullità; in questo senso in particolare R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco-De Nova, Torino, 2004, I, 666.

(34) S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 543 ss. Da ultimo in giurisprudenza ancora Cass., 10 maggio 2016, n. 9401, in *Mass. Giur. it.*, 2016.

(35) Sulla causa in concreto *v.*, *ex multis*, da ultimo F. ALCARO, *Dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in *Causa del contratto*, a cura di F. Alcaro, Milano, 2016, 1 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, in particolare 75 ss. e la bibliografia *ivi* citata. G. PALERMO, *op. cit.*, 147 ss.; E. BETTI, *op. cit.*, 168; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, cit., 83; ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, *ivi*, 114; M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 568; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 371; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 2; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1994, 27; U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 1999, 1; più di recente: ID., *Morte e risurrezione della causa: tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, cit., 241; P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, 98.

nato (36); è infatti frequente che un modello tipico possa essere utilizzato per assolvere funzioni diverse da quelle tenute presenti nella configurazione astratta senza che ciò comprometta la struttura tipica ed ancor meno la causa (37). Referenti esemplari sono, in questo senso, il negozio indiretto, il negozio fiduciario (38), la cessione in funzione di garanzia (39). È stato osservato che nella simulazione non manca la giustificazione ad uno scambio attuato bensì, pur in presenza di una struttura idonea, si vuole escluderne l'attuazione (40). L'obiezione circa il difetto di causa viene poi meno nei casi in cui la simulazione si riferisce esclusivamente a singoli elementi del contratto, quali l'oggetto, il soggetto o semplicemente ad alcune modalità (41). Altrettanto poco convincente è la tesi che fonda l'invalidità del contratto simulato sulla mancanza di volontà degli effetti (42). Anche qui viene ravvisata una carenza strutturale della fattispecie che induce ad una lettura della simulazione in termini patologici. A ciò viene facilmente obiettato che la mancata produzione degli effetti dell'atto ostensibile è voluta ed anzi è conseguenza proprio della convergente volontà dei simulanti, tant'è che in realtà il procedimento simulatorio non è privo di effetti bensì ne produce di suoi propri (43). Nella simulazione relativa poi

(36) S. TOMMASI, *op. cit.*, 1614.

(37) Esempio su questo aspetto l'analisi di G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, 63 ss.

(38) Cfr., al riguardo, C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 348; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937; G. MESSINA, *op. ult. cit.*; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 199; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 8; ID., *Contratto misto, negozio indiretto*, « *negotium mixtum cum donatione* », *ivi*, 87; da ultimo L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002.

(39) Vedi le disposizioni di recente introduzione nel T.U.B. costituite dagli articoli 48-bis e 120-*quinqüesdecies*, che hanno introdotto una figura tipica di cessione in garanzia assistita da patto marciano; per tutti da ultimo S. PAGLIANTINI, *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2016, 931 ss.

(40) Salv. ROMANO, *op. cit.*, 39.

(41) Salv. ROMANO, *op. cit.*, 41.

(42) F. FERRARA, *op. cit.*, 42.

(43) G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, cit. 410; ID., in *Scritti giuridici*, cit., 91. Critica la ricostruzione della simulazione come divergenza tra volontà e dichiarazione C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 697, il quale rileva che la mancanza di volontà non giustifica l'asserita nullità, tant'è che, in altre

il contratto simulato, dovendo in esso sussistere i requisiti di sostanza e forma, costituisce lo strumento per realizzare gli effetti voluti (44). Al di là di alcuni ritardi che ancora si avvertono in giurisprudenza, si afferma oggi un orientamento, invero già testimoniato nella dottrina classica, seppur all'epoca ampiamente minoritario, che contesta la tesi dell'invalidità dell'atto simulato, con i corollari che ne discendono, sia pure nella varietà delle opinioni e ricostruzioni offerte. L'attenzione si concentra più sull'inefficacia dell'atto che sulla sua ragione giustificatrice, su cui si articolano variegate opinioni. In primo luogo si rileva che l'inefficacia conseguente alla simulazione è dovuta alla volontà delle parti, mentre quella conseguente alla nullità (45) è una inefficacia legale, sulla quale nessun rilievo hanno le intenzioni dei contraenti (46). Si tende poi a considerare maggiormente la prospettiva procedimentale del fenomeno simulatorio (47), riconoscendo la completezza strutturale degli atti e concentrandosi sui cosiddetti effetti finali (48). Al riguardo alcuni autori spostano completamente la prospettiva sul profilo attuativo vedendo nella simulazione un fenomeno che non altera la struttura ma rileva esclusivamente in ordine all'esecuzione e non alla formazione dell'atto; si è parlato in tal caso, per definire gli effetti della simulazione, di contratto inattuato (49). Per altri la simulazione si fonda su un accordo preliminare relativo al reale contenuto del rapporto, dal quale derivano dei veri e propri obblighi a carico dei simulanti (50), e sull'assoggettamento alla specifica

ipotesi, come nel caso dell'incapace naturale e dell'errore ostativo, il difetto di volontà in ordine al contenuto della dichiarazione non determina la nullità del contratto. Sul tema anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 149 ss.; S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, cit., 542. AURICCHIO, *op. cit.*, 8.

(44) Sul punto chiaramente E. BETTI, *op. cit.*, 409, che pure è sostenitore della tesi dell'invalidità del contratto simulato.

(45) BIANCA, *op. cit.*, 699; MAJELLO, *op. cit.*, 653.

(46) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 68.

(47) Ma sulla natura procedimentale già G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 95 ss., per il quale la proiezione davanti ai terzi, mediante il compimento dell'atto ostensibile, costituisce la conclusione di un procedimento che si attua per gradi. Sulla natura procedimentale anche G. FURGIUELE, *op. cit.*, 23 ss. e prima ancora Salv. ROMANO, *op. cit.*, 29.

(48) G. BRUNO, *Statica e dinamica del negozio simulato*, Napoli, 2014, 76 ss.

(49) In particolare Salv. ROMANO, *op. cit.*, 15.

(50) G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 92.

disciplina propria del procedimento simulatorio (51). Si tratta in ogni caso di obblighi non suscettibili, per intrinseca natura, di esecuzione in forma specifica, in quanto la tutela sarebbe in contraddizione con l'esigenza di riservatezza che colora il fenomeno simulatorio, ma ciò non escluderebbe l'insorgenza di conseguenze risarcitorie (52).

Vi è invece chi sostiene che l'atto simulato è libera manifestazione di volontà in quanto nessun obbligo sorge, a carico dei simulanti, dall'accordo simulatorio, ma rimanendo comunque, quest'ultimo, atto di configurazione, destinato a sorreggere e conformare le successive attività del procedimento simulatorio. La prospettata natura configurativa (53) dell'accordo simulatorio consente di distinguere l'atto simulato dagli atti propriamente esecutivi, rafforzando quindi l'idea di una sua indiscussa negozialità: solo con il libero compimento dell'atto simulato i simulanti assicurano effettività a quanto originariamente programmato con l'accordo simulatorio. L'atto simulato è quindi libero e voluto e caratterizzato dalla specifica funzione di generare la situazione di apparenza prefigurata nell'accordo simulatorio. In questo senso non si potrebbe quindi sostenere una responsabilità per inadempimento all'obbligo di simulare della parte a cui è imputabile la mancata conclusione del contratto simulato. Tuttavia anche i sostenitori della tesi della natura configurativa dell'accordo simulatorio pervengono alla conclusione che il comportamento della parte che oppone il rifiuto a simulare costituisce una condotta contraria a buona fede, in quanto lesiva di legittimi affidamenti fondati sull'accordo simulatorio, e come tale capace di fondare una responsabilità risarcitoria di colui che si è sottratto all'attuazione della simulazione. Quest'ultime ricostruzioni si collocano in una posizione originale tra le varie teorie che si addensano intorno al fenomeno simulatorio in quanto tendono ad escludere non solo l'invalidità dell'atto ma anche la sua

(51) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 38.

(52) Sul punto Cass., 6 marzo 1970, n. 578, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1405 ss.

(53) Sul negozio di configurazione G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, 119, che individua il patto sulla forma *ex art.* 1352 c.c. come ipotesi paradigmatica di tale categoria negoziale, che si caratterizza per il porsi a fondamento di future operazioni complesse di cui fissa le linee di svolgimento; si tratta di negozi che non sono rivolti a dar vita ad effetti sostanziali ma si limitano ad operare sulla rilevanza ed efficacia di atti futuri. Sul punto, in tema di simulazione, A. ORESTANO, *op. cit.*, 385.

inefficacia, intesa in termini di patologia o vizio. La mancata produzione degli effetti propri dell'atto ostensibile è una inefficacia voluta e fisiologica, coesistente al fenomeno simulatorio al pari dell'inefficacia del contratto volontariamente condizionato. I sostenitori della tesi dell'inefficacia infatti vanno a loro volta distinti tra coloro che fanno riferimento ad una regolazione volontaria degli effetti, che implica anche la mancata produzione di taluni di essi e coloro che invece fanno riferimento alla cd. inefficacia in senso stretto (54), categoria che, data la carenza di definizione legislativa, è discussa anche in ordine alla sua configurabilità, ma che, se anche mira ad evidenziare una netta cesura rispetto alla tesi dell'invalidità, condivide con essa una lettura della simulazione come vizio della fattispecie. L'art. 1414 c.c., disponendo che il contratto simulato non produce effetto tra le parti, potrebbe indurre, ad una lettura superficiale, a considerare l'inefficacia come una sanzione dettata dall'ordinamento a fronte di una diversa volontà dei simulanti, orientata verso risultati cui non è consentito pervenire; in realtà la disposizione altro non fa che dare riconoscimento all'intenzione dei simulanti, ammettendo così la simulazione come atto legittimo di autonomia. L'inefficacia del contratto simulato, infatti, anche rispetto alle parti e anche con riferimento alla simulazione assoluta, non va intesa come inidoneità a produrre un qualsiasi effetto ma come inidoneità a produrre gli effetti propri del contratto simulato, le parti, simulando, non vogliono escludere qualsiasi tipo di effetto bensì vogliono le conseguenze che sono proprie della simulazione (55). Non si tratta soltanto di creare un'apparenza verso i terzi, ma di creare una situazione consapevolmente densa di conseguenze giuridiche. Tra queste l'attribuzione alle parti della possibilità di far venir meno in qualsiasi momento l'atto ostensibile (56),

(54) Da ultimo L. VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 1203.

(55) E. BETTI, *op. cit.*, 413 sottolinea l'ambiguità della formula legislativa, che utilizza tra l'altro una terminologia imprecisa, tuttalpiù riferibile alla sola simulazione assoluta. Più corretto sarebbe stato affermare che tra le parti il negozio simulato non produce effetti che siano in contrasto con il comune intento dissimulato oggetto dell'accordo simulatorio; ma R. SACCO, *op. ult. cit.*, 667, sostiene che il legislatore si è limitato a dettare una regola operativa senza avventurarsi in classificazioni. Valorizza invece l'argomento letterale A. AURICCHIO, *op. cit.*, 63.

(56) R. SACCO, *op. ult. cit.*, 669. A tale potere parte della dottrina collega la possibilità di "convalidare" il contratto simulato; in tal senso A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 521, il quale ammette la sanatoria del contratto simulato conseguente all'abban-

anche con iniziativa individuale (57); l'emersione di responsabilità a carico del simulato acquirente che ponga in essere atti pregiudizievoli per il simulato alienante, effettivo titolare (58); l'effetto dell'accettazione tacita dell'eredità, conseguente all'alienazione simulata di un bene ereditario (59). Ma soprattutto, come conseguenza generale e ricorrente e potremmo dire tipizzante la simulazione, dissociare gli effetti rispetto alle parti da quelli destinati ai terzi. Una delle più accurate riflessioni sull'argomento ha rimesso in discussione le conclusioni più risalenti, riconsiderando, alla luce dell'evoluzione del pensiero giuridico in tema di teoria del contratto, l'intera problematica prospettata dall'atto simulato (60). Viene così proposta una ricostruzione del negozio simulato come negozio valido, in quanto perfetto sotto il profilo strutturale (61) e anche, per alcuni, sul piano funzionale, per il fatto che determina, in ogni caso, alcune conseguenze; una funzionalità particolare quindi, quale è quella propria del procedimento simulatorio (62). Non solo il contratto dissimulato non è figura patologica, bensì atto normale, valido ed

dono dell'intesa simulatoria; nel senso della convalidabilità dell'atto simulato, data la disponibilità del diritto di impugnativa, è anche G. AJANI, *Simulazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 471.

(57) L'ammissibilità di un abbandono unilaterale della simulazione è più coerente con la tesi che vede nell'accordo simulatorio un negozio di configurazione e quindi mero atto programmatico da cui non sorgono obblighi a carico delle parti: come le parti non sono obbligate a concludere l'atto simulato così non sono obbligate a persistere nella simulazione, fermo rimanendo che il loro comportamento potrà essere valutato alla stregua del criterio della buona fede contrattuale e, in forza di tale giudizio, essere fonte di responsabilità.

(58) U. MAJELLO, *op. cit.*, 644; S. GATTI, *La responsabilità del simulato acquirente verso il simulato alienante per abuso della titolarità apparente in cui si trova per effetto della simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 309. Correlativamente non è responsabile il simulato alienante che esercita i propri diritti operando come titolare effettivo del bene simulatamente alienato; in questo senso Cass., 27 dicembre 2004, n. 24014, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, che ha escluso la responsabilità del simulato alienante che, in un caso di contratto simulato di compravendita dissimulante un vitalizio, essendosi verificato l'inadempimento del vitalizante, ha venduto a terzi l'immobile oggetto del contratto, utilizzando una procura irrevocabile a vendere che si era fatto rilasciare dal simulato acquirente a garanzia degli obblighi nascenti dal contratto di vitalizio.

(59) Così E. BETTI, *op. cit.*, 408.

(60) A. AURICCHIO, *op. cit.*, in particolare 26 ss. nega la teoria dell'invalidità dell'atto simulato.

(61) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 32 ss.

(62) F. ALCARO, *op. cit.*, 158.

efficace, ma, sotto il profilo strutturale, il negozio simulato presenta, nei suoi elementi esteriori e nei suoi requisiti oggettivi, una morfologia idonea a sostenere anche il corrispondente negozio dissimulato e si comporta, nei confronti dei terzi, come un negozio realmente voluto. Anche se valutiamo la simulazione sotto il profilo funzionale, nella relazione causale tra voluto ed attuato, l'istituto appare come una delle più alte espressioni di autonomia privata; le parti vogliono pervenire al singolare risultato di realizzare i propri interessi e ad un tempo, attraverso l'adozione di una diversa struttura formale, intervenire sulla realtà esterna creando consapevolmente una condizione di apparenza morfologica. Si avverte quindi come ingiustificata la riprovazione di frequente associata al fenomeno simulatorio, che spesso trapela anche nei commentatori (63). Tale attività è espressione di libertà e autodeterminazione al massimo grado; anche quella di alterare, sul piano soggettivo, la realtà, mediante la creazione di una situazione apparente (64). Le parti vogliono il contratto simulato ma non vogliono, tra loro, produrne gli effetti, mentre vogliono che si crei un'apparenza e l'ordinamento consente di pervenire a tale risultato e si limita a fissarne i limiti di rilevanza ed a correggerne gli effetti distorsivi ed in particolare quelli lesivi di altrui interessi, onde evitare che tale espressione di autonomia privata possa creare pregiudizio a soggetti esterni alla determinazione volitiva. Solo attraverso l'acquisizione di una tale consapevolezza e di un pieno riconoscimento di tale forza espressiva del diritto all'autodeterminazione si potrà giungere, nel ricostruire lo statuto normativo della simulazione, a soluzioni rigorose, che sfuggano alle facili suggestioni di una ricerca di giustizia del caso concreto, spesso solo apparente in quanto pregiudizialmente orientata. Non si riesce a cogliere le reali dimensioni del fenomeno dell'autonomia privata nella simulazione se si indaga il fenomeno nella sola prospettiva strutturale, mentre è necessario estendere la riflessione al profilo dinamico e funzionale; ma la perfezione strutturale dell'atto simulato, prospettata da una raffinata argomentazione dottrina (65), concorre a confortare l'idea che la ricostru-

(63) Significativa in tal senso la riflessione di A. PELLICANÒ, *op. cit.*, p. 107, che qualifica la simulazione come "fenomeno tipicamente capitalistico".

(64) N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, 141 ss. ritiene invece che la simulazione non sia estrinsecazione dell'autonomia privata, F. MES-SINEO, *op. cit.*, 435 ss.

(65) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 14 ss.

zione del fenomeno simulatorio non possa risolversi attraverso una negazione della stessa esistenza del negozio simulato, mediante la semplificatoria riconduzione ad una ipotesi di nullità (66). Tra le parti non sorge il rapporto sotteso all'atto simulato ma l'atto è in ogni caso struttura idonea all'attribuzione al soggetto di una situazione soggettiva formale giuridicamente rilevante. Lo studio della simulazione pone in termini nuovi il rapporto tra struttura e funzione e impone l'attribuzione di autonoma rilevanza ai problemi di struttura e agli aspetti funzionali. In generale il fenomeno dell'autonomia privata è soggetto a due diverse valutazioni normative: secondo la citata dottrina che, nell'argomentare le proprie conclusioni, concentra la propria riflessione sul profilo strutturale, una prima valutazione, condizionata alla perfezione della fattispecie legislativa, corrisponde a quella operata dal legislatore sul comportamento delle parti; l'altra invece, interna alla prima, è la valutazione che le parti fanno dei propri interessi e trova la sua espressione, in termini normativi, nell'efficacia negoziale. La dichiarazione negoziale costituisce il profilo esterno del complesso fenomeno simulatorio e, per alcuni (67), il suo esser « fatto » nella valutazione normativa, in quanto attività che si pone all'esterno dell'effettivo momento volitivo. La parte più viva e vitale del fenomeno resta al di fuori di tale concezione strutturale, e soprattutto con una diversa giustificazione dinamica, talché si rivela inadeguato tentare di risolvere il problema riducendolo ad una mera definizione del « fatto ». I simulanti, allo scopo di creare l'apparenza, hanno cura di emettere una dichiarazione che documentano in modo percepibile dai terzi. La simulazione consente di percepire che “fattispecie” e “autoregolamento” non sono modalità alternative di definire l'autonomia privata, bensì costituiscono due prospettive diverse da cui indagare

(66) La frase “negazione... dell'esistenza” viene qui usata senza tener conto delle teorie che vedono nell'inesistenza una categoria autonoma, distinta dalla nullità; sul punto riepilogativamente E. TREROTOLA, *Riflessioni in tema di inesistenza del negozio giuridico*, in *Giur. mer.*, 1994, 186 ss.; ma già F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1955, 208 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 68 ss., che nega la sussistenza dell'autonoma categoria dell'inesistenza distinta dalla nullità. In giurisprudenza, la distinzione viene rimarcata in Cass., 20 ottobre 1959, n. 2987, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, p. 1370 e più di recente Cass., 27 giugno 1985, n. 3854, in *Vita not.*, 1985, p. 674; Cass., 22 marzo 1993, n. 3378, in *Giust. civ.*, I, p. 1997.

(67) In questo senso G. FURGUELE, *op. cit.*, 57 ss.

il medesimo fenomeno (68). La separazione tra effetti nei confronti dei terzi e rapporti tra i contraenti assume una generale rilevanza, per cui, alla perfezione strutturale della dichiarazione sono affidati i cosiddetti effetti nei confronti dei terzi, mentre i rapporti intersoggettivi dei contraenti dipendono esclusivamente dal concreto auto-regolamento (69). Nella simulazione il concetto unitario di negozio si sdoppia e si crea una duplicità di situazioni normative, l'una autonoma nei confronti dell'altra, con una diversa organizzazione delle valutazioni, legale e volontaria, che si concentrano sul fenomeno simulatorio, così che dalla fattispecie promana una articolata distribuzione degli effetti. L'autonomo assetto normativo, tra struttura formale e risultato perseguito, si fonda sulla mancata coincidenza tra gli obiettivi dell'autonomia privata e quelli perseguiti dall'ordinamento, per cui tale diversità si riproduce, da un punto di vista formale, in una diversità di presupposti e di effetti e le rispettive valutazioni possono assumere posizioni divergenti, pur nella ricerca di una sincronia tra gli effetti dell'autoregolamento e la prospettiva dell'ordinamento.

Al di là delle predette considerazioni, a dimostrazione che il contratto simulato è inefficace (70) e non nullo si possono riepilogativamente individuare i seguenti argomenti:

— la simulazione non è indicata tra le cause di nullità del contratto all'art. 1418 c.c.;

— caratteristica della nullità è la sua assolutezza, la rilevanza *erga omnes*, per cui non si può pensare ad un contratto nullo ma valido, o quantomeno efficace, verso i terzi;

— all'art. 2652 c.c., in tema di pubblicità sanante, nullità e simulazione sono trattate separatamente (rispettivamente ai n. 6 e 4);

— il contratto simulato è opponibile e può essere pregiudizievole, quindi produttivo di conseguenze giuridiche che ne escludono la nullità, intesa come figura improduttiva di effetti.

I fautori della tesi dell'inefficacia contestano sia le teorie volontaristiche che quelle causalistiche, in quanto ritengono che sussistano entrambi gli elementi, sia la volontà che la causa, e da ciò

(68) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 15.

(69) Così A. AURICCHIO, *op. cit.*, 18.

(70) Nel senso dell'inefficacia Salv. ROMANO, *op. cit.*, 14 ss.; A. AURICCHIO, *op. cit.*, 53 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, 548 ss. e, con qualche perplessità, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, 360.

fanno derivare la conseguenza che la questione rileva in termini di inefficacia e non di nullità; le parti vogliono creare una parvenza, che costituisce la causa, strumentale, che le spinge a contrarre e che caratterizza la figura. La simulazione si inquadrebbe quindi nei casi di inefficacia consapevole, essendo l'accordo simulatorio, fulcro della figura, un prodotto della volontà. Viene quindi contestata alla radice sia la tesi della nullità del contratto simulato per mancanza di volontà (71) sia la tesi della nullità per mancanza di causa (72), e sembra oggi prevalere in dottrina la tesi dell'inefficacia. Ma anche sotto tale profilo appare semplificatorio ridurre la simulazione ad una ipotesi di mera inefficacia, o quantomeno di inefficacia assoluta, prospettandosi nella dottrina più recente, in realtà più attraverso le conclusioni cui si perviene che per una giustificata ricostruzione teorica, una sorta di inefficacia relativa. Nella dottrina più recente, anche laddove il profilo funzionale si colloca al centro della riflessione, nell'ascrivere la simulazione alle ipotesi di inefficacia anziché di nullità del contratto, sembra infatti emergere, in termini ancora non ben definiti, l'idea che nella simulazione non solo non manca una volontà ma vi è volontà di creare una situazione che produca effetti verso i terzi. Qui si va addirittura oltre la mera creazione di una apparenza. La simulazione infatti determina inefficacia tra le parti e, correlativamente, efficacia nei confronti dei soggetti che non siano i simulanti: subacquirente dal simulato acquirente, creditori dello stesso e terzi in genere (73). Non è quindi soddisfacente affermare che nella simulazione assoluta non si produce alcun effetto e tantomeno che il contratto simulato non produce effetti; infatti il contratto simulato produce quantomeno l'effetto di evocare

(71) In questo senso, sotto il codice previgente, F. FERRARA, *op. cit.*, 37 ss.; G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 72; sotto il codice vigente, tra gli altri, F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 154; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 125; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 547 ss.; N. DISTASO, *op. ult. cit.*, 62 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 156 ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 55 ss.

(72) F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 405 ss. Anche S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 542, pur con alcune specificità argomentative, rileva che l'accordo simulatorio priva il negozio della causa. Per E. BETTI, *op. cit.*, 405, la simulazione si caratterizza per la divergenza consapevole tra causa tipica e intento pratico.

(73) F. MESSINEO, *op. cit.*, 556.

nei terzi un simulacro di un contratto effettivo (74). Vi è poi chi afferma che si tratta di qualcosa di più, in quanto, fino a quando non è fatta valere la simulazione, il contratto simulato produce, nei confronti dei terzi, i suoi normali e regolari effetti (75). Il contratto simulato sarebbe quindi realtà, per i terzi, e non mera parvenza. La funzione della simulazione è di rendere “ostensibile e palese” ai terzi il contratto simulato. Vi è chi, in questo “creare apparenza e occultare la realtà”, ha parlato di *doppia vita* della simulazione (76). La sostanza della simulazione si manifesta sul piano degli effetti e proprio lo studio degli effetti nei confronti delle varie categorie di soggetti interessati (parti e varie categorie di terzi) costituisce lo strumento per ricostruire nel suo complesso il funzionamento dell’istituto. La sincronia tra l’atto e le situazioni soggettive, tra la dinamica e la statica giuridica, resta, nello studio della simulazione, una delle suggestioni più vive. Per la dottrina più recente (77) ciò che caratterizza la simulazione è la creazione di una doppia contemporanea situazione giuridica soggettiva per i destinatari degli effetti dell’atto, fissando una regola nel rapporto fra simulanti che rende parziale e contraddittoria quella diversa ed incompatibile fissata nei rapporti con i terzi. L’accordo simulatorio, tendenzialmente riservato, combinato con il contratto palese, fissa il sorgere di due diversi piani di regole e la conseguente produzione di due diversi piani di effetti giuridici, destinati l’uno ad essere ostensibile ai terzi ed a valere per loro, l’altro destinato ad operare tra le parti. La volontaria

(74) F. MESSINEO, *op. cit.*, 466.

(75) F. MESSINEO, *op. cit.*, 557, sostiene che il contratto simulato produce effetti verso i terzi fino a quando la simulazione non sia svelata; sembrerebbe quindi che per l’autore l’efficacia verso i terzi viene meno dal momento in cui la simulazione è nota ai terzi stessi. Per E. BETTI, *op. cit.*, 402, invece può esservi simulazione anche quando la finzione è nota o riconoscibile da parte dei terzi; per G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., 57 ss., la simulazione viene meno quando il terzo manifesta espressamente l’intenzione di farla valere, mentre non ritiene sufficiente la mera notorietà: esemplificando con riferimento al caso in cui un titolare apparente renda edotto il proprio creditore del fatto che il suo acquisto è simulato, afferma che tale dichiarazione è da ritenere irrilevante, in quanto non preclude al creditore di agire sulla base degli esiti del contratto simulato, verso di lui pienamente efficace. L’argomento perde tuttavia consistenza laddove ci si orienti verso la relatività dell’emersione della simulazione.

(76) F. MESSINEO, *op. cit.*, 464.

(77) N. CIPRIANI, *La simulazione di effetti giuridici. Appunti sulla fattispecie*, Napoli, 2011, 99 ss.; A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 530 ss.

creazione di un duplice coesistente piano di regole e di effetti, distinti altresì nell'individuazione dei destinatari, è l'elemento funzionale che connota la simulazione e che, secondo alcuni (78), consente di estendere lo statuto normativo della simulazione a tutte le situazioni che realizzano la medesima duplicazione di piani effettuali. I simulanti concordano di non innescare gli effetti di un contratto per quanto attiene ai loro rapporti, mantenendo la rappresentazione ai terzi del fatto produttivo di tali effetti, che permangono quindi attivi nei loro confronti: l'effetto giuridico che le parti estendono ai terzi è, per essi, esistente. Ciò che rileva ai fini della qualificazione in termini di sussistenza del fenomeno simulatorio è il profilo funzionale, consistente nella creazione, da parte dei simulanti, della contemporanea presenza di una duplicità di piani di regole e di effetti, tra loro incompatibili e destinati ad operare, quanto meno sul piano programmatico, in prospettive soggettivamente differenti; la sussistenza di tale profilo funzionale giustificerebbe l'applicazione della disciplina dettata in tema di simulazione, senza che rilevi, a tal fine, la struttura che configura il rapporto. Secondo tale orientamento, estensivo dell'ambito applicativo della disciplina della simulazione, quale che sia la struttura negoziale utilizzata, di fronte all'enunciato risultato di duplicazione effettuale, gli interessi delle parti simulanti e dei terzi finiscono con l'atteggiarsi sempre nello stesso modo. In tutti tali casi infatti sussistono categorie di terzi avvantaggiati e di terzi pregiudicati, i cui interessi debbono essere temperati secondo una regola rilevabile dall'ordinamento; in tutti tali casi si ha una rappresentazione all'esterno di una determinata situazione che non corrisponde a quella che le parti, nell'accordo simulatorio, convengono come effettiva e operante tra loro. Si pensi al caso, strutturalmente difforme per la mancanza del contratto simulato, ma omogeneo sul piano funzionale, in cui la simulazione si sostanzia in una pattuizione dell'effetto con la contestuale intesa che lo stesso non venga reso ostensibile e che, quindi, ai terzi sia celata la vicenda che le parti intendono realizzare, come potrebbe accadere nel caso in cui i simulanti concordano la cessione di un bene e contestualmente pattuiscono che la stessa resterà segreta tra loro, sì che agli occhi dei terzi continuerà a risultare proprietario chi, *inter partes*, non lo è più. Si simula quindi non un atto ma un "non effetto", mentre la vicenda

(78) N. CIPRIANI, *op. cit.*, 105; ed anche A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 531.

traslativa sarebbe dissimulata, con effetti quindi senz'altro assimilabili alla simulazione così come tipicamente descritta ma assai difforme sul piano strutturale per la mancanza del contratto simulato: una simulazione, per così dire, "statica" (79), che segnala l'insussistenza di una struttura negoziale ostensibile nella realizzazione dell'effetto simulatorio. L'ipotesi suddetta è significativa nel rendere manifesto come l'elemento caratterizzante il fenomeno simulatorio non è da collocarsi nell'atto simulato, bensì nell'accordo simulatorio con cui le parti danno vita al duplice piano effettuale, l'uno da ostendere ai terzi, l'altro da valere nei rapporti interni, ed altresì come l'assetto normativo applicabile debba essere ricostruito sulla base dei profili funzionali della fattispecie, più che in base ai suoi connotati strutturali.

2. La struttura della simulazione.

Individuata quindi la funzione della simulazione e definito il ruolo centrale che essa svolge, pur tuttavia complessi problemi si pongono anche in ordine alla definizione del profilo strutturale del fenomeno. Vi è infatti chi sostiene (80) che non ci sono due contratti, il simulato e l'accordo simulatorio e tantomeno, nella simulazione relativa, un contratto effettivo ed uno apparente, ma un'unica figura negoziale la cui funzione è creare apparenza nei terzi e, in alcuni casi, nella simulazione relativa, produrre tra le parti effetti diversi da quelli apparenti; non ci sarebbe quindi nemmeno una fattispecie inefficace. In questo senso orienterebbe anche il fatto che nel codice vigente la simulazione assurge, per la prima volta, ad istituto giuridico, oggetto di autonoma disciplina, che è la più compiuta e la maggiormente articolata che si evinca dalla comparazione con altri ordinamenti, mentre, in assonanza con il *code civil*,

(79) In questo senso già F. GALGANO, *Degli effetti del contratto. Art. 1374*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 10 ss., e più di recente, diffusamente, N. CIPRIANI, *op. cit.*, 110 ss., che nell'argomentare richiama la fiducia statica di cui discorre N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1971, 153 s., quale figura in cui un soggetto è titolare di una determinata situazione giuridica soggettiva e, da un certo momento in poi, muta il titolo della propria intestazione, considerandola come fiduciaria, e quindi obbligandosi a esercitare la propria legittimazione non più liberamente ma in conformità al titolo fiduciario.

(80) F. MESSINEO, *op. cit.*, 474 ss.

nella legislazione previgente, era semplicemente richiamata in alcune disposizioni, collocate disorganicamente e disciplinanti soprattutto i profili probatori, illeciti o fraudolenti. Ancora più convincente, nel senso di una ricostruzione in senso monistico del fenomeno, è, sotto il profilo soggettivo, il fatto che le parti del contratto simulato e dell'accordo simulatorio devono coincidere. Gli autori si dividono quindi tra fautori della teoria dualistica, che individua cioè la presenza di una duplicità di negozi, e fautori della teoria monistica (81). Nel ricostruire la struttura della simulazione è questione preliminare dedicarsi a definire il senso delle varie figure che vengono richiamate: contratto simulato, contratto dissimulato, accordo simulatorio, controdichiarazione, fissandone le differenze e le relazioni tra loro intercorrenti.

3. L'accordo simulatorio.

Il fenomeno simulatorio si risolve nella compresenza, necessaria e sufficiente, di accordo simulatorio e atto simulato. L'accordo simulatorio, relativo al piano interno ai soggetti agenti, fonda la figura, determina la rilevanza *inter partes* e incide sui comportamenti ulteriori, qualificandone la natura. L'atto simulato, relativo al piano esterno rispetto ai soggetti agenti, riferito pertanto ai terzi « destinatari » degli effetti manifesti, concorre ad integrare il procedimento simulatorio nella sua rilevanza operativa. Abbiamo già detto che la sussistenza di un accordo simulatorio, di cui merita evidenziare la valenza positiva e programmatica, è indefettibile presupposto per l'esistenza del fenomeno simulatorio (82). Vi è chi, allo scopo di distinguere l'accordo simulatorio dall'atto simulato, osserva che con l'accordo simulatorio i simulanti "si propongono d'ingannare i terzi facendo credere di compiere un atto ch'essi

(81) Da ultimo, tra gli altri, F. ANELLI, *Simulazione e interpretazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, Milano, 2006, 577, che riconosce un ruolo autonomo all'accordo simulatorio. U. MAJELLO, *op. cit.*, 643, lo ritiene parte strutturale del contratto simulato; anche R. SACCO, *op. ult. cit.*, 646, vede nell'accordo un frammento della complessiva dichiarazione. Per DISTASO, *op. ult. cit.*, 336 ss. contratto simulato e accordo simulatorio si identificano; in senso critico F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 476. Per G. FURGIUELE, *op. cit.*, 72, l'accordo simulatorio è un enigma.

(82) Cass., 11 giugno 1973, n. 1678, in *Foro it. Rep.*, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 82.

realmente non vogliono effettuare” (83) e che quindi « in esecuzione di tale accordo essi compiono esternamente l’atto fittizio, cioè dichiarano di volere, mentre non vogliono in realtà » (84). Lo stesso autore tuttavia precisa che quest’accordo simulatorio non deve intendersi come un vero contratto diretto ad attribuire apparenza; basta una semplice intesa fra le parti, addirittura la semplice cooperazione passiva o acquiescenza di una di esse (85). Ancor più chiaramente precisandosi che « non occorre una volontà diretta a quello scopo; basta una semplice intesa di tutti i partecipi al negozio, o dell’autore e del destinatario di esso » (86). Secondo questo orientamento l’accordo simulatorio finisce per identificarsi nella reciproca consapevolezza della parti circa la divergenza tra volontà e dichiarazione e, ad un tempo, nella reciproca volontà in ordine al realizzarsi della divergenza stessa. Per altro orientamento dottrinario (87) l’agire in fatto costituisce la vera sostanza dell’accordo simulatorio. Nella prospettiva della simulazione come attività in fatto (o non negoziale), l’accordo simulatorio è l’atto con cui le parti manifestano la convergente volontà di dar vita al contratto simulato e, ad un tempo, la comune consapevolezza circa l’effettivo valore da attribuire a tale contratto. Vi è infatti chi (88) sostiene che l’accordo simulatorio sia « un patto che non rientra nella cerchia degli atti giuridici, ma che va considerato pel diritto semplicemente come un *fatto*, per quanto racchiuda una manifestazione di volontà » (89). Vi è altresì chi sostiene che l’accordo simulatorio altro non sia che « un semplice preliminare di fatto del negozio simulato, privo di una sua autonomia effettuale che lo possa far qualificare come negozio giuridico autonomo » (90). Vi è poi chi definisce l’accordo simulatorio come l’accordo con cui le parti stabiliscono ed accertano, in modo vincolante, che le dichiarazioni emesse non sono in realtà volute, riconoscendo quindi, all’accordo simulatorio, natura di ne-

(83) F. FERRARA, *op. cit.*, 36.

(84) F. FERRARA, *op. cit.*, 37.

(85) Così F. FERRARA in un inedito riportato in Salv. ROMANO, *op. cit.*, 396 nota 155.

(86) F. FERRARA, *op. cit.*, 48, per il quale « nel contenuto... la riserva mentale non si distingue essenzialmente dalla simulazione ».

(87) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 68 ss.

(88) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 69 ss.

(89) G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 92 e cfr. anche F. PESTALOZZA, *op. cit.*, 800.

(90) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 46.

gozio di accertamento (91). Secondo altri l'accordo simulatorio costituisce una « convenzione interpretativa » (92) secondo la quale la dichiarazione simulata deve essere interpretata « alla luce e sulla scorta dell'intesa simulatoria, quasi fosse una dichiarazione con funzione indicativa o allusiva resa in un linguaggio convenzionale » o, altresì, come una sorta « di negozio ausiliario, che fa corpo col negozio simulato, e ha la funzione di una interpretazione autentica, con la quale le parti accertano il significato soggettivo della dichiarazione palese, neutralizzandone il significato oggettivo » (93). Ed ancora, sempre tenendolo distinto dal « negozio » simulato, vi è chi ravvisa nell'accordo simulatorio « un negozio bilaterale, con una sua causa assolutamente tipica, che può assumere due configurazioni: o di ragione *distruttrice* o di ragione *modificatrice* della causa (materiale) » del negozio ostensibile (94), traendo, dall'espressa menzione di esso fattane nell'art. 1414 c.c., conforto per la qualificazione in termini di negozio nominato (95). Più tardi altri, collocandosi in analoga prospettiva, non esiterà a portare alle estreme conseguenze il ragionamento ritenendo che « il riconoscimento del carattere negoziale dell'accordo simulatorio conferma l'applicabilità di massima della disciplina contrattuale e, in particolare, la possibile invalidità dell'accordo per vizio del consenso » (96). Parte della dottrina esclude che all'accordo simulatorio siano applicabili le norme proprie della disciplina del contratto in materia di forma, di formazione del consenso, di liceità del contenuto, di legittimazione a contrarre. Per alcuni infatti « l'intesa simulatoria non è né un contratto, né un vero pezzo di contratto » (97); non può tuttavia escludersi che l'accordo simulatorio costituisca un patto modificativo di un contratto, tale da rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 2722 c.c.. Si confrontano quindi la tesi dell'accordo simulatorio come negozio e la sua opposta considerazione come fatto. Vi è poi chi risolve l'accordo simulatorio in « un intento comune negativo in ordine all'esecuzione di un negozio » (98). L'accordo simulatorio

(91) L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, 540 e così sembrerebbe anche, in sostanza, A. GENTILI, *Il contratto simulato*, cit., 281.

(92) E. BETTI, *op. cit.*, 409.

(93) E. BETTI, *op. cit.*, 411.

(94) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 571.

(95) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 572.

(96) C.M. BIANCA, *op. cit.*, 3, 660.

(97) R. SACCO, *op. ult. cit.*, 583.

(98) Salv. ROMANO, *op. cit.*, 40.

precede o è contemporaneo all'atto simulato (99) e deve persistere fino alla sua conclusione; il documento che lo rivela, la cd. contro-dichiarazione, può essere anteriore alla simulazione, in ciò rilevando come mera rivelazione anticipata di un proposito da attuare in futuro, ovvero posteriore, rilevando esclusivamente per il suo valore narrativo e confessorio dell'accaduto (100). Di siffatto accordo non è necessaria né un'espressa formulazione, né una qualsivoglia formalizzazione. Per alcuni si ha pur sempre simulazione anche quando la sequenza simulatoria, considerata dal punto di vista del compimento in fatto del "versante materiale dell'azione ingannatoria", preceda e non segua il concretizzarsi dell'accordo simulatorio (101). Ma tale soluzione sembra frutto di un equivoco. L'accordo simulatorio acquista senso giuridico solo se pensato non in sé, ma in combinazione con quell'attività che, nella sua consistenza di fatto, ne costituisce il referente necessario, in unione, cioè, al « negozio » simulato, che ne rappresenta non tanto l'esecuzione, seppur nel senso lato di cui si è detto, quanto il completamento, com'è di un'operazione che rimane pur sempre unitaria ed omogenea. Accordo simulatorio e « negozio » simulato solo reciprocamente combinandosi consentono al fenomeno simulatorio di essere compiutamente se stesso. L'accordo simulatorio può essere simulato a sua volta. Nulla esclude infatti che le parti vogliano porre in essere un'apparenza di simulazione, mentre vogliono che il contratto, apparentemente simulato, realizzi, anche *inter partes*, i propri effetti. È quindi l'accordo simulatorio il centro propulsivo del fenomeno simulatorio che si irradia, combinandosi, con gli altri atti del

(99) In questo senso concordi dottrina e giurisprudenza; *ex multis* G. STOLFI, *op. cit.*, 858; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 661 ed in giurisprudenza Cass. 21 luglio 1984, n. 4275, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 1427; Cass., 14 aprile 1972, n. 1187-8, *ibidem*, *Mass.*, 1972, 645-6; Cass., 17 febbraio 1965, n. 266, *ibidem*, *Mass.*, 1965, 117. Per G. FURGIUELE, *op. cit.*, 69 ss., può esservi la stipulazione di un negozio effettivo, cui successivamente acceda l'intesa delle parti a ritenerlo fra loro inoperante pur conservandone la parvenza, per indurre nei terzi gli effetti propri della simulazione e cioè il convincimento in ordine alla sussistenza di un determinato assetto dei rapporti giuridici vigenti tra le parti, in conformità a quanto originariamente voluto e poi fatto oggetto di risoluzione. Sul punto anche A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 281. Irrilevante invece l'eventuale riserva mentale, rispetto al precedente effettivo accordo simulatorio, con cui una delle parti addivenga all'atto, che dovrà, pertanto, ritenersi pur sempre simulato.

(100) Così Cass. 11 aprile 1975 n. 1362, *cit.*

(101) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 71.

procedimento. Anche accordo simulatorio e contratto dissimulato non vanno confusi, anche se normalmente inclusi nel medesimo documento. Si sostiene che anche qui si hanno due negozi autonomi, distinti seppur collegati, come risulta dal fatto che la nullità dell'uno non necessariamente coinvolge l'altro, ed altresì dal fatto che nella simulazione assoluta esiste il solo accordo simulatorio. A ben vedere, sul piano strutturale, non esiste un contratto dissimulato bensì, se di pluralità di negozi si deve parlare, si hanno soltanto un contratto simulato ed un accordo simulatorio; la combinazione di tali negozi può condurre, a seconda del ruolo che si intende affidare all'accordo simulatorio, a escludere la produzione di effetti *inter partes*, nella simulazione assoluta, ovvero, nella simulazione relativa, a realizzare tra le parti gli effetti di un diverso contratto, che tuttavia non si concretizza nella sua dimensione strutturale ma solo in quanto referente effettuale; tant'è che la simulazione relativa può determinare gli effetti di un diverso tipo negoziale ovvero anche di soltanto alcuni elementi o clausole del contratto simulato, in quanto simulazione parziale. Più che di una contrapposizione strutturale tra contratto simulato e contratto dissimulato, con la presenza di un terzo negozio, l'accordo simulatorio, che fissa la relazione e i rispettivi ambiti di efficacia dei due contratti, si prospetta una ricostruzione dell'accordo simulatorio come integrazione del contratto simulato, che ne definisce il profilo effettuale *inter partes*. Secondo tale ricostruzione la tripartizione logica contratto simulato, accordo simulatorio, contratto dissimulato non è corretta. Non esiste, in termini strutturali, un contratto dissimulato, bensì un contratto simulato e una sua integrazione mediante l'accordo simulatorio. In questi termini appare poco conferente anche la polemica tra la ricostruzione monistica e quella dualistica, nel senso che vi è certamente una duplicazione di negozi, nel senso che l'accordo simulatorio ha una sua autonoma valenza strutturale e funzionale, ma quest'ultimo va ad incidere sul contratto simulato, fissandone la scissione dei piani di efficacia e il contenuto degli effetti *inter partes*, secondo una logica combinatoria più che di collegamento negoziale. Vi è invece chi rileva una reciproca autonomia tra contratto simulato e accordo simulatorio, in quanto produttivi di effetti diversi, da cui deve postularsi una necessaria duplicità di consensi. Anche per chi rileva un collegamento negoziale, unilaterale, tra contratto simulato e accordo simulatorio, le locuzioni "contratto simulato" e "contratto dissimulato" sarebbero in ogni caso parti del tutto, singole componenti della simulazione intesa nel suo complesso; contratto simulato

e accordo simulatorio costituiscono componenti di un programma di simulazione, due momenti di un unico fenomeno (102). Vi è infatti chi discorre di procedimento simulatorio (103). Tra le due tesi, quella dei due negozi collegati e quella dell'unico negozio (104), frutto della combinazione tra i vari segmenti, tende ancora a prevalere la prima, prevalentemente facendo affidamento sul dato letterale (105). L'art. 1414 c.c. fa riferimento a contratti e non a frammenti negoziali, per cui, si sostiene, si ha collegamento e non combinazione, poiché non può che esservi dualità considerando che i due contratti sono indirizzati verso effetti divergenti, per cui la volontà opera, in ciascun contratto, diversamente. Ma il dato letterale non va sopravvalutato, nel senso che l'enunciato normativo, con il termine "contratto", intende riferirsi agli effetti che esso produce, verso i terzi o verso le parti, per cui non esiste un riferimento letterale che orienti al modello dualistico, bensì un semplice riferimento sintetico e convenzionale alla dualità di effetti. Il dualismo della simulazione non si realizza quindi a livello strutturale, attraverso una pluralità di contratti, bensì a livello funzionale, in virtù della duplicità di piani effettuali che essa mira a realizzare. Il dato letterale evidenzia in più occasioni tale profilo dualistico ma i riferimenti alla pluralità di contratti debbono sempre riferirsi alla duplicità di effetti contrattuali; si tratta di una metonimia in cui il legislatore cita la causa, il contratto, in luogo del suo effetto. I due atti, contratto simulato e accordo simulatorio, sono autonomi da un lato ma complementari dall'altro, al fine di realizzare gli effetti propri della simulazione: una duplicità di piani sotto il profilo effettuale. Il problema si ridimensiona per coloro che negano la natura negoziale del contratto simulato. Prevale tuttora il convincimento della natura negoziale dell'atto simulato, inidoneo a produrre gli effetti propri del tipo adottato ma dotato di una sua propria e specifica funzione che è quella, per alcuni, di dar vita all'apparenza, per altri, di realizzare la scissione del piano effettuale tra parti e

(102) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 548; F. MESSINEO, *op. cit.*, 477, afferma che il contratto dissimulato costituisce "esecuzione" dell'accordo simulatorio.

(103) Vedi in particolare Salv. ROMANO, *op. cit.*, 54; ma anche F. MESSINEO, *op. cit.*, 478.

(104) F. FERRARA, *op. cit.*, 43 ss., e dubitativamente S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 542 ss.

(105) In questo senso E. BETTI, *op. cit.*, 396 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, 240; R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 157 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, 479.

terzi (106). Tuttavia coloro che sostengono e valorizzano la natura sostanzialmente esecutiva dell'atto simulato, in quanto attuazione del contenuto normativo dell'accordo simulatorio, dubitano della negoziabilità del contratto ostensibile. In questo senso si afferma che il contratto simulato non è destinato a porre in essere alcun impegnativo regolamento di interessi (107). Al riguardo tuttavia non convince l'argomento che fonda l'esclusione della negoziabilità dell'atto simulato sulla sua natura di atto dovuto, essendo sufficiente sul punto il rinvio alla discussione sul rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo. Tra le parti quindi si producono determinati effetti, verso i terzi, si sostiene, se ne producono altri: è questa scomposizione del piano effettuale la vera essenza funzionale della simulazione (108). Il tutto è reso palese dal testo normativo: art. 1414 comma 1, « il contratto simulato non produce effetto tra le parti »; art. 1414 comma 2 « ha effetto tra esse (*le parti*) il contratto dissimulato »; art. 1415 comma 2 « i terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti (*solo*) quando essa pregiudica i loro diritti ». È lo stesso legislatore che scinde i piani effettuali, tra le parti e verso i terzi e, in linea generale, sancisce che, in assenza di pregiudizio, per i terzi vale il contratto simulato (*rectius* gli effetti propri del contratto simulato), non potendo essi, in via generale, eccepire alle parti la simulazione. Né a tale ricostruzione osta il principio di relatività degli effetti del contratto sancito, come noto, all'art. 1372 c.c. (109). È ormai acquisito dalla più recente elaborazione ricostruttiva che il fondamento, anche logico, del principio di relatività non esaurisce il problema della rilevanza che il contratto può avere verso i terzi (110). Il contratto produce effetti diretti, tra le parti, ed effetti riflessi, costituenti la rilevanza esterna del con-

(106) Per A. ORESTANO, *op. cit.*, 398, per giustificare la disciplina della simulazione verso i terzi non è necessario sostenere che la simulazione produca effetti verso i terzi.

(107) A. ORESTANO, *op. cit.*, 390.

(108) Per G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 91 ss., connaturato con la simulazione è l'intento di ingannare i terzi, al punto che il risultato simulatorio è subordinato al compimento di un "atto di consumazione dell'inganno"; in senso critico F. FERRARA, *op. cit.*, 460.

(109) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 89, conferma in astratto l'adesione al principio di relatività inteso in senso tradizionale, ma giunge poi a conclusioni che ridimensionano significativamente tale principio.

(110) F. ALCARO, *Effetti del contratto*, in *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2011, 65.

tratto, implicante da un lato il riconoscimento e la tutelabilità dei diritti derivanti dal contratto nei confronti di chiunque, dall'altro la cosiddetta opponibilità (111) *erga omnes* delle situazioni giuridiche soggettive che dal contratto promanano e che esprime la rilevanza del contratto come fatto cui i terzi restano soggetti (112). Secondo una riconsiderazione evolutiva del sistema delle fonti vi è anche chi attribuisce all'autonomia privata poteri conformativi delle altrui sfere giuridiche, con parziale o totale efficacia *erga omnes*, superando così il postulato secondo cui i contraenti debbono necessariamente coincidere con i destinatari degli effetti (113). Il problema della rilevanza del contratto nei confronti dei terzi si pone in termini più appariscenti, ma non esclusivi, in ordine ai contratti produttivi di effetti traslativi e che in quanto tali si collocano all'interno di una vicenda circolatoria, complessivamente influenzata, per le conseguenze che possono riverberarsi sugli atti a valle ed a monte, da ogni segmento della vicenda stessa (114); ciò è tanto vero che la disciplina della simulazione è, quantomeno agli artt. 1415 e 1416 c.c., che appunto regolano gli effetti verso i terzi, modellata sulla simulazione di contratti ad effetti traslativi, come palesato dai molteplici riferimenti al simulato alienante ed al simulato acquirente. Gli effetti della simulazione, di creare una situazione valevole per i terzi, diversa da quella che regolerà i rapporti tra le parti, sono fatti propri

(111) F. MESSINEO, *op. cit.*, 463 ss., rileva che il concetto di opponibilità e inopponibilità è concetto relativo, che vale non per la generalità dei terzi, ma solo per il terzo a cui si fa riferimento; su posizioni diverse sembra A. AURICCHIO, *op. cit.*, 138 ss. il quale ritiene che il contratto simulato non può essere efficace per alcuni soggetti e non per altri; ma al riguardo bisogna tener conto che quest'ultimo autore è legato ad un concetto rigoroso di relatività del contratto, tant'è che ritiene che il contratto simulato sia necessariamente inefficace anche per i terzi, *op. cit.*, 94.

(112) G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, 35 ss., rileva che è più corretto fondare il ragionamento in ordine agli effetti sulla distinzione tra atto, per le parti, e fatto, per i terzi, più che rifarsi alla distinzione tra effetti diretti e effetti riflessi; per F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 32 ss. si tratta di "effetti esterni del contratto".

(113) In questo senso N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 727 ss. e ID., *Le fonti legate all'autonomia dei privati*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, I, 136 ss.; vedi anche F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 80 ss.

(114) Nel considerare il contratto come fatto giuridico si sposta l'attenzione dal negozio alla circolazione giuridica e questa dà la cifra dell'efficacia dell'atto e dei suoi destinatari; cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, 183.

dall'ordinamento, il quale non consente al terzo di disvelare e fare propri gli effetti tra le parti, ricomponendo quindi i due piani, interno ed esterno, e riconducendoli ad unità, bensì tale scissione persiste e può essere disattesa solo nel caso, eccezionale quindi, in cui la simulazione determina pregiudizio a carico di un soggetto, il terzo, che alla realizzazione di tale situazione non ha concorso, secondo il generale principio che il contratto non può produrre effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi. L'ordinamento è quindi rispettoso dell'autodeterminazione dei contraenti ma non fino al punto che ciò possa pregiudicare le ragioni di un terzo e, nel preordinare le ragioni di tutela del terzo stesso ed i limiti al potere di autonomia, si incentra in sostanza tutta la disciplina codicistica della simulazione. È nota la distinzione, anche sotto il profilo dogmatico, nell'ambito del fenomeno della simulazione, tra simulazione assoluta e simulazione relativa ma, nella configurazione prospettata, non sembra che possa ravvisarsi una distinzione ricostruttiva, essendo entrambe funzionali a creare una duplicazione di piani effettuali, una duplicità quindi di situazioni giuridiche soggettive a contenuto antinomico se considerate in assoluto, ma compatibili se collocate su dimensioni diverse, la dimensione delle parti e quella dei terzi. Alcuni casi limite appaiono significativi nel confermare tale ricostruzione (115). Le parti stipulano un contratto che vogliono effettivo ma si accordano nel senso che vogliono nascondere ai terzi la sua esistenza: quello cioè che potrebbe essere un normale accordo di riservatezza. Si ritiene comunemente che tale situazione sia insuscettibile di riconduzione nell'ambito delle consuete formule esplicative del fenomeno simulatorio, in quanto non ravvisabile, secondo la ricostruzione tradizionale, una divergenza tra volontà e dichiarazione, né una alterazione del fattore causale (116). Anche qui tuttavia le parti hanno inteso indurre nei terzi il convincimento circa il perdurare di una situazione giuridica che invece risulta modificata a seguito della stipulazione del contratto riservato. Ancor più evidente è tale effetto qualora tra le parti intercorra già una relazione contrattuale che risulta superata o modificata dal contratto

(115) In parte indagati da G. FURGIUELE, *op. cit.*, 68 ss.

(116) All'ipotesi, in termini problematici, accenna R. SACCO, *op. cit.*, 381, in quanto anche in questo caso si vuole ingenerare una situazione di contrasto fra realtà ed apparenza. Ne nega, per contro, la riconducibilità alla simulazione C. M. BIANCA, *op. cit.*, 3, 661. Per un'ampia elaborazione della casistica in argomento, F. FERRARA, *op. cit.*, 222 ss.

celato. Gli elementi di convergenza verso la simulazione appaiono quindi di tutta evidenza. Similmente nel caso in cui alla stipulazione di un negozio effettivo segua un accordo con cui le parti decidono di risolvere l'originario contratto ma intendono al contempo conservarne l'apparenza, ivi compresi i relativi indici di pubblicità, in funzione della conservazione nei terzi del convincimento in ordine alla sussistenza dell'originario assetto dei loro rapporti giuridici. Nuovamente si è in presenza di una ipotesi che ripete l'andamento proprio dell'agire simulando effetti negoziali. Ed ancora, nel caso in cui si sia pervenuti ad un'intesa simulatoria e quindi alla stipulazione di un contratto simulato, con successiva risoluzione dell'accordo simulatorio e conseguente piena attuazione dell'accordo originariamente simulato (117). In tutti tali casi rileva il fatto che attraverso l'accordo simulatorio così come mediante un successivo patto, risolutorio dell'originario accordo simulatorio, le parti creano un duplice piano effettuale, tra le parti e verso i terzi, ovvero lo fanno venire meno, ricomponendo così ad unità l'originario dualismo.

4. La controdicchiarezza.

La controdicchiarezza è « il documento mediante il quale le parti manifestano o attestano il loro accordo simulatorio » (118). Costituisce quindi controdicchiarezza ogni documento redatto dai simulanti, che può esplicare funzione di prova documentale, di confessione (stragiudiziale) o di negozio di accertamento, nella consapevolezza che la funzione probatoria, confessoria o accertativa, ha come oggetto l'accordo simulatorio. Il termine controdicchia-

(117) Sull'ammissibilità di uno scioglimento dell'accordo simulatorio per mutuo consenso ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 709, G. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, 975. Contrario F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 11, in quanto fautore della natura meramente dichiarativa dell'accordo simulatorio. Diverso è quanto deciso da Cass. 9 giugno 1992, *cit.*, che ritiene non applicabile il mutuo dissenso alla controdicchiarezza, in quanto atto non negoziale a natura dichiarativa. Per A. ORESTANO, *op. cit.*, 411 ss., l'esecuzione del contratto simulato può valere come risoluzione tacita dell'accordo simulatorio per mutuo dissenso; l'Autore si sofferma sul problema degli effetti, retroattivi o meno, di tale scioglimento.

(118) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 555 ss.

razione trova spazio esclusivamente all'art. 164 c.c. In ogni caso essa svolge una funzione essenzialmente probatoria e si distingue dall'accordo simulatorio, oltre che, sul piano ontologico, per esserne la manifestazione a rilevanza probatoria, altresì per essere contenuta, di solito ma non necessariamente, in un documento. L'accordo simulatorio è la sostanza della volontà espressa, la controdi chiarazione è ciò che la contiene, la modalità espressiva dell'accordo simulatorio; per questo, mentre l'accordo simulatorio, atto negoziale programmatico, deve essere coevo o addirittura precedente all'atto simulato, la controdi chiarazione, in quanto dichiarazione di scienza a rilevanza probatoria, di solito confessionale, può essere anche successiva. Se la controdi chiarazione si è formata anteriormente, sarà necessario accertare in concreto che l'intento simulatorio si è successivamente mantenuto e ancora sussisteva al momento della stipulazione del contratto simulato. Ovviamente non può procedere l'accordo simulatorio essendo di esso modalità espressiva. La controdi chiarazione non può essere simulata, ma può essere falsa, in quanto dichiarazione di scienza. La giurisprudenza di recente ha ritenuto la controdi chiarazione un atto di riconoscimento o di accertamento, a carattere negoziale, che non costituisce elemento essenziale del procedimento simulatorio (119). La natura della controdi chiarazione ha fatto escludere, a differenza di quanto può accadere per l'accordo simulatorio, che la stessa possa essere risolta per mutuo dissenso, per cui un eventuale accordo successivo in tal senso non preclude la possibilità di accertare l'avvenuta simulazione (120). La controdi chiarazione risulta estranea rispetto ai requisiti strutturali della simulazione, per cui deve escludersi ogni rilevanza delle controdi chiarazioni dal punto di vista perfezionativo del procedimento simulatorio. Le controdi chiarazioni implicano l'incorporazione in un documento e debbono essere sottoscritte o, comunque, provenire da ciascuno di coloro ai quali è riconducibile l'operazione simulatoria (121). Tuttavia è stato ritenuto sufficiente che la controdi chiarazione provenga anche dalla sola parte contro il cui interesse è redatta, in quanto il documento ha la funzione di attestare la verità rispetto a quanto posto in essere, destinato quindi a precostituire uno strumento di prova. Sul piano contenutistico

(119) Cass., 30 gennaio 2013 n. 2203, in *Mass. Cass. civ.*, 2013.

(120) Cass., 9 giugno 1992, n. 7084, cit.

(121) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 89; G. MESSINA, *op. ult. cit.*, 104 rileva che la controdi chiarazione resa oralmente tra le parti, in presenza di un terzo, sopporta i medesimi limiti probatori che incontra la prova testimoniale del terzo.

l'elemento qualificante la controdedichiarazione è costituito dalla "smentita espressa dell'atto ostensibile" (122). Vi è tuttavia chi ritiene che la controdedichiarazione non ha ad oggetto il solo accordo simulatorio, bensì l'intera operazione simulatoria (123). Pur costituendo dichiarazioni di scienza, espresse documentalmente e volte a preconstituire un mezzo di prova circa gli effettivi rapporti tra le parti, le controdedichiarazioni non necessariamente rilevano come confessione stragiudiziale (124). Ciò sarà possibile solo in caso di controversia tra le parti originata dall'atto simulato, in mancanza della quale non si rileva quella dichiarazione *contra se* che della confessione costituisce l'essenza (125). In caso di controdedichiarazioni, di cui i terzi, che ne siano venuti in possesso, facciano uso gli uni contro gli altri a fini probatori, esse non possono valere come confessione, ma solo come prova documentale, suscettibile di prova contraria. D'altra parte, l'indubbia possibilità che la controdedichiarazione, in quanto preconstituzione di uno strumento di prova documentale, possa per le parti tradursi in entità dotata di efficacia confessoria, implica che possa considerarsi controdedichiarazione soltanto quella proveniente da uno dei simulanti (126).

5. Problemi di forma.

Le disposizioni che disciplinano la simulazione in materia di forma vengono spesso richiamate a conforto della tesi del dualismo

(122) Per R. SACCO, *op. ult. cit.*, 383; F. FERRARA, *op. cit.*, 317, la segretezza non è elemento essenziale della simulazione, anche se di solito corrisponde all'interesse dei simulanti.

(123) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 88 ss.

(124) Rileva R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Messina*, VII, 1932-3, 392 nota 1, che nelle controdedichiarazioni è percepibile un « atteggiamento confessorio »; riferimenti anche in M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 167; F. FERRARA, *op. cit.*, 314, C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 242; N. DISTASO, *op. ult. cit.*, 586.

(125) Su questo punto C. FURNO, *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1961, 910.

(126) In tal senso in giurisprudenza per tutte cfr. Cass., 10 aprile 1986, n. 2502, in *Giust. civ., Mass.*, 1986, 692 e Cass., 18 giugno 1986, n. 4071, *ibidem*, *Mass.*, 1986, 1164. In dottrina cfr. F. FERRARA, *op. cit.*, 314.

strutturale (127). Da esse si dedurrebbe infatti che il necessitato rispetto delle regole formali predisposte dall'ordinamento per ciascun contratto, costituisce conferma della loro duplicità. In realtà proprio la disciplina in materia di forma orienta nel senso di una duplicità di effetti ma di un monismo strutturale, nei limiti innanzi delineati, della figura, ricostruzione che giustifica la sufficienza della forma legale in uno solo dei frammenti negoziali che compongono la fattispecie, essendo l'altro frammento attratto nel primo e di completamento della complessiva figura. Ciò vale per quella parte della dottrina (128) e giurisprudenza prevalente che ritiene che il richiamo ai requisiti formali di cui all'art. 1414, 2° comma, vada riferito al contratto simulato. Vi è tuttavia un orientamento di contrario avviso. Le opinioni sono evidentemente influenzate dalla locuzione "ne" utilizzata dal legislatore, che tuttavia non può considerarsi decisiva nel pervenire alla soluzione interpretativa (129). Il legislatore non detta alcuna disposizione specifica in ordine alla forma necessaria a sostenere il contratto simulato; più precisamente, il legislatore non si preoccupa, attraverso una disposizione espressa, che vengano rispettati i requisiti di forma previsti per realizzare, verso i terzi, gli effetti corrispondenti al contratto simulato, ma il fatto che non siano dettate disposizioni espresse non va inteso nel senso che, sotto tale profilo, la forma sia libera. Viene rilevato, e l'argomento non è di poca portata, che sarebbe ingiusto che la forma prescritta per realizzare gli effetti di un contratto non simulato possa essere elusa quando la volontà in tal senso delle parti sia occultata (130). In realtà il legislatore richiede che, per ciascuno degli effetti prodotti, tra le parti o verso i terzi, sia rispettata la forma prevista per le figure contrattuali corrispondenti alla realizzazione di tali effetti; manca infatti una disposizione espressa che consenta di derogare alle disposizioni in tema di forma dettate per il corrispondente tipo contrattuale. Il legislatore si preoccupa di dettare una sola

(127) F. MESSINEO, *op. cit.*, 481 ss.

(128) E. BETTI, *op. cit.*, 198 ss.; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1947, I, 424; Salv. ROMANO, *op. cit.*, 67 ss.; A. AURICCHIO, seppur dubitativamente, *op. cit.*, 177.

(129) Valorizza invece la locuzione, F. MESSINEO, *op. cit.*, 482, nota 145.

(130) Ulteriore argomento addotto da F. MESSINEO, *op. cit.*, 484, ma anche G. STOLFI, *Ancora sulla forma del contratto dissimulato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 154 ss.

regola in tema di forma, in mancanza della quale non si sarebbe potuti pervenire al medesimo risultato applicativo in via di mera interpretazione; più precisamente la disposizione dettata dal secondo comma dell'art. 1414 c.c. stabilisce che, anche se la volontà degli effetti *inter partes* è palesata nel frammento del complessivo procedimento simulatorio costituito dall'accordo simulatorio, è eccezionalmente sufficiente che il requisito formale sia rispettato nell'altro segmento, il contratto simulato, che quindi dovrà racchiudere in sé la conformità ad entrambi i modelli contrattuali presi a riferimento per la realizzazione, ai diversi livelli, dei corrispondenti effetti. La forma adottata nel negozio simulato dovrà essere tale da supportare sia l'effetto simulato che quello dissimulato, giustificando così la realizzazione di entrambi i corrispondenti effetti. Il contratto simulato racchiuderà in sé i requisiti formali previsti per la realizzazione dei complessivi effetti del procedimento simulatorio. Abbiamo detto come le teorie in tema di forma della simulazione siano strettamente legate alla concezione che si intende adottare in ordine alla ricostruzione del fenomeno. Coloro che ravvedono nel negozio simulato e dissimulato due figure del tutto distinte, sono coerentemente portati a ritenere che il negozio dissimulato deve essere in sé strutturalmente perfetto e autonomamente rispondente ai requisiti formali cui è assoggettato, restando irrilevanti la struttura e la forma del negozio manifesto. Il caso paradigmatico, su cui si confrontano le varie opinioni, è quello del contratto simulato di compravendita immobiliare che dissimula una donazione, ove il negozio dissimulato richiede, come è noto, una forma più intensa di quella prevista per il contratto simulato (131). Una soluzione che sostenga la necessità di un'espressione formale della volontà di donare contrasterebbe con l'esigenza di riservatezza su cui si fonda lo stesso procedimento simulatorio ma tale argomento non è sufficiente a giustificare le diverse conclusioni cui pervengono la prevalente dottrina e giurisprudenza. La formula adottata nell'enunciato

(131) In realtà oggi potrebbe anche accadere il contrario; si pensi, per esemplificare, ai numerosi requisiti formali introdotti dalla legislazione speciale per la compravendita e non richiesti per la donazione (attestato di prestazione energetica, allineamento catastale, ecc.). In tal caso il problema potrebbe porsi in termini inversi: una compravendita a prezzo estremamente modico, ove risulta evidente un concorso di spirito di liberalità, potrebbe essere convertita in donazione, purché la compravendita sia conclusa nelle forme rigorose previste per la donazione.

normativo è certamente densa di ambiguità (132), tale da consentire all'interprete di affermare, col prevalente orientamento giurisprudenziale, che i requisiti di sostanza e di forma, richiesti ai fini della validità del contratto dissimulato, possono essere soddisfatti nel contratto simulato (133). La soluzione tuttavia non sempre è supportata da una adeguata logica argomentativa. La presunta divaricazione tra contratto simulato e contratto dissimulato non consente infatti di giustificare una tale soluzione, per la conseguente necessità di autosufficienza dell'atto dissimulato. Solo abbandonando la logica della netta distinzione tra contratto simulato e dissimulato, e valorizzando l'unitarietà dell'operazione negoziale, si pongono i presupposti logici della soluzione che affida al solo contratto simulato il soddisfacimento dei requisiti formali (134). La presunta incomunicabilità tra negozio simulato e dissimulato non sembra in effetti dare adeguato conto del programma perseguito dalle parti, che non può essere semplicisticamente ridotto a simulare un negozio mentre invece se ne pone in essere uno diverso. La complessità del programma negoziale voluto dai contraenti consiste nella realizzazione di un assetto di interessi che si intende celare dietro un diverso assetto giuridico ostentato e non in una mera contestualità temporale, quasi occasionale, di un negozio occulto ma voluto ed uno palesato ma non voluto. Con il complesso programma predisposto, le parti intendono realizzare una vicenda giuridica che non si fonda esclusivamente sul contratto dissimulato, bensì sulla combinazione degli effetti di entrambi i negozi, quello ostentato e quello ce-

(132) F. GALGANO, *Della simulazione*, Artt. 1414-1416, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, 14 ss.; R. SACCO, *Le contro-dichiarazioni*, in *Obbligazioni e contratti*, II, *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 664 ss.

(133) L'orientamento è risalente: *ex multis* Cass. 31 ottobre 1957, in *Giur. it.*, 1959, I, 482; Cass., 2 luglio 1990, n. 6764, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 289; più di recente Cass., 27 dicembre 2004, n. 24014 cit., Cass., 2 luglio 2014, n. 15095, *Mass. It.*, 32/2014. In dottrina A. AURICCHIO, *op. cit.*, 182; E. BETTI, *op. cit.*, 183; F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 416; Salv. ROMANO, *op. cit.*, 54; F. FERRARA, *op. cit.*, 200.

(134) In questo senso di recente, tra gli altri, F. ANELLI, *op. cit.*, p. 603 ss.; anche G. A. NUTI, *op. cit.*, 193; F. MARANI, *op. cit.*, 50, che arriva a ritenere che l'intento traslativo possa essere, in taluni casi particolari, espresso solo nella forma richiesta per l'atto simulato e quindi anche verbalmente; già F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 153, evidenziava la complementarità dei due negozi.

lato (135). Se quindi la simulazione, ed in particolare la simulazione relativa, costituisce un'operazione unitaria, la disposizione normativa in tema di forma deve interpretarsi salvaguardando la relazione tra contratto « apparente » e dissimulato e quindi ritenendo la sussistenza dei requisiti formali nell'atto simulato sufficiente a conservare la validità dell'atto (*rectius*: degli effetti del) dissimulato. La compravendita simulata dovrà avere la forma propria del contratto di donazione (atto pubblico e testimoni), per consentire la realizzazione, tra le parti, degli effetti propri della donazione, ma anche i requisiti formali propri della compravendita (dichiarazioni urbanistiche, dichiarazioni di conformità e allineamento catastale, ecc.), necessari per la produzione degli effetti, seppur indiretti, che il contratto produce verso i terzi. Il mancato rispetto dei primi impedirà che si realizzino, tra le parti, gli effetti della donazione, con la conseguenza che nessun effetto si realizzerà tra di esse, mentre il mancato rispetto dei secondi determinerà, verso i terzi, le conseguenze proprie della nullità del contratto stesso (136). Un esempio può rendere ancor più palese il funzionamento del procedimento simulatorio: il terzo avente causa dal simulato acquirente, una volta accertata la nullità della compravendita simulata per difetto dei requisiti formali previsti dalla legge, tali tuttavia da non incidere sulla validità della donazione dissimulata, non potrà vantare la bontà del proprio acquisto, ritenendolo effettuato *a domino*, eccedendo l'efficacia del contratto dissimulato di donazione, in quanto, in questo caso, la simulazione non pregiudica i suoi diritti (art. 1415, 2° comma) ma anzi costituisce il mezzo che potrebbe consentire al terzo acquirente di stabilizzare e rendere efficace il proprio acquisto. Il terzo acquirente quindi non potrà far valere la simula-

(135) F. ANELLI, *op. cit.*, 607, riflette sulla forma nelle ipotesi di una vendita occultata da un contratto di locazione. L'Autore prende in considerazione due ipotesi. Un primo caso in cui le parti, non volendo rendere manifesta l'avvenuta compravendita, concludono un contratto simulato di locazione che giustifichi verso i terzi la trasmissione del possesso all'occulto compratore, apparente conduttore. Un secondo caso esemplificativamente descritto è quello in cui le parti intendono concludere effettivamente un contratto dissimulato di vendita a rate utilizzando all'esterno lo schema della locazione, in cui i canoni costituiscono in realtà, nella preordinazione delle parti, rate di prezzo. In entrambi i casi è ritenuta necessaria la forma scritta.

(136) Nei rapporti fra le parti persistono gli effetti del contratto dissimulato. Non sembra infatti che, dalla nullità del contratto simulato, si possa dedurre il venir meno dell'intero impianto simulatorio.

zione che giova ai propri interessi in quanto, in questo caso, venuta meno l'esigenza di proteggere il terzo da un possibile pregiudizio indotto dal procedimento simulatorio posto in essere dalle parti, prevale l'esigenza di preservare l'autonomia privata dei contraenti che, attraverso la simulazione, ha inteso pervenire a determinati, leciti, risultati, quale quello di far valere, verso i terzi, gli effetti propri della struttura contrattuale palesata, ivi comprese le sue conseguenze sul piano rimediabile (137). La disposizione dell'art. 1415, 2° comma, c.c. attribuisce al terzo il beneficio di poter respingere gli effetti svantaggiosi del contratto simulato, facendo valere la simulazione mediante l'accertamento giudiziale della stessa, ma non di farla valere in ogni caso. Fino all'impugnazione i terzi devono fare riferimento alla realtà così come rappresentata dal contratto simulato; dopo l'accertamento giudiziale la situazione muta esclusivamente nei confronti del terzo che ha promosso l'azione, avendo fatto valere la simulazione, ma nulla muta per la generalità degli altri terzi che non hanno agito.

Resta da spiegare come la volontà di realizzare gli effetti, tra le parti, del negozio dissimulato, possa manifestarsi senza il rispetto dei requisiti formali previsti dalla legge, e tale carenza possa essere integrata dalla forma del contratto simulato, ove si esprime una volontà affatto diversa. Abbiamo detto come chi intravede nel fenomeno simulatorio una struttura contrattuale dualistica ha maggiori difficoltà a consentire una manifestazione di volontà integrativa non rispettosa dei requisiti formali del contratto dissimulato, in quanto in essa trova espressione la corrispondente volontà contrattuale. Nell'ambito della ricostruzione monistica sul piano strutturale, seppur dualistica sul piano effettuale, si prospettano varie argomentazioni per supportare l'idea di un accordo simulatorio non formale, anche nel caso in cui il contratto dissimulato sia invece soggetto a forma vincolata. In primo luogo l'argomento, invero oggi superato, secondo il quale la natura eccezionale delle disposizioni che dettano regole formali, consente una piena libertà di forma a tutte quelle figure negoziali, quali la controdichiarazione e l'accordo simulatorio, per le quali non è espressamente richiesto uno specifico

(137) Per V. ANDRIOLI, *Profili*, cit., 448, invece l'espressione dell'art. 1415 secondo comma è superflua in quanto mera locuzione confermativa del criterio processuale dell'interesse ad agire; per una distinzione tra interesse ad agire e formula disposta in tema di simulazione invece diffusamente F. MESSINEO, *op. cit.*, 521.

requisito formale. Vi è poi chi muove dal rilievo che l'accordo simulatorio ha natura di negozio di secondo grado, cioè modificativo o estintivo della vicenda principale espressa nel contratto simulato; tali atti non sono ritenuti di per sé soggetti alla stessa forma del contratto cui si riferiscono. Il problema si pone quindi in termini analoghi a quello della *relatio* nei negozi formali, ove la forma del negozio principale sostiene anche la validità degli atti integrativi posti in essere con una forma più debole. Sulla base del disposto normativo potrebbe affermarsi che siamo qui in presenza di una *relatio* legale implicita, con effetti quindi analoghi a quelli che si producono nelle ipotesi di *relatio* nei negozi formali, che, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, sono consentite anche in assenza del requisito formale negli atti integrativi richiamati (138). Il contenuto della dichiarazione si completa quindi attraverso un elemento che, per volontà delle parti ma secondo un effetto legale, fa corpo con il primo atto e lo integra, completandolo. È vero che qui mancherebbe l'argomento ulteriore, che viene in generale addotto da chi ritiene ammissibile la *relatio* non formale dei negozi formali, costituito dal fatto che la clausola contenente la *relatio*, in quanto inserita nel contratto cui accede, è a sua volta in regola con il requisito formale: il rigore formale della clausola di rinvio sosterebbe l'informalità dell'atto oggetto di rinvio. Manca invece, in questo particolare tipo di *relatio* legale, probabilmente al fine di preservare le esigenze di riservatezza sottese al procedimento simulatorio, l'esplicita dichiarazione in tal senso nell'atto oggetto di integrazione. Inoltre, nei normali casi di *relatio* si ritiene che l'effetto giuridico primario sintetizzato nella causa non possa essere individuato mediante *relatio* non formale, ma che essa possa tuttal più consentirsi per elementi accessori e marginali rispetto al nucleo centrale del contratto. La dottrina che si è occupata dell'argomento (139) ritiene, perlopiù, che vi sia un contenuto minimo necessario per la rilevanza dell'atto che non può eludere i requisiti formali, mentre manifesta propensione per la soluzione meno formalista limitatamente a quanto eccede tale contenuto minimo necessario. Ma anche il richiamo al necessitato formalismo di tutto ciò che attiene al contenuto minimo necessario, non è tuttavia pienamente convincente; si pensi ai cd. negozi traslativi a causa esterna,

(138) R. NICOLÒ, *La "relatio" nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 117 ss.

(139) R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 119.

ove la prevalente dottrina ritiene non necessaria, per la validità dell'atto traslativo, la *expressio causae*, potendo la giustificazione funzionale dell'atto traslativo essere individuata anche successivamente, in via interpretativa, e quindi senza il rispetto dei requisiti formali, con la conseguenza che anche un elemento che attiene ad uno degli elementi essenziali del contratto e quindi a quel contenuto minimo necessario sopra evocato come argine insuperabile di conformità al dato formale, può validamente concorrere alla costruzione dell'assetto contrattuale anche se privo dei requisiti formali legali. In effetti il problema della *relatio* viene risolto in maniera non sempre omogenea, come risulta anche in materia testamentaria, ove il fenomeno si presenta con caratteristiche del tutto peculiari (140). Anche la dottrina che sostiene il principio di simmetria della forma e quindi la necessità che il patto integrativo abbia la stessa forma prevista per il contratto cui accede, ritiene che le soluzioni cui si perviene in tal caso non possono essere estese alla forma della simulazione ed ai rapporti tra contratto simulato e accordo simulatorio, in quanto il patto modificativo aggiunto, per cui vige il principio di simmetria formale, è stipulato successivamente alla conclusione del contratto cui accede, mentre l'accordo simulatorio è quantomeno coevo al contratto simulato, con il quale concorre a comporre l'unicità del contratto, di cui l'accordo simulatorio costituisce, per la sua valenza programmatica e regolatoria, atto che ne integra il complessivo contenuto. La simulazione è frutto di un'unica determinazione volitiva, composta di più segmenti negoziali, e ciò giustifica la non sovrapponibilità delle soluzioni prospettabili per la forma dei patti aggiunti al contratto, in particolare per chi ritiene, secondo l'orientamento prevalente, che nella simulazione si ha "unità di fatto giuridico", cioè un'unica fattispecie negoziale, sebbene connotata dall'autonomia espressiva dell'accordo simulatorio (141). Nella simulazione il legislatore è talmente rispettoso dell'autonomia dei privati nel creare la citata scissione dei piani effettuali, che deroga alle normali regole formali, evita di sovraccaricare la struttura della fattispecie, per impedire che una rigorosa applicazione dei principi formali, ponendo a rischio l'aspirazione alla riservatezza che di solito sottende alla simulazione, renda di fatto inutilizzabile l'istituto. In questo senso il legislatore non im-

(140) R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 122.

(141) S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, Napoli, 1999, 47 ss.

pone che entrambi gli atti che compongono la sequenza simulatoria, contratto simulato e accordo simulatorio, debbano conformarsi alle regole formali previste per l'atto in questione, bensì ritiene sufficiente che uno dei segmenti, quello palese e destinato ai terzi, sia stato rispettoso delle regole formali, con ciò consentendo l'operatività della complessa ed unitaria operazione simulatoria. Si tratta di una soluzione che, se non correttamente inquadrata nella funzionalità assiologica della simulazione, come servente un ampio potere di autodeterminazione, mal si concilia con la funzione attribuita dall'ordinamento alla previsione di requisiti formali, quantomeno laddove si ritenga che il rigore formale è previsto in funzione degli effetti che si intendono realizzare. Laddove i rigori della forma sono funzionali ad un rafforzato accertamento dell'effettività del consenso e ad assicurare una più profonda consapevolezza, sembra difficile, indipendentemente da quale sia l'opzione ricostruttiva che si voglia adottare del fenomeno della simulazione, asserire che proprio laddove si manifesta la volontà di porre in essere il negozio formale, l'accordo simulatorio, sia consentito esprimersi in forma libera. Ciò è particolarmente evidente nella vicenda, già individuata come paradigmatica, del contratto simulato di compravendita con cui le parti vogliono dissimulare una donazione: ritenere che l'accordo simulatorio, che manifesta la volontà dei contraenti di porre in essere, tra loro, una donazione, possa non rivestire, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico con testimoni, vuol dire consentire, con una disparità di trattamento di cui non è agevole individuare il fondamento logico, la possibilità di manifestare la volontà di donare senza l'apparato protettivo, a salvaguardia dell'effettività del volere, che l'ordinamento ha invece predisposto per la donazione palese. Qui la forma non è prevista a salvaguardia dei terzi, dal che potrebbe apparire logico pretenderne il rispetto nell'atto simulato, bensì a tutela dei contraenti, più specificamente a tutela dell'effettività del volere del donante. A ben vedere tuttavia non è isolato il caso in cui l'effetto attributivo liberale può prodursi anche in completa assenza dei requisiti formali previsti per l'atto tipicamente finalizzato alla sua realizzazione; basta riflettere sulla mancata previsione di requisiti formali per le cd. donazioni indirette, ove il richiamo alla disciplina della donazione disposto dall'art. 809 c.c. è limitato ad alcune disposizioni, da cui è escluso il riferimento all'art. 782 c.c. che regola la forma della donazione. Anche in questo caso infatti, una volta rispettati i requisiti formali del negozio mezzo, l'effetto attributivo liberale si realizza e la volontà su cui si fonda

verrà liberamente ricostruita senza che sia necessaria una sua formale manifestazione. Nella donazione indiretta la forma rigorosa della donazione è in realtà del tutto obliterata, anche nel negozio mezzo, a differenza del procedimento simulatorio, ove quanto meno sussiste nel negozio simulato. Potrebbe affermarsi che anche qui il legislatore, rispettoso dell'autonomia privata che sceglie di realizzare un effetto senza palesarlo esplicitamente in un atto tipicamente funzionale all'effetto stesso, arretra, anche sacrificando, nel bilanciamento degli interessi, le esigenze di tutela dell'effettività del consenso. Situazione funzionalmente analoga è quella che si realizza nel procedimento simulatorio. Qui il legislatore non sottrae completamente il rapporto all'assetto formale predisposto per la realizzazione tipica dell'effetto, in quanto il secondo comma dell'art. 1414 c.c. impone la sussistenza dei requisiti formali, ma resta ambiguo nel definire l'ambito di sussistenza di tali requisiti; se cioè la forma legale debba essere rivestita dall'atto, l'accordo simulatorio, da cui emerge l'effettivo assetto negoziale e le conseguenze effettuali tra le parti ovvero se il requisito formale debba sussistere nella manifestazione palese costituita dall'atto simulato. Il quesito, pur risalente ed assai rilevante, non ha trovato risposta univoca e definitiva nella giurisprudenza, che affronta e risolve la questione quasi sempre nella prospettiva probatoria e non sotto il profilo della forma in senso sostanziale. Nella giurisprudenza più risalente non risulta che in presenza di una compravendita simulata, rispettosa della forma della donazione, sia stata dichiarata la nullità per difetto di forma della donazione dissimulata (142), ma più di recente si è affacciata una tendenza contraria, secondo la quale il requisito di forma non può ritenersi soddisfatto dall'atto simulato, per cui non è giustificata la conclusione che il contratto dissimulato non debba soggiacere alle regole formali che lo caratterizzano (143). Si è formato così un non irrilevante orientamento secondo il quale l'accordo simulatorio deve

(142) In questo senso, tuttavia con alcuni distinguo, Cass., 2 luglio 1990, n. 6764, cit., per la quale i requisiti formali previsti per il dissimulato possono essere presenti nel contratto simulato, che basta a fornire valida documentazione; l'osservanza, nell'atto simulato, della forma richiesta per il dissimulato è sufficiente a soddisfare il requisito di validità di quest'ultimo. Tuttavia la Cassazione ritiene necessario che l'effetto traslativo trovi la propria fonte formale nell'atto contenente i requisiti formali richiesti per il dissimulato; formalismo necessitato quindi per sostenere gli effetti ma non per la causa negoziale.

(143) In questo senso, seppure per *obiter*, Cass., S.U., 26 marzo 2007, n. 7246, cit.

avere forma scritta quando la simulazione riguarda beni immobili, come naturale conseguenza quindi di un'adesione alla tesi che sostiene la necessaria sussistenza dei requisiti formali nell'accordo simulatorio. In sostanza vi è chi ha ritenuto, pensando alla vendita che dissimula una donazione, che ciò che deve essere realizzato nelle forme ostensibili è l'attribuzione del diritto, non anche la causa del medesimo (144), con ciò implicitamente ammettendo una rottura del nesso tra l'atto di attribuzione e la sua causa, che quindi si deve ammettere possa risiedere al di fuori di esso (145). Il problema della forma nella simulazione è stato quindi affrontato anche in maniera più articolata, distinguendo cioè in relazione agli elementi del contratto che costituiscono l'oggetto della simulazione. Si è distinto cioè tra simulazione *cd. causale*, insistente sulla causa stessa del contratto, tale laddove vi sia simulazione del tipo contrattuale, e simulazione concernente altri elementi, in particolare l'oggetto o, nei casi di interposizione, i soggetti. La prima ipotesi è quella in cui il contratto simulato coincide con il contratto dissimulato in tutti gli elementi, ad eccezione della natura (o tipo) del negozio e quindi degli effetti. L'ipotesi paradigmatica del primo tipo di simulazione è costituita dal rapporto compravendita-donazione; la seconda tipologia è rappresentata dal frequente caso della simulazione del prezzo nella compravendita. Simulazione quindi del tipo e simulazione dell'oggetto. Nel primo caso, alla simulazione del tipo si perviene mediante una divergenza, tra simulato e dissimulato, degli elementi che identificano il tipo negoziale, così come l'effettiva assenza del prezzo palesato nel contratto simulato incide sul tipo negoziale, degradando la compravendita simulata a contratto dissimulato a titolo gratuito. Il problema della forma, si sostiene, riguarda appunto la manifestazione da cui deriva il mutamento di tali elementi. Sul tema del rapporto compravendita-donazione continua a prevalere l'orientamento in virtù del quale, quando per l'atto dissimulato è richiesta la forma pubblica (donazione) basta che tale forma sia adottata nel contratto simulato (compravendita); coerentemente con tali conclusioni non si richiede nemmeno che l'intento di donare sia espresso almeno in forma scritta (146). Al tempo stesso anche il prezzo dissimulato potrà risultare nella stessa forma del-

(144) V. SCALISI, *Invaldità e inefficacia, modalità assiologiche della negozialità*, cit., 210 ss.

(145) F. ANELLI, *op. cit.*, 609.

(146) In questo senso A. AURICCHIO, *op. cit.*, 173 ss.

l'intento dissimulato, cioè in piena libertà da forme solenni o comunque « vincolate ». A questa impostazione in materia di simulazione non resta estranea l'elaborazione dottrinarica circa i rapporti tra forma e contenuto dell'atto, in una prospettiva generale concernente la forma degli atti. Il dubbio se l'atto scritto debba necessariamente indicare la causa del trasferimento, viene risolto in senso negativo. Si ritiene che il contenuto minimo dell'atto, al quale solo si estenderebbe il precetto formale, è costituito esclusivamente dal profilo traslativo; non è quindi necessario, per ritenere rispettato il precetto di forma, che la dichiarazione concernente il corrispettivo del trasferimento (se si tratta di contratto oneroso) sia resa secondo forme rigorose (147). Sono gli effetti programmati che devono trovare una manifestazione esteriore e conforme alle regole formali stabilite; la causa dell'attribuzione si fonderebbe invece su un nudo patto, svincolato dai profili formali. Un certo effetto, relativo ad un determinato bene, può essere determinato da diverse cause, compravendita, donazione o altro. Se la forma è richiesta in relazione alla funzione negoziale, mutando la ragione del trasferimento, muta anche l'esigenza formale, così come accade per la donazione, ove la forma solenne è richiesta in relazione al negozio, essendo irrilevante, salvo per le donazioni di modico valore, la natura dell'oggetto. Anche in tali casi, per quanto detto sopra, è sufficiente che la forma richiesta la si ritrovi nel negozio simulato (148). Si tratterebbe, secondo i sostenitori di tale teoria (149), di una argomentazione la cui fondatezza non si estende oltre la simulazione, per cui non è consentito farne strumento per una ricostruzione generale del rapporto causa-forma. Se quindi la forma è legata agli effetti programmati più che alla causa negoziale, si pone la necessità di indagare le ipotesi in cui la simulazione non incide sul tipo ma soltanto su alcuni elementi del contratto, tra cui, in particolare, il prezzo. La parziale simulazione del prezzo, attraverso una divergenza meramente quantitativa rispetto a quanto indicato nell'atto simulato, non altera la

(147) M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1005 e anche Salv. ROMANO, *Vendita e contratto estimatorio*, Milano, 1950, 142 ss.

(148) Se dissimulata è una donazione, insieme con la forma per atto pubblico, occorrerà quel particolare rigore formale, previsto per la donazione, che impone l'assistenza di due testimoni. Pertanto se l'atto pubblico viene stipulato senza l'assistenza dei testimoni, la donazione dissimulata è ritenuta invalida.

(149) Per tutti F. MARANI, *op. cit.*, 59.

figura negoziale della compravendita (150) per cui, consequenzialmente, deve ritenersi che il precetto formale risulta adempiuto con l'indicazione di un prezzo nell'atto simulato, anche se non corrisponda poi a quello effettivamente convenuto; l'accordo con cui si conviene la diversa determinazione quantitativa del corrispettivo non necessita di particolari formalismi, anche se accede ad un atto formale (151). Vi è invece chi perviene a diverse conclusioni per le ipotesi in cui la simulazione concerne altri elementi del negozio diversi dalla causa, riguardo ai quali la prescrizione di forma abbia un'autonoma ragion d'essere (152). Quest'ultimo orientamento muove dalla considerazione che la forma ben raramente è prescritta in relazione alla sola funzione del negozio e, poiché le altre ragioni determinative della forma stanno nella natura dell'oggetto del negozio, ciò si verifica accertando, in concreto, se la stessa esigenza formale persiste sia quando l'atto ha per oggetto beni immobili come quando ha ad oggetto beni mobili. La forma è infatti spesso prevista in relazione all'oggetto (mediato) del negozio o, più esattamente, è prescritta valutando la relazione tra causa ed oggetto. Così, immutata restando la « causa » del trasferimento, si richiederà o meno la forma rigorosa nell'accordo simulatorio ove la simulazione concerne alcuni elementi dell'oggetto. Il requisito formale quindi assume diverso rilievo se riferito alla causa ovvero agli altri elementi del negozio ed in quest'ultimo caso, secondo tale orientamento, l'oggetto del negozio deve essere espresso nella forma richiesta. In conclusione quando la prescrizione formale concerne ulteriori elementi del contratto, l'interprete dovrebbe di volta in volta indagare in funzione di quale elemento del contratto è dettata la regola formale e, su tale base, costruire la disciplina dei rapporti, sul piano formale, tra simulato e dissimulato. Laddove la simulazione si

(150) Così anche il *negotium mixtum cum donatione* per alcuni attua una donazione indiretta, ma non incide sulla causa dell'atto, che resta una compravendita, non tipologicamente riconducibile quindi alla donazione; così A. TORRENTE, *La donazione in Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, 43 ss., anche se la questione andrebbe rimeditata alla luce dell'evoluzione del concetto di causa del contratto. In senso contrario v. F. PESTALOZZA, *op. cit.*, 785.

(151) M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 1002; in senso contrario G. STOLFI, *In tema di risarcimento dei danni prodotti dalla inosservanza del patto di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 127 ss.

(152) M. ALLARA, *La teoria*, cit., 280, ove affronta il problema della forma distinguendo in relazione al tipo e all'oggetto del contratto.

riferisca all'oggetto del contratto e l'oggetto del dissimulato imponga requisiti formali non richiesti invece dall'oggetto dell'atto simulato è necessario che anche il dissimulato rivesta la forma richiesta, altrimenti verrebbe meno quella possibilità di significazione esterna cui deve riconnettersi la stessa origine del precetto relativo alla forma scritta, che è dettata anche in considerazione del bene e quindi della sua identificazione (153). Si restringe quindi l'area in cui il negozio simulato soccorre, sul piano formale, alle carenze del dissimulato. L'atto scritto mediante il quale si pone in essere il trasferimento simulato di un bene mobile non è sufficiente ad attribuire validità formale al trasferimento, dissimulato, del diverso oggetto, bene immobile, che si intende trasferire, essendo necessaria la sua identificazione nella forma richiesta. Deve essere quindi rispettato il requisito formale, previsto per la natura del bene, in termini tali da consentire una identificazione del bene in questione nella forma richiesta; forma che è fissata dalla combinazione tra tipo negoziale ed oggetto. Prevale tuttavia l'idea che, nella simulazione relativa, il negozio dissimulato possa risultare da un intento non espresso in forma adeguata agli effetti perseguiti, essendo sufficiente, come requisito di validità, la forma adottata nel negozio manifesto, e da ciò consegue che la stessa forma varrà anche con riferimento a tutti quegli elementi che sono connessi al profilo causale del negozio dissimulato. Non è mancato in dottrina chi ha cercato di spiegare il fenomeno della forma nella simulazione in termini di conversione del negozio. Alcuni autori infatti, minimizzando il ruolo dell'atto dissimulato, intravedono un meccanismo di conversione (154). Per effetto della volontà dei simulanti l'atto simulato si converte nell'atto dissimulato; si tratterebbe di una conversione legale fondata sull'effettiva volontà dei contraenti. Si

(153) Nel senso che il formalismo della scrittura privata è volto a dare sicura cognizione del « testo » negoziale, A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 97.

(154) Così E. BETTI, *op. cit.*, 400 ss., che riconduce il procedimento simulatorio ad una questione di interpretazione dell'atto simulato, così da far produrre a quest'ultimo gli effetti propri dell'atto dissimulato, in presenza, nell'atto ostensibile, dei requisiti formali richiesti dalla legge; la controdichiarazione ha quindi funzione di interpretazione autentica. Sul punto anche A. AURICCHIO, *op. cit.*, 184 ss., che nega la possibilità di spiegare la simulazione relativa con il ricorso all'istituto della conversione; segnala tra l'altro, che conseguenza del ricorso all'istituto della conversione è, inevitabilmente, la conclusione che la sentenza emessa sulla simulazione ha natura costitutiva.

sostiene al contrario che il richiamo alla conversione è sommario, essendo in realtà evidenti le differenze, per cui l'accostamento con la conversione avrebbe valore meramente descrittivo (155). In particolare, nella conversione formale l'atto nullo per difetto di forma si converte in altro per il quale la legge richiede una forma meno rigorosa, mentre nella simulazione relativa il negozio simulato è formalmente ineccepibile. Non si ha qui una forma invalida per l'atto da convertire ma valida per l'atto risultante dalla conversione, bensì, al contrario, si ha una forma valida ed adeguata anche dell'atto simulato. Per definire la relazione tra conversione e simulazione non è necessario indagare se nella conversione debba vedersi un caso di volontà ipotetica degli autori del negozio o di integrazione o di correzione della fattispecie negoziale ad opera della legge, in quanto ugualmente rispondente, sia pure in via più approssimativa, all'interesse pratico perseguito dalle parti. Appare decisiva a marcare la differenza la constatazione che, in ogni caso, la conversione opera proprio per il fatto che le parti non hanno manifestato una volontà diretta alla conclusione del negozio che sarà poi il risultato della conversione; al contrario nella simulazione l'intento delle parti è rivolto direttamente a realizzare, tra i contraenti, gli effetti del negozio dissimulato (156). Il prospettato richiamo all'art. 1424 c.c. è ritenuto quindi solo evocativo ma non correttamente riferibile alla simulazione, in quanto qui l'intento negoziale è volto direttamente a porre in essere il regolamento dissimulato che dovrebbe essere invece il risultato del procedimento di conversione. La conoscenza da parte dei simulanti della non operatività, tra di loro, del negozio simulato, è certa; per cui non siamo in presenza del tentativo di salvare una volontà ipotetica o comunque un'attività negoziale che supporta la realizzazione di effetti diversi da quelli direttamente avuti di mira, ma al contrario valutare se una volontà certa, ma dissimulata, è meritevole di essere salvata. Vi è poi un'altra fondamentale differenza tra conversione e simulazione, oggettivamente rilevabile qualunque sia l'orientamento dottrinale a cui si aderisce relativamente alla natura ed agli effetti della simulazione. Nella conversione si opera secondo un procedimento di derivazione dall'atto invalido e quindi, rispetto a questo, di riduzione degli effetti, secondo quello che viene definito come rapporto

(155) F. MARANI, *op. cit.*, 58 ss.

(156) Per tutti L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, 378 ss., per il quale è proprio tale elemento a segnare la distanza tra conversione e simulazione relativa.

di continenza (157) o quanto meno di equivalenza; si tratta di un carattere di cui il fenomeno simulatorio è del tutto privo, in quanto gli effetti *inter partes* che si vogliono realizzare, modellati sul cosiddetto atto dissimulato, non sono parametrati sul negozio simulato, che, a tal fine, non è tenuto in alcuna considerazione, e ancor meno deve sussistere, tra simulato e dissimulato, alcun rapporto di continenza. Anche in questo senso quindi può rivendicarsi la specialità ed autonomia del fenomeno simulatorio rispetto al procedimento di conversione. Tuttavia il richiamo alla conversione è interessante per fornire un supporto argomentativo alle soluzioni in materia di forma nella simulazione, per il contributo che offre alla soluzione del problema dei limiti di recuperabilità dell'elemento formale ("requisiti di sostanza e di forma", come previsto all'art. 1424 c.c.) previsto anche in tema di conversione, ove si perviene, questo sì, a soluzione analoga a quella prevista per la simulazione (158). In entrambe le figure infatti la forma del negozio che costituisce il risultato finale dell'attività, simulatoria o di conversione, si trova rispettata in un atto in cui si esprime un intento diverso da quello che andrà effettivamente a realizzarsi, mentre quest'ultimo intento, che in concreto si realizza, non è espresso nella forma cui normalmente è assoggettato. La disciplina della conversione quindi offre un argomento decisivo circa l'ammissibilità di una scissione tra espressione della volontà degli effetti, effettiva o presunta, e forma dell'atto. Alcuni autori, pur non rifacendosi strettamente alla conversione, richiamano quel procedimento interpretativo e ricostruttivo della volontà ipotetica delle parti che è alla base del procedimento di conversione. Per tali autori, atto simulato e accordo simulatorio stanno in una combinazione di concorso ermeneutico, tale che l'accordo simulatorio, combinandosi con l'atto simulato, dà luogo ad una interpretazione autentica, con la quale le parti accertano il significato soggettivo della dichiarazione palese (159). Un ulteriore argomentato orientamento dottrinario fa derivare, dall'asserita unitarietà del procedimento, l'idoneità, della complessiva operazione, ad essere regolata dalla sintesi degli elementi dei vari atti negoziali che compongono il procedimento, più

(157) Cass., S.U., 8 luglio 1958, n. 2464, in *Giur. civ.*, 1958, I, 2102 ss.; in relazione alla simulazione, F. PESTALOZZA, *op. cit.*, 797.

(158) E. BETTI, *op. cit.*, 407; L. BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione, Appunti dalle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994, 47 ss.

(159) In particolare E. BETTI, *op. cit.*, 400.

precisamente dalla “concorrenza della validità del negozio simulato e dell’efficacia del negozio dissimulato” (160), ritenendo il contratto ostentato un elemento del complessivo autoregolamento e come tale concorrente alla produzione degli effetti che le parti hanno inteso, tra loro, produrre. Altri affermano che l’accordo simulatorio costituisce elemento integrativo dell’efficacia dell’atto simulato (161); altri ancora ricostruiscono la figura come «fattispecie complessa» (162); e vi è ancora chi, valorizzando la completezza strutturale e formale dell’atto simulato, ritiene che il patto che elide il prezzo, così mutando la qualificazione dell’atto, non ha alcuna rilevanza sul piano dei requisiti formali, già presenti nell’atto ostensibile (163). In ogni caso si tratta di orientamenti che giungono al comune risultato di ritenere sufficiente il rispetto dei requisiti formali nell’atto simulato e che a tale soluzione pervengono in quanto ricostruiscono la simulazione come fenomeno orientato ad un assetto di interessi complessivamente unitario. Una recente teoria sostiene l’impossibilità di pervenire ad una soluzione univoca per i problemi di forma della simulazione, nel senso che, se da un lato converge sulla sufficienza dei requisiti formali nell’atto simulato per le ipotesi di simulazione tipologica o causale, come nel caso di compravendita che dissimula una donazione, dall’altro nega che una soluzione uniforme possa essere adottata nelle ipotesi di interposizione fittizia (164). Secondo tale orientamento, nella simulazione soggettiva, ove l’atto celato impone il coinvolgimento di un soggetto estraneo all’atto ostensibile, è necessario che la dichiarazione di

(160) Così A. AURICCHIO, *op. cit.*, 183, il quale, in questo avvicinandosi allo schema della conversione formale, ritiene che la previsione normativa che dispone la presenza nell’atto simulato dei requisiti richiesti dalla legge per il corrispondente negozio dissimulato, fa sì che per l’efficacia del rapporto non sia necessaria alcuna altra dichiarazione.

(161) Così U. MAJELLO, *op. cit.*, 649.

(162) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 114.

(163) GALGANO, *op. ult. cit.*, 16 ss.; Salv. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione (art. 1414 c.c.)*, cit., 54.

(164) F. ANELLI, *op. cit.*, 611 ss.; A. GENTILI, *Simulazione*, cit., 531; V. RICCIUTO, *La simulazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, I, 2, Torino, 1999, 1411 ss. In giurisprudenza sulla necessaria partecipazione formale dell’interponente Cass., 21 ottobre 1994, n. 8638, in *Giust. civ.*, 1995, I, 3089, con nota di M. COSTANZA, *L’interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni*; più di recente Cass., 6 maggio 2002, n. 6480, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2131.

adesione del terzo sia resa nelle forme richieste per l'atto in questione, negando così, in questo caso, la complementarietà strutturale di atto simulato e accordo simulatorio; tali quindi non solo sotto il profilo funzionale, in quanto determinanti un piano effettuale unitario, ma anche nella prospettiva di integrare, mediante combinazione, la struttura formale che supporta gli effetti perseguiti.

6. Rapporti tra simulanti.

I simulanti, una volta concluso l'atto simulato, sono tenuti ad operare in conformità a quanto dispone il programma simulatorio che trova la propria fonte normativa nell'accordo simulatorio. Conseguentemente il simulato acquirente è tenuto a non abusare del proprio diritto apparente, in particolare non può compiere, con decisione autonoma, atti di disposizione del bene simulatamente acquistato. Disporre del bene costituisce, nei rapporti tra le parti, inadempimento a quanto convenuto nell'accordo simulatorio che, con l'atto dispositivo, verrebbe disatteso. Ben diverso il caso in cui il titolare apparente dispone del diritto in conformità alle istruzioni fornitegli dal simulato alienante che, stante l'inefficacia *inter partes* dell'atto simulato, decide tuttavia di avvalersi del simulato acquirente per realizzare, verso il terzo subacquirente, l'effetto desiderato. In questo caso la conoscenza, da parte del terzo, dell'avvenuta simulazione non può comunque pregiudicare il suo acquisto in quanto fondato non semplicemente sull'atto dispositivo dell'apparente titolare ma anche sul consenso di colui che, nei rapporti *inter partes*, è rimasto il titolare effettivo. È questo quindi un caso in cui la partecipazione del terzo acquirente all'attuazione dell'accordo simulatorio non pregiudica, quantomeno nei confronti del simulato alienante, la stabilità del suo acquisto. Si potrebbe qui affermare che il consenso del simulato alienante rileva esclusivamente come rinuncia a far valere l'azione di simulazione, ma, qualora si aderisse alla tesi della nullità dell'atto simulato, ciò non sarebbe sufficiente a dar conto del valido ed efficace acquisto del terzo, avendo come dante causa il simulato acquirente del bene in questione. Sul punto torneremo più avanti, ma qui merita cogliere un ulteriore argomento a conforto della tesi dell'inefficacia relativa, come conseguenza dell'attività del simulare e come ricaduta sull'atto simulato.

7. La simulazione degli atti unilaterali.

Sono esclusi dall'ambito di operatività della simulazione i rapporti giuridici fuori dalla disponibilità delle parti (165), tra cui in particolare i rapporti non patrimoniali sottratti alla disponibilità negoziale, sia in sede di formazione sia, successivamente, a rapporto costituito, nel senso cioè di una immodificabilità del rapporto stesso, giuridicamente inidoneo a divenire oggetto di successivi negozi modificativi (166).

A parte tale limitazione, la simulazione è invece applicabile, seppur nei limiti del disposto del terzo comma dell'art. 1414 c.c., anche agli atti unilaterali, con ciò ulteriormente confermandosi l'infondatezza della ricostruzione della simulazione come ipotesi di divergenza tra volontà e dichiarazione (167). L'accordo simulatorio costituisce tuttavia l'elemento caratterizzante la simulazione, a cui la stessa disposizione dell'art. 1414 c.c. fa esplicito riferimento anche per gli atti unilaterali. L'area della simulazione è quindi limitata a quelle fattispecie unilaterali compatibili con il richiamo all'accordo simulatorio previsto al terzo comma dell'art. 1414 c.c. (168). L'accordo costituisce il metro su cui si misura la simulabilità di un atto, nel senso che deve esservi un soggetto, in aggiunta al dichiarante, con cui concludere l'intesa simulatoria e che viene identificato nel destinatario, in senso formale, della dichiarazione. La formula legislativa che estende, nei limiti dell'accordo, la simulazione agli atti unilaterali, se da un lato evidenzia la struttura necessariamente bilaterale del fenomeno simulatorio, dall'altro conferma anche la natura negoziale dell'accordo simulatorio. La necessità dell'accordo conduce invece a ritenere che la simulazione non possa applicarsi, in senso proprio, agli atti non negoziali. Si discute poi se, per dar vita alla simulazione, basterebbe nel destinatario la notizia dell'intento, da parte del dichiarante, di simulare l'atto che viene portato a sua conoscenza (169); ci si chiede cioè se sia sufficiente, per l'operatività

(165) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 75.

(166) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 75 ss.

(167) R. SACCO, *Il contratto*, cit., 526 ss.

(168) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 572.

(169) A. AURICCHIO, *op. cit.*, 43, e già G. SEGRÈ, *op. cit.*, I, 422 ss.; G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, 1938, 17; la conclusione di quest'ultimo risente dell'impostazione che riduce la simulazione ad un fenomeno di interpretazione.

del fenomeno simulatorio, il fatto, meramente statico, della cognizione di essa da parte del controinteressato, senza una attiva partecipazione del destinatario alla formazione del fenomeno. Prevale l'idea che il mero profilo cognitivo non sia sufficiente a realizzare gli effetti della simulazione. L'accordo simulatorio deve formarsi secondo un'espressione di volontà positiva, senza che possa bastare nel destinatario dell'atto la semplice consapevolezza dell'intento simulatorio del dichiarante, autore dell'atto unilaterale. La partecipazione attiva del destinatario, come concorso ad una formazione positiva dell'accordo simulatorio, costituisce quindi requisito essenziale della simulazione, con esclusione di ogni semplice situazione di conoscenza. Alcuni profili problematici pone la locuzione « atti destinati a persona determinata », come delimitazione positiva dell'ambito di operatività della simulazione in relazione agli atti unilaterali. Per alcuni il richiamo si limiterebbe agli atti recettizi, non solo per il fatto che la formula è sostanzialmente uguale a quella dell'art. 1334 c.c., che secondo la maggioranza della dottrina regola la formazione degli atti unilaterali recettizi (170), ma anche per il fatto che questa nozione è espressamente richiamata nei lavori preparatori, proprio in relazione all'art. 1414 c.c. (171). Si pone invece il problema della simulabilità di quegli atti che, pur riferendosi a persone individuate, non sono recettizi, in quanto la loro efficacia non dipende dalla ricezione da parte del destinatario. Si pensi alla concessione unilaterale di ipoteca, alla riabilitazione dell'indegno a succedere, alla dispensa da collazione, solo per fare alcuni esempi (172). È in primo luogo evidente che destinatario della dichiarazione e beneficiario degli effetti possono non coincidere (173); ma resta da definire se la qualità di destinatario della dichiarazione sia sufficiente a consentire la sussistenza di ipotesi simulatorie. In effetti il ricorso all'indice della recettività sembra inadeguato a definire l'ambito di operatività della simulazione, in quanto tale requisito non sembra possa rilevare come elemento discriminante della simulabilità. Ciò vale sia rispetto agli effetti della simulazione nei confronti dei simulanti, nel senso di escludere la

(170) Diversamente A. AURICCHIO, *op. cit.*, 73; si distingue G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 38 ss., secondo il quale la formulazione dell'art. 1334 c.c. non vincola la ricostruzione dell'atto recettizio.

(171) Relazione al Libro delle obbligazioni n. 113.

(172) Esemplifica G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 45 ss.

(173) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 566.

sussistenza di alcun vincolo negoziale ovvero di realizzare effetti negoziali diversi da quelli palesati, sia rispetto alle conseguenze della simulazione verso i terzi, nel senso di creare una efficacia “virtuale” che, in questo caso, rileva non tanto nella cerchia del destinatario della dichiarazione in senso formale quanto verso il destinatario degli effetti. Perde quindi rilevanza la distinzione tra atto recettizio e non, mentre incide soltanto la presenza sul piano del diritto sostanziale di un destinatario determinato, in ordine al quale si manifesti il vincolo negoziale. In quest’ultimo senso va intesa, o forse meglio, corretta, quell’opinione dottrinale che ha individuato nel destinatario degli effetti finali l’altro termine della simulazione, pervenendo alla conclusione che l’atto di autonomia conserva integra la sua funzione finché non si è raggiunta l’intesa fra tutti gli interessati, tale da coprire l’area di tutti gli interessi in gioco (174). L’art. 1414 c.c. si rivolge quindi ai destinatari negoziali diretti e l’identificazione del destinatario coincide con quella di parte dell’accordo simulatorio: la simulazione appare dunque configurabile anche al di fuori dell’atto recettizio. Vi sono poi alcuni atti unilaterali non recettizi a destinatario determinato per i quali è necessario verificare se sia consentita la simulazione. Si pone in primo luogo il problema della simulazione della procura, per accordo tra rappresentante e rappresentato. Non sembra possa escludersi una tale evenienza, laddove vi sia l’intenzione di ostentare l’attribuzione di un potere rappresentativo che invece non si intende attribuire. Il successivo negozio posto in essere dal simulato rappresentante non sarà a sua volta simulato ma, qualora il terzo contraente sia partecipe della simulazione e solamente in tal caso, semplicemente inefficace. Altrimenti l’atto esplica regolarmente i propri effetti e la simulazione della procura ha come unica conseguenza la responsabilità del simulato procuratore verso il simulato rappresentato per aver esercitato un potere rappresentativo solo apparentemente attribuitogli. Può invece accadere che il rappresentante effettivo concluda un contratto simulato per accordo con il terzo contraente; in tal caso la simulazione non sarà opponibile al rappresentato, in quanto non può ritenersi compreso tra i poteri del rappresentante quello di dar vita a negozi simulati, salvo che il rappresentante sia

(174) In questo senso G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 251 ss., che evidenzia come la coincidenza tra atti a destinatario determinato e recettizietà della loro formazione è frequente ma non assoluta.

espressamente autorizzato dal rappresentato a stipulare il contratto simulato, più precisamente a stipulare l'accordo simulatorio ed il conseguente contratto simulato. In mancanza di espressa autorizzazione a simulare, l'attività simulatoria distacca la procura dall'atto simulato, come in qualsiasi ipotesi di rappresentanza senza potere, con la conseguenza che l'accordo simulatorio non rileva nei confronti del rappresentato, venendo meno il tramite tra l'attività simulatoria e la sfera patrimoniale del rappresentato, salvo ovviamente un'eventuale ratifica. La situazione quindi non si prospetta in modo diverso da ogni altro negozio concluso in eccesso di potere. Ciò spiega come il rappresentato venga in tal caso considerato terzo per ciò che concerne la prova della simulazione: l'accordo simulatorio non gli è riferibile, perché compiuto con eccesso di potere e quindi inefficace verso il rappresentato. Il rappresentato che ignora la simulazione può quindi legittimamente far valere l'atto simulato, che per lui si manifesta come effettivo, nei confronti del terzo che ha contratto con il rappresentante. Qualora il terzo contraente, parte dell'accordo simulatorio con il rappresentante, voglia eccepire la simulazione nei confronti del rappresentato che richiede l'esecuzione dell'atto simulato non potrà esimersi dal provare la condizione di mala fede del rappresentato. Anche in questo caso appare palese che la mala fede non può coincidere con la mera conoscenza della simulazione. Sarà al contrario simulato il negozio concluso dal rappresentante, in caso di accordo intervenuto tra rappresentato e terzo. In questo caso l'accordo simulatorio è concluso direttamente dal rappresentato, mentre l'atto simulato è concluso per il tramite del rappresentante. Tale dualismo soggettivo è tuttavia irrilevante rispetto al procedimento di corretta formazione del procedimento simulatorio, in quanto è sempre il rappresentato il soggetto a cui debbono imputarsi le conseguenze della simulazione. È necessario ovviamente che il rappresentato abbia il potere di concludere validamente l'accordo simulatorio, per cui a diverse conclusioni deve pervenirsi in caso di contratto concluso dal rappresentante legale dell'incapace a fronte di un accordo simulatorio concluso dall'incapace (175). Essendo il rappresentato privo della capacità di agire, della quale, nel suo interesse, è investito un altro soggetto, si è

(175) F. MESSINEO, *Applicabilità degli artt. 1390-91 c.c. al rappresentante legale dell'incapace?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 1606 ss., e Cass., 25 giugno 1953, n. 1961, in *Foro it.*, 1953, I, 1603 ss.

sostenuto che l'eventuale accordo simulatorio tra il terzo e l'incapace non potrà essere opposto al rappresentante legale, il quale quindi potrà far valere gli effetti dell'atto simulato, a cui dovrà dare regolare esecuzione (176). Alternativamente, nella prevalente e qui adottata ricostruzione dell'accordo simulatorio in termini negoziali, si potrebbe sostenere che siamo in presenza di un atto annullabile e quindi efficace, seppur di un'efficacia instabile, per cui il legale rappresentante potrebbe anche far valere la simulazione, ritenendo di non far valere l'annullabilità dell'accordo simulatorio. In questo caso tuttavia, dalla natura negoziale dell'accordo simulatorio, si vuole dedurre troppo, in quanto, perché atto simulato e accordo simulatorio si combinino per dar luogo al fenomeno simulatorio, è necessario che siano, sul piano del voluto, riconducibili ai medesimi soggetti, i simulanti, che costituiscono i soggetti attivi nella produzione del fenomeno. La particolare relazione tra legale rappresentante e incapace esclude la riconducibilità dell'atto alla volontà, anche solo indiretta, del rappresentato, con la conseguenza che l'atto simulato, posto in essere dal legale rappresentante, e accordo simulatorio, posto in essere dall'incapace, si pongono su piani soggettivamente diversi e quindi non ricomponibili in un unico progetto simulatorio. L'atto posto in essere dal rappresentante legale non è quindi inciso dall'accordo simulatorio posto in essere dal rappresentato incapace con il terzo, così indifferente ad esso che la simulazione non potrà in ogni caso esser fatta valere.

Il problema si pone poi anche in ambito successorio (177). Si ritiene che gli effetti che conseguono al procedimento simulatorio, quali l'inefficacia per i simulanti e l'inefficacia eventuale verso i terzi, non siano configurabili in ordine al testamento, soprattutto in considerazione del fatto che il negozio di ultima volontà non è diretto a creare relazioni di sorta tra il soggetto agente ed altri soggetti. In materia testamentaria la commisurazione delle conseguenze successorie è in larga parte sottratta al testatore, il cui ruolo è quello di determinarne il contenuto quantitativo ed orientarle

(176) Per Cass., 22 aprile 1964, n. 960, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 626 con nota di V. ANDRIOLI, *Simulazione di convenzione autorizzata da giudice tutelare*, la simulazione del contratto concluso dal rappresentante legale è opponibile al minore, e ciò anche in caso di autorizzazione giudiziale a compiere il corrispondente atto negoziale.

(177) V. BIGLIAZZI GERI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1286 ss.

verso l'uno o l'altro dei successibili; tant'è che si attribuisce maggior rilevanza all'effettiva volontà del dichiarante, limitatamente a quanto non risulta inderogabilmente fissato dalla disposizione normativa (178). Una dichiarazione testamentaria emessa al solo fine di creare un'apparenza non potrà inquadrarsi nell'ambito del fenomeno simulatorio in senso tecnico, proprio in quanto la specifica natura del negozio non determina la costituzione di un rapporto negoziale tra dichiarante e terzi soggetti, con i caratteri configurativi del procedimento simulatorio (179). Tutto ciò è confermato a ben guardare proprio da quell'art. 627 c.c., con il quale la dottrina si è faticosamente misurata e che sembra accreditare la soluzione prospettata (180). Le indicazioni sistematiche che il tenore dell'art. 627 c.c. offre sono del tutto discordanti: nel primo comma si parla di disposizioni apparenti; nel secondo di disposizioni fiduciarie; nel terzo, di interposizione. La norma è orientata sul risultato che il testatore ha di mira, indipendentemente dalla sua qualificazione; tale è l'intenzione di beneficiare delle attribuzioni testamentarie un soggetto diverso da quello indicato nel testamento, senza una diretta designazione in un'apposita disposizione testamentaria. La disposizione vuole orientare verso una tipizzazione dello strumento attributivo *mortis causa*, escludendo la medesima efficacia vincolante ad altri procedimenti indiretti attuati dal testatore. Il fondamento storico di tale disposizione si ritrova nel sottinteso divieto di ogni forma di disposizione nuncupativa o comunque rimessa nella sua effettiva attuazione alla discrezione di un « fiduciario ». L'art. 627 c.c., limitando l'efficacia dell'attribuzione ad un terzo interposto, evidenzia l'esclusione di una possibile costruzione simulatoria che si conformi, nella sua concreta attuazione, al modello tipico; l'eventuale attribuzione al terzo, qualora si realizzi, secondo l'intenzione del testatore, troverà il proprio fondamento su diversi principi ma non sulle regole proprie del fenomeno simulatorio. Evidente in

(178) Per tutti R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta ed indiretta*, in *Annali dell'Università di Messina*, VIII, 1935, 17 s.

(179) N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., 166, esclude la negozialità stessa del testamento; in ogni caso la difficoltà di individuare un destinatario di un effetto diretto « di tipo negoziale », orienta verso l'inammissibilità di una simulazione del testamento in senso proprio. L. BIGLIAZZI GERI, *ult. op. cit.*, 1274 ss.

(180) *Ex multis* G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (Contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 1057 ss.

questo senso anche il disposto dell'art. 625 c.c., ove la sostituzione del beneficiario effettivo a quello manifestato trova il suo fondamento su una intenzione erroneamente espressa e non su una apparenza voluta (181). La disciplina positiva evidenzia come non è consentito estendere le conseguenze dirette della disposizione oltre la « dichiarazione » testamentaria, se non nella limitata rilevanza prevista dall'art. 627 comma 2° c.c. (182) La disciplina successoria risolve le problematiche derivanti da disposizioni apparenti nell'ambito dell'interpretazione della volontà testamentaria, cercando cioè di ricostruire la volontà effettiva del testatore in base ai criteri dell'interpretazione e non attraverso il ricorso alla simulazione (183). Dal combinato disposto degli artt. 625 e 627 c.c. si ricava quindi la conferma della tesi secondo cui nel testamento non è configurabile una fattispecie simulatoria in senso tecnico, in quanto ogni situazione di « apparenza » viene risolta, ove espressa in una tipica disposizione testamentaria, sul piano della ricerca della volontà effettiva del disponente. L'inconfigurabilità quindi di una simulazione delle disposizioni testamentarie tipiche passa per un duplice ordine di considerazioni, che si influenzano reciprocamente: da un lato l'assenza di un destinatario sostanziale con il quale convenire i contorni di non impegnatività dell'atto, dall'altro la sussistenza di un assetto normativo che riconduce la divaricazione tra sostanza ed apparenza alla ricomposizione, attraverso il processo interpretativo, tra testo ed intento effettivo del disponente.

Anche la dichiarazione di riabilitazione dell'indegno e la dispensa da collazione sono stati ritenuti atti non simulabili in quanto manca la possibilità di individuare un destinatario sostanziale, in coerenza con la loro natura di atti destinati ad esplicare effetti in sede successoria. Tali disposizioni, per quanto concerne l'individuazione soggettiva e quindi la direzione degli effetti, si rivolgono sì ad un certo soggetto, ma nello stesso tempo valgono ad escludere

(181) Per G. TRABUCCHI, *Errore*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, 669, l'art. 625 c.c. disciplina una forma di interpretazione correttiva; sul punto anche V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Milano, 1990, 478.

(182) M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 177; P. TRIMARCHI, *Interpretazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 446 ss.; D. BARBERO, *op. cit.*, II, 1080; per N. LIPARI, *ult. op. cit.*, 250, si esula dal campo dell'interpretazione in quanto si realizza un risultato che va oltre la determinazione volitiva del testatore.

(183) G. MIRABELLI, *op. ult. cit.*, 1092; LIPARI, *op. ult. cit.*, 374.

coloro i quali avrebbero beneficiato, in assenza della disposizione riabilitativa o dispensativa, della posizione ereditaria o dei beni che pervengono al soggetto prescelto; se costoro potessero dirsi destinatari sostanziali dell'atto, ciò porterebbe ad una inaccettabile estensione della cerchia dei soggetti che debbono partecipare all'accordo simulatorio. Tali negozi in effetti non instaurano alcun rapporto con il beneficiario della disposizione e anche gli effetti favorevoli che si realizzano nei suoi confronti non sono in una relazione di derivazione dal dichiarante al beneficiario. Più che un problema di alternatività o di pluralità di destinatari, si ha quindi più semplicemente la mancanza di un destinatario, che esclude quindi la configurabilità di un accordo simulatorio. L'atto non è destinato a costituire alcun rapporto tra il dichiarante ed il soggetto contemplato nel negozio che, più che destinatario, sarà un semplice beneficiario. Ciò perché è insito nella natura di tali atti il carattere di operare su una situazione che si determina in modo originario al momento della morte del disponente, quale è l'incapacità di un soggetto a succedere a quel certo dante causa ovvero, con la morte del donante, l'obbligo di conferimento o la soggezione all'imputazione per regolare la ripartizione tra i coeredi discendenti. Il fenomeno simulatorio negli atti unilaterali impone da un lato che la dichiarazione sia indirizzata, dall'altro che sia possibile individuare un controinteressato con cui convenire il patto simulatorio e che, per essere tale, deve essere beneficiario degli effetti dell'atto, essendo così per lui rilevanti le conseguenze dell'attività simulatoria. Vi sono tuttavia negozi relativamente ai quali non è consentita una immediata definizione dei destinatari, rimanendo, al momento della formazione dell'atto, indeterminata la cerchia soggettiva entro cui gli effetti andranno a prodursi; si tratta di casi in cui il destinatario diretto non è preventivamente determinabile, così che, nella fase genetica dell'atto, tutti i soggetti diversi dal dichiarante si trovano nella medesima indifferenziata posizione di terzi, e tali rimangono fino al momento in cui si compie l'individuazione. La non individuabilità del destinatario dell'atto dipende dalla natura del rapporto che l'atto instaura, nel quale non è isolabile, in aggiunta al dichiarante, un altro soggetto nei cui confronti il rapporto stesso si qualifichi, un soggetto cioè che offra la misura di una distinzione rispetto ad ogni altro. Laddove il vincolo negoziale non si propone verso nessun altro soggetto in particolare e quindi l'atto è destinato ad esaurire i propri effetti diretti nella sfera giuridica del dichiarante, non è configurabile la simulazione per l'impossibilità di addivenire

ad un programmatico accordo simulatorio. La mancanza di una relazione qualificante rispetto ad un altro soggetto, determina l'impossibilità di individuare un definito spazio non impegnativo tra le parti che costituisce il carattere costante del fenomeno simulatorio, in mancanza del quale viene meno qualsiasi criterio di distinzione tra controparte dell'attività simulatoria e terzi, che costituisce l'elemento caratterizzante il fenomeno e la natura stessa della simulazione. Si hanno quindi atti che non sono soggetti a simulazione perché esauriscono i propri effetti nella sfera del dichiarante e atti che non lo sono perché, al contrario, non consentono la preventiva individuazione di un destinatario sostanziale.

In tal senso è stato prospettato che la rinuncia alla proprietà, diversamente dalla rinuncia ad un diritto reale minore, produce effetti unicamente nel patrimonio del dichiarante (184), per cui non sembra suscettibile di simulazione; tale atto instaura un rapporto in cui ogni altro soggetto si presenta come assolutamente indifferenziato. Tale soluzione non convince nell'ipotesi in cui il rinunziante sia un comproprietario e della rinuncia si avvalgano gli altri comproprietari per effetto dell'accrescimento a loro favore. La rinuncia ad un diritto reale parziario consente invece certamente l'individuazione del destinatario dell'atto, normalmente, ma non necessariamente (si pensi all'usufrutto con accrescimento), il titolare del diritto di proprietà su cui il diritto minore si innesta, nei cui confronti l'atto produce effetti specifici e distinti da quelli relativi alla generalità dei terzi (185). È quindi ammissibile la simulabilità della rinuncia a tali diritti, mediante accordo tra il rinunziante e il

(184) L. STOLFI, *Negozio giuridico*, cit., 52 configura tale rinuncia come rivolta a destinatario determinato, che individua nell'amministrazione dello Stato; per la rinuncia alla quota di proprietà, G. BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 5^a ed., Bologna-Roma, 1972, 152.

(185) R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Codice civile, Commentario*, diretto da M. D'Amelio, III, Firenze 1942, 702; G. PUGLIESE, *Usufrutto, Uso e Abitazione*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino 1956, 540 ss.; F. DE MARTINO, *Dell'Usufrutto*. Artt. 957-1026, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 284; in senso contrario in giurisprudenza Cass., 18 agosto 1956, n. 3129, in *Foro it.*, 1957, I, 410, con nota critica di B. BIONDI, *Forma e bilateralità della rinuncia alla servitù*. Sul punto anche M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1941, 196; F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1246.

destinatario sostanziale dell'atto (186). La rinuncia all'eredità, realizzando soli effetti dismissivi, è invece un tipico esempio di atto i cui effetti restano limitati alla sfera del soggetto agente, proprio perché la situazione di titolarità giuridica su cui opera non si ricollega direttamente ad un altro soggetto. Gli effetti dell'atto di rinuncia restano circoscritti nell'ambito del rinunziante, in quanto la designazione di altri titolari del diritto di accettare non è frutto diretto della sua rinuncia bensì è del tutto indipendente dalla previsione negoziale da lui compiuta. La rinuncia ereditaria, mancando di un destinatario in senso proprio, si ritiene quindi non sia simulabile. Vi è invece chi ritiene che anche la rinuncia, laddove vi sia un accordo simulatorio con il chiamato ulteriore, possa configurare un fenomeno similatorio. Si pone invece il problema della rinuncia all'eredità *non* pura e semplice. La rinuncia verso corrispettivo come noto non è una rinuncia ereditaria, tant'è che essa determina l'accettazione del chiamato. Nella rinuncia a favore il destinatario sostanziale è individuato nel soggetto a cui favore si volge l'attribuzione e con esso quindi potrà convenirsi il patto simulatorio.

Tutti i tentativi di individuare le categorie di atti unilaterali suscettibili di simulazione perdono tuttavia senso laddove si ritenga che il criterio discriminante sia quello di un accordo simulatorio tra il dichiarante ed altro soggetto, tale da creare la struttura propria del fenomeno simulatorio, costituita dalla creazione di un duplice piano effettuale, distinto tra i simulanti e la generalità dei terzi. La previa determinazione del destinatario resta requisito imprescindibile per ipotizzare una simulazione ma, per il resto, ogni destinatario con il quale possa ricrearsi, attraverso l'atto unilaterale simulato, quella apparenza di effetti verso la generalità degli altri terzi e un diverso assetto effettuale tra il dichiarante ed il destinatario medesimo, può essere compartecipe di un accordo simulatorio mediante il quale si consumi l'attività del simulare.

8. Simulazione assoluta e simulazione relativa.

L'alternativa concettuale tra simulazione assoluta e simulazione relativa si costruisce, nell'assetto normativo vigente, intorno al

(186) Così G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 748, che richiama anche la Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale delle obbligazioni, n. 270.

disposto dell'art. 1414 c.c. che, al primo comma, sancisce l'inefficacia *inter partes* dell'atto simulato, mentre, al secondo comma, stabilisce che tra le parti si producono gli effetti propri di un diverso contratto, se voluto dai simulanti in sostituzione di quello ostensibile (187). Nella simulazione assoluta le parti si limitano a creare un contratto ostensibile ai terzi, senza che tra loro insorga alcuna relazione contrattuale; nella simulazione relativa viceversa, accanto all'ostensione di un contratto simulato, le parti intendono realizzare tra loro gli effetti di un contratto in tutto o in parte diverso, instaurando un rapporto che si definisce contratto dissimulato. Anticipando alcune considerazioni che saranno meglio trattate successivamente, si può affermare che, mediante il procedimento simulatorio, le parti pongono in essere un contratto ma vogliono gli effetti di un contratto diverso, mentre non sembra fedelmente descrivere il fenomeno simulatorio l'affermazione che le parti palesano un contratto mentre concludono tra loro un contratto diverso. Anche nella simulazione relativa lo schema rimane quello già analizzato in ordine alla simulazione in generale: l'accordo simulatorio fissa il programma, che incide e rileva sugli effetti dell'atto esecutivo; l'atto simulato offre la struttura funzionale alla realizzazione degli effetti previsti dal programma preordinato nell'accordo simulatorio, in coerenza con l'attribuita natura negoziale dell'atto simulato, tale seppur attuativo dell'accordo simulatorio. Unico negozio, il simulato, che, in virtù dell'atto programmatico costituito dal patto simulatorio, realizza gli effetti propri del contratto dissimulato (non c'è quindi un secondo contratto, il dissimulato, ma solo i suoi effetti), a cui il primo quindi offre la propria struttura, integrata, per pervenire alla realizzazione degli effetti, dei necessari requisiti formali e sostanziali. Gli effetti del dissimulato quindi trovano la propria fonte nell'atto simulato e non nel solo accordo simulatorio, e ciò appare evidente nel fatto che, una volta concluso l'accordo simulatorio, prima che questo abbia esecuzione con l'atto simulato, non si produrranno ancora gli effetti del dissimulato, con ciò dimostrandosi che è l'atto simulato che rileva per l'efficacia del dissimulato. Il termine "contratto dissimulato" costituisce quindi una sintesi

(187) La distinzione tra simulazione assoluta e relativa era stata acquisita dalla dottrina già prima di trovare uno specifico referente normativo: *ex multis* F. FERRARA, *op. cit.*, 173. Il rapporto tra simulazione assoluta e simulazione relativa è stato più volte sottoposto a revisione critica da parte della dottrina; tra gli altri C. CERONI, *op. cit.*, 50 ss.; A. PELLICANÒ, *op. cit.*, 12 ss.

verbale che vuole segnalare il rapporto che effettivamente si instaura tra i contraenti, corrispondente agli effetti di un contratto diverso, appunto il contratto dissimulato. Tale risultato consegue alla combinazione del contratto simulato con l'accordo simulatorio, che consente al primo la produzione degli effetti di un altro contratto, il dissimulato. A voler scandire, a soli fini analitici, il fenomeno simulatorio in più fasi, si può sostenere che l'accordo simulatorio svolge quindi una duplice funzione: stabilisce l'inefficacia *inter partes* del contratto simulato ed al contempo prevede la realizzazione tra le parti di un diverso rapporto contrattuale, proprio del contratto dissimulato; l'accordo simulatorio, negozio programmatico che fornisce la norma quadro dell'intero procedimento simulatorio, costituisce e modella la relazione tra contratto simulato e contratto dissimulato (188). Il contratto dissimulato tuttavia non trova la propria fonte esclusiva nell'accordo simulatorio, bensì nasce dalla combinazione tra contratto simulato, che ne assorbe i requisiti di sostanza e di forma, e accordo simulatorio. Nella simulazione relativa si ha quindi la compresenza di un contratto efficace per i terzi, in quanto ad essi palesato come tale, ed un rapporto contrattuale efficace tra le parti, tale sul piano funzionale ma frutto di una struttura complessa costituita da atto simulato e accordo simulatorio. Se tali sono gli effetti della simulazione relativa, sarebbe tuttavia errato concludere che la simulazione assoluta non è produttiva di effetti; in realtà anche la simulazione assoluta determina effetti giuridici, in particolare la creazione di una parvenza contrattuale, con le conseguenze che ciò determina nei confronti dei terzi, per i quali addirittura tale parvenza costituisce realtà. La giurisprudenza tende a svalutare la distinzione sul piano processuale, in particolare laddove l'azione sia finalizzata a far dichiarare l'inefficacia del negozio simulato più che a verificare l'esistenza di un contratto dissimulato (189). La simulazione relativa tuttavia non si presenta attraverso figure omogenee ma può assumere una struttura multiforme, per la ricca tipologia di situazioni che può offrire nel definire

(188) Così F. MESSINEO, *Il contratto*, cit., 470.

(189) Sulla distinzione Cass., 6 marzo 1970, n. 586, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 1655 e anche Cass., 16 novembre 1971, n. 3279, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, p. 1765; Cass., 17 maggio 1972, n. 1496, in *Foro it.*, 1972, I, c. 3134; Cass., 23 giugno 1972, n. 2102, in *Giust. civ. Mass.*, 1972, 1184; Cass., 15 giugno 1973, n. 1746, in *Foro it. Rep.*, 1973, voce *Simulazione in materia civile*, c. 2440, n. 3.

la relazione tra atto simulato ed atto dissimulato (190). Essa non necessariamente deve riguardare il tipo negoziale, ma può incidere sui più vari elementi del contratto, oggettivi o soggettivi, quali appunto l'oggetto, i soggetti ovvero singole clausole del contratto stesso. Allorquando la simulazione incide sui soggetti si parla di interposizione fittizia; nei casi in cui investe singole clausole del contratto si ha una simulazione parziale, che può a sua volta essere assoluta o relativa. In ordine alla simulazione relativa vi è chi (191) ha distinto tra un accordo simulatorio che vuole sostituire gli effetti della dichiarazione manifesta e quello che vuole soltanto ridurne gli effetti, sostenendo che soltanto la prima figura costituisce una vera e propria simulazione relativa, mentre la seconda configurerebbe più esattamente una simulazione assoluta parziale. Da ciò vi è chi ha dubitato che si possa dare una ricostruzione unitaria della simulazione relativa, proprio in considerazione delle diverse problematiche che emergono dalle varie articolazioni che essa può assumere. Di fondo tuttavia vi è, sul piano ricostruttivo, la contrapposizione tra coloro che individuano l'elemento caratterizzante il fenomeno nello stretto legame funzionale che si instaura tra contratto simulato e contratto dissimulato, quasi a comporre un'unica fattispecie, e chi invece ne segnala la radicale distinzione ed anzi ne enfatizza la intrinseca conflittualità, confortato dall'argomento letterale che può trarsi dalla disposizione normativa (192). In realtà l'argomento letterale non offre anche qui, come del resto spesso accade in tema di simulazione, argomenti decisivi, per le ambiguità di cui è carico. Nello specifico, a favore della tesi della connessione funzionale, è la disposizione che stabilisce la validità del contratto dissimulato « purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma », valorizzando quindi lo stretto collegamento che si determina, anche sul piano strutturale, tra i due contratti. Bisogna tuttavia dar conto del fatto che la giurisprudenza tende prevalentemente a supportare la

(190) R. SACCO, *Le controdichiarazioni*, cit., 663, osserva che talvolta può essere difficile distinguere in concreto quale figura ricorra. L'Autore fa riferimento anche al mandato a gestire, di cui è evidente la distinzione con la simulazione sul piano concettuale ma non sempre è altrettanto facile distinguere in concreto le figure, così da pervenire ad una sicura qualificazione.

(191) R. SACCO, *Il contratto*, cit., 530 ss.

(192) Il punto è già stato trattato diffusamente; in particolare si richiamano F. MESSINEO, *Accordo simulatorio e dissimulazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 241 ss. e ID., *Il contratto in generale*, cit., 473 ss.

tesi della netta distinzione tra atto palese e atto dissimulato, al punto che alcuni casi, quali l'occultazione parziale del prezzo o l'interposizione fittizia, per l'impossibilità di individuare nitidamente una duplicità di contratti interdipendenti, sono stati ritenuti estranei alla figura della simulazione tipicamente intesa, riconducendo invece tali figure a situazioni atipiche in cui, nel primo caso, ci si limiterebbe ad una modificazione parziale di un elemento del contratto, con conseguenti divergenze in ordine al regime probatorio (193), e nel secondo si avrebbero due negozi distinti e neppure collegati, uno "assolutamente" simulato ed uno efficace, semplicemente intercorrenti tra parti diverse (194). Un orientamento quindi che limiterebbe il campo di applicazione della simulazione relativa alle sole ipotesi di simulazione tipologica (195), con evidenti difficoltà ricostruttive nel confronto con la variegata realtà degli accordi che possono effettivamente essere conclusi (196). Prevale invece oggi in dottrina la prospettiva di una valorizzazione dell'unitarietà dell'operazione negoziale; superata la semplicistica idea di una mera coincidenza temporale tra atto voluto ed atto palesato, la dottrina è orientata a ricercare la relazione tra i due atti, definendo la cifra di incidenza del secondo sull'effettività del primo (197). L'unitarietà, *inter partes*, del complessivo procedimento simulatorio, che conduce quindi ad una valutazione complessiva della sintesi degli elementi risultanti dall'uno e dall'altro segmento della complessiva attività, è variamente spiegata in dottrina. Per alcuni si ha una distribuzione tra validità, affidata alla struttura del contratto simulato, ed efficacia *inter partes*, affidata alla funzione del dissimulato (198); per altri l'atto ostensibile costituisce elemento integrativo dell'efficacia del dissimulato (199), per altri ancora siamo in presenza di una fattispecie complessa, ove l'atto simulato è mero

(193) Cass., 21 giugno 1988, n. 526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 534; Cass., 9 luglio 1987, n. 5975, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 546; Cass., 2 ottobre 1978, n. 4366, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 77.

(194) Cass., 21 ottobre 1994, n. 8638, cit.

(195) F. ANELLI, *op. cit.*, 602.

(196) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 561. In giurisprudenza Cass., 27 dicembre 2004, n. 24014, cit., relativamente ad una vendita dissimulante una rendita vitalizia, a garanzia della quale il vitalizante aveva rilasciato procura a vendere al vitaliziato, a garanzia dell'adempimento degli obblighi nascenti dal vitalizio.

(197) F. ANELLI, *op. cit.*, 608.

(198) Così A. AURICCHIO, *op. cit.*, 28 ss.

(199) U. MAJELLO, *op. cit.*, 649 ss.

fatto cui è affidata l'apparenza, ivi compreso il profilo formale, mentre l'effettivo rilievo negoziale è integralmente rimesso al contratto dissimulato (200); non è mancato poi chi, facendo leva sulla completezza strutturale e formale dell'atto palese, ritiene che nella simulazione relativa si realizza un procedimento di conversione (201). In ogni caso si conviene sul fatto che il procedimento simulatorio deve valutarsi nella sua articolazione complessiva, cui concorre ogni segmento negoziale, come contributo alla realizzazione dell'esito programmato dai simulanti, e l'atto simulato non può essere svalutato come se non fosse. Su tale considerazione unitaria della simulazione « relativa » si fonda, come abbiamo visto, anche la prospettata soluzione del problema della forma richiesta dalla legge, necessaria nell'atto ostensibile e non tale per quanto attiene all'accordo simulatorio, anche se per tale conclusione è necessario compiere l'ulteriore passo logico di ammettere una divaricazione, sul piano formale, tra il profilo attributivo-traslativo e il suo fondamento causale, che può collocarsi all'esterno dell'atto formale. Secondo una recente opinione (202), una simile concezione compatta del fenomeno, se da un lato manifesta uno sforzo di comprensione dell'essenza della simulazione relativa come sistemazione di interessi complessivamente unitaria, dall'altro implica che si accetti l'idea di una svalutazione della disposizione, imperativa, sulla forma della donazione contrattuale, che pone serie difficoltà ricostruttive nel confronto con il dato positivo, trattandosi di un requisito formale imposto in ragione della causa e non dell'oggetto dell'alienazione del diritto (203).

9. La simulazione parziale oggettiva.

Rientra nella simulazione relativa anche la cd. simulazione parziale, tale quando riguarda soltanto alcuni elementi del contratto, e così definita per distinguerla da quella che, più incisivamente,

(200) G. FURGIUELE, *op. cit.*, 114 ss.

(201) Anche in F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 15.

(202) F. ANELLI, *op. cit.*, 611.

(203) N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 138 ss.; E. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, 313 ss.

attiene al tipo contrattuale e si conforma pienamente alla definizione del secondo comma dell'art. 1414 c.c. Per tale ultimo caso di simulazione tipologica, accanto all'ipotesi paradigmatica della compravendita che dissimula una donazione, si richiama sovente, in via esemplificativa, la simulazione in tema di locazione, ove la modifica di alcuni elementi è spesso funzionale ad assicurare la divergenza dal tipo e così sottrarsi all'applicazione delle norme imperative previste dalla disciplina legale (204). Spesso la simulazione parziale riguarda il prezzo; si tratta di questione frequente e complessa, soprattutto ove la si applichi ad un contratto formale quale la vendita immobiliare. Il problema principale attiene infatti alla necessità o meno che il patto simulatorio, ove si definisce l'effettivo prezzo, debba rivestire la forma scritta in quanto integrativo di un atto formale. L'applicazione rigorosa della disciplina della simulazione sembra escludere tale necessità, per le stesse ragioni, sopra più ampiamente illustrate, per cui è il contratto simulato ad integrare i requisiti formali, assorbendo così in sé, ed esaurendo, il necessario rispetto dei formalismi richiesti e consentendo quindi all'accordo simulatorio una maggiore libertà formale. Gli autori per i quali la divergenza tra prezzo enunciato e prezzo corrisposto, non incidendo sul tipo, esula dal fenomeno simulatorio, ritengono conseguentemente che il richiamo alla disciplina della simulazione, sia in ordine alla prova che alla forma, non sia congruente (205). Sul piano probatorio parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che l'accertamento del prezzo effettivo costituisce questione di "interpretazione" della relativa clausola ed in tal modo superano quelle che ritengono le strettoie sui mezzi di prova indotte dalla disciplina della simulazione, anche se il problema si pone esclusivamente nelle ipotesi in cui la divergenza sul prezzo non sfocia nell'illecito, di solito di natura fiscale, poiché in tal caso anche il disposto dell'art. 1416 c.c. consente di superare le angustie probatorie (206). I tentativi, cui spesso si assiste, di sovrapporre questione probatoria e questione

(204) Si pensi alle ipotesi in cui, incidendo sulla durata o su clausole accessorie, si mira a far apparire la locazione funzionale ad esigenze abitative transitorie o comunque diverse dalla destinazione dell'immobile ad abitazione principale del conduttore.

(205) A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 533; F. ANELLI, *op. cit.*, 616; così anche Cass., 11 aprile 1987, n. 5975, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1020.

(206) M. CASELLA, *Simulazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 602.

formale non sembrano convincenti, potendosi ragionevolmente argomentare in ordine all'insussistenza, se non nell'atto simulato, di doveri formali e riconducendo il profilo probatorio al combinato disposto della norma speciale dell'art. 1416 c.c. e della disciplina generale in materia di mezzi di prova.

La simulazione della quietanza diverge dalla simulazione del prezzo in quanto mera dichiarazione di scienza priva di rilevanza negoziale, tuttavia i problemi che a tale situazione ineriscono e le relative soluzioni sono in larga parte assimilabili. Spesso la simulazione della quietanza è diretta derivazione della simulazione del prezzo; in altri casi, i soli che possono effettivamente ricondursi ad una autonoma simulazione della quietanza, la dichiarazione liberatoria viene resa simulatamente, mentre nessun pagamento, seppur dovuto, è effettivamente avvenuto; si tratta cioè di una falsa attestazione dell'adempimento di un'obbligazione effettivamente sorta.

10. La simulazione parziale soggettiva.

Quando la simulazione attiene ai soggetti anziché all'oggetto del rapporto, nel senso che l'atto simulato appare concluso tra due o più soggetti mentre diverse sono invece le parti effettive del rapporto stesso, si ha la cd. interposizione fittizia (o simulata) di persona (207). Il contratto può essere simulato relativamente ad uno o ad entrambi i soggetti del rapporto, fermi tutti gli altri elementi. L'interposizione fittizia costituisce un caso di simulazione relativa parziale, nel senso che non si avrà una duplicità di rapporti contrattuali ma solo una duplicazione di piani limitatamente al rapporto intersoggettivo che si instaura. Il rapporto *inter partes* si instaura tra i simulanti, contraenti effettivi, mentre ai terzi viene palesato un rapporto ove interviene il soggetto interposto, altrimenti definito "prestanome". Il prestanome è privo di qualsiasi legittimazione attiva e passiva e nessun effetto il contratto determina nei suoi confronti per quanto attiene ai simulanti, mentre verso i terzi lo stesso si manifesta come l'effettivo contraente. Gli effetti del contratto e gli spostamenti patrimoniali che ne conseguono si producono effettivamente, incidendo la simulazione non sulle situazioni

(207) F. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, 156; L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, 129 ss.

giuridiche soggettive che dal contratto promanano ma soltanto sulla definizione della loro titolarità. La particolarità dell'interposizione fittizia sta nel fatto che l'accordo simulatorio da bilaterale diviene trilaterale in quanto ad esso, oltre ai contraenti effettivi, partecipa anche il soggetto interposto. La simulazione soggettiva si differenzia poi dalla cd. interposizione reale (o effettiva), che è estranea al fenomeno simulatorio, essendo riconducibile alla categoria della rappresentanza indiretta o, al limite, al fenomeno dell'intestazione fiduciaria (208). In tal caso l'interposizione è regolata da un accordo bilaterale tra interposto e interponente, mentre l'altro contraente, a differenza di quanto avviene nell'accordo simulatorio, è estraneo allo stesso ed anzi normalmente ne ignora la stessa esistenza. In tal caso il contratto, non solo relativamente ai terzi, ma anche *inter partes*, si conclude con l'interposto, che assume la qualità di contraente e gli effetti si trasmettono all'interponente secondo le regole proprie del mandato (209). Sul piano funzionale l'interposizione fittizia, per gli effetti *inter partes*, determina l'acquisto del diritto in capo all'interponente, che costituisce l'unico soggetto con cui l'altro contraente instaura un rapporto, mentre nell'interposizione reale il diritto è acquistato in capo all'interposto ed il terzo, anche se consapevole dell'interposizione, non entra in rapporto con l'interponente, e gli effetti del contratto, quantomeno sul piano logico, si producono tra contraente e soggetto interposto (210). Nell'interposizione reale non si può quindi parlare di inefficacia dell'atto ostensibile, che invece è tipica conseguenza della simulazione, né l'interposto è mero titolare apparente. Non è mancato tuttavia chi contesta la distinzione tra interposizione fittizia e interposizione reale (211),

(208) Sui rapporti tra mandato e interposizione, P. M. PUTTI, *Negozio fiduciario*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003, 924 e prima G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1948, 30 ss.

(209) Sulle cui modalità, come noto, è tuttora aperto un dibattito circa l'automaticità del ritrasferimento ovvero la necessità di un nuovo atto teso a ritrasferire gli effetti; sul tema per tutti A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 214 ss..

(210) Come è noto vi è chi sostiene che, per effetto del principio consensualistico, il mandato realizza di per sé, senza necessità di un successivo atto di ritrasferimento, la migrazione dei diritti acquistati in capo al mandante. Per una rassegna dei vari orientamenti A. LUMINOSO, *op. cit.*, 180 ss.

(211) Sul punto S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*, cit. 288 ss.; A. AURICCHIO, *op. cit.*, 187; R. SACCO, *Le controdiichiarazioni*, cit., 663;

sulla considerazione che in entrambe le figure l'interposto, per quanto attiene alla rilevanza esterna, agisce sempre in proprio, pur se nell'interesse altrui. Ma la distinzione si giustifica invece per quanto attiene al profilo interno del rapporto. La partecipazione del terzo al patto di interposizione tra l'interposto e l'interponente costituisce il tratto distintivo dell'interposizione fittizia e l'elemento che consente di ricondurre la figura alla simulazione, seppur soggettiva; nell'interposizione reale manca la partecipazione di una delle parti dell'atto all'accordo interno e l'interposizione si esaurisce in una relazione tra contraente interposto e interponente. La distinzione tuttavia, pur chiara sul piano dogmatico, non è facilmente individuabile in concreto e si riverbera sullo statuto normativo applicabile alla singola fattispecie. L'elemento decisivo per una corretta qualificazione in concreto viene tradizionalmente individuato nella complessità soggettiva dell'accordo simulatorio, per il quale è richiesta, nell'ipotesi di interposizione fittizia, la presenza di una convenzione trilaterale e quindi la partecipazione del terzo al patto simulatorio, che costituisce l'elemento caratterizzante la simulazione soggettiva. Per tale complesso accordo simulatorio, diversamente da quanto accade per le figure di simulazione diverse dall'interposizione fittizia, la giurisprudenza richiede anche l'omogeneità formale con quanto richiesto per la realizzazione degli effetti (212). Tale prospettiva si fonda evidentemente sul fatto che qui viene meno l'esatta coincidenza soggettiva tra parti dell'atto simulato e parti dell'accordo simulatorio, per cui, nei confronti dell'interponente, manca anche la struttura contrattuale che sostiene il requisito formale. Recentemente in giurisprudenza si è affermato (213) che la

contra F. SCARDULLA, *Interposizione di persona*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 143.

(212) Per Cass. 1838/1980, in *Foro it.*, 1981, I, 843, colui che chiede "l'accertamento in capo all'effettivo beneficiario del diritto di proprietà su immobili acquistati per interposta persona non può provarne per testimoni l'acquisto, dovendo gli acquisti immobiliari essere rivestiti di forma scritta *ad substantiam*, neppure se sostenga l'illiceità dell'acquisto ed invochi perciò la libertà di prova ex art. 1417 c.c., poiché tale disposizione concerne soltanto la simulazione".

(213) Così Cass., 10 aprile 2013, n. 8682, in *Banca dati Pluris*, la quale afferma che, poiché nella simulazione fittizia l'interposto figura soltanto come acquirente, mentre gli effetti del negozio si producono a favore dell'interponente, ricorre un'ipotesi di interposizione reale nel caso in cui non vi sia un accordo simulatorio o perché interponente ed interposto vogliono veramente far ricadere nella sfera giuridica dell'interposto gli effetti del contratto stipulato col terzo o perché è

differenza tra interposizione fittizia e interposizione reale non si fonda sulla partecipazione dell'altro contraente all'accordo che disciplina la sostituzione dell'interposto all'interponente, che ben potrebbe esservi anche in caso di interposizione reale, bensì sul concreto atteggiarsi della volontà degli interessati, nel senso che si ha interposizione reale ogniqualevolta i contraenti vogliono che gli effetti del contratto si producano effettivamente nella sfera giuridica dell'interposto. La trilateralità dell'accordo simulatorio non sarebbe quindi elemento discriminante la distinzione tra le due figure. In questo senso anche la giurisprudenza, che così come ritiene configurabile una interposizione reale anche con la partecipazione del terzo all'accordo, così sembra consentire l'accertamento di una interposizione fittizia anche senza che risulti la partecipazione dell'altro contraente, quantomeno non ne ravvede la necessità nella fase processuale di accertamento; le Sezioni Unite hanno infatti affermato che nella simulazione relativa della compravendita per interposizione fittizia dell'acquirente, l'alienante non è litisconsorte necessario se nei suoi riguardi il negozio è stato integralmente eseguito e manca ogni suo interesse ad essere parte nel giudizio, con ciò evidenziando come solo l'interposto e l'interponente sono soggetti vincolati dall'accordo simulatorio (214). La distinzione si riversa sul piano della tutela che, nell'interposizione reale, è interamente affidata agli ordinari rimedi in materia obbligatoria e la tutela recuperatoria passa per l'applicazione dell'azione di cui all'art. 2932 c.c. Una dottrina recente tende tuttavia ad avvicinare le figure di interposizione fittizia e interposizione reale, individuando nella titolarità, fittizia o reale, un comune elemento di precarietà, in quanto, in entrambi i casi, si tratta di una titolarità destinata a modificarsi, costituendo un mero schermo temporaneo (215).

proprio il terzo a rifiutare la proposta dell'interponente ed a pretendere ed ottenere di contrattare in via diretta con un altro soggetto interposto.

(214) Cass., S.U., 14 maggio 2013, n. 11523, in *Corr. giur.*, 2014, 615, per la quale, ove siano state adempiute le obbligazioni tipicamente connesse alla causa del negozio (trasferimento del bene e pagamento del corrispettivo) la sentenza che accerti l'interposizione e dichiari che l'interponente è l'effettivo acquirente produce integralmente i suoi effetti "utili" anche in assenza dell'alienante. Precisa però la Corte che la modificazione soggettiva relativa all'acquirente all'esito dell'accertamento giudiziale svolto in assenza dell'alienante, è inefficace nei confronti di quest'ultimo, che non può trarre alcuna utilità dalla dichiarazione di simulazione relativa.

(215) F. ANELLI, *op. cit.*, 639 ss.

Giova ulteriormente chiarire la distinzione tra contratto fiduciario e contratto soggettivamente simulato. Il contratto fiduciario, pur nella pluralità di tesi ricostruttive che lo caratterizzano, è quello in cui il fiduciante attribuisce effettivamente al fiduciario un diritto, con la conseguenza che quest'ultimo ne è il titolare, pur se tale titolarità è limitata dalla compresenza di un altrui interesse. A carico del fiduciario sorge quindi l'obbligo di esercitare tale diritto secondo le indicazioni del fiduciante, fino a che lo stesso non ne richiederà il trasferimento a favore proprio o di un terzo. Il contratto di trasferimento al fiduciario e il successivo ritrasferimento al fiduciante trovano la loro giustificazione causale nell'accordo fiduciario. La fiducia realizza quindi un effetto reale, funzionale all'investitura del fiduciario nel diritto, ed un correlato effetto obbligatorio a carico del medesimo fiduciario (216). La differenza con la simulazione soggettiva sta nel fatto che con l'intestazione fiduciaria l'investitura nel diritto è, anche *inter partes*, reale ed effettiva ed il recupero della titolarità al fiduciante è differito ad un momento successivo, per effetto dell'adempimento dell'obbligo di ritrasferimento. Tale differenza si riverbera anche qui sulle azioni a tutela: mentre il fiduciante potrà proporre azione personale verso il fiduciario per ottenere, eventualmente mediante l'applicazione del provvedimento *ex art.* 2932 c.c., il trasferimento del diritto, l'interponente agirà per l'accertamento della simulazione, essendo egli, fin dall'origine, il titolare effettivo del diritto. La differenza si stempera invece per quanto attiene la rilevanza verso i terzi, anche se la disciplina della simulazione è applicabile ai soli casi di interposizione fittizia mentre, nel caso di intestazione fiduciaria, il conflitto tra fiduciante e terzo verrà risolto secondo le normali regole di conflitto tra creditori. In sostanza quindi l'effettività dell'investitura nell'uno e l'inefficacia *inter partes* dell'attribuzione patrimoniale nell'altro, segnano la differenza tra contratto fiduciario e interposizione simulata.

(216) Tradizionalmente, anche se tali classificazioni appaiono oggi meno nitide che in passato, si distingueva la *fiducia cum amico* dalla *fiducia cum creditore*, attribuendo a quest'ultima una funzione di garanzia, come pure si distingueva tra fiducia romanistica e fiducia germanistica, fondando sostanzialmente la distinzione sulla realtà del vincolo fiduciario e quindi sulla sua opponibilità *erga omnes*; fra gli altri S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, 240 ss.; U. CARNEVALI, *Negozio giuridico. Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990, 3 ss. Tale distinzione tuttavia non rileva nel confronto con il fenomeno simulatorio.

11. La simulazione nel processo di armonizzazione del diritto europeo.

In Europa la simulazione è istituto spesso trascurato dal diritto positivo, tant'è che molti dei più recenti codici civili trascurano di disciplinarla espressamente o tutt'al più adottano una disciplina assai sintetica (217). Anche nel *Code civil* il fenomeno simulatorio è trascurato, quantomeno nella parte che si occupa della disciplina del contratto (la materia è trattata nell'area delle prove, regolata dall'art. 1321 sulle *contre-lettres*), ed addirittura del tutto omissa dalla trattazione nell'*Avant-project* nell'*Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016, di riforma del diritto contrattuale. Nel BGB tutto si risolve con la brusca disciplina del § 117. Anche nei recenti progetti di armonizzazione del diritto civile contrattuale l'istituto non riscontra un particolare manifesto interesse: non è trattato nei *Principi Unidroit* e trova una regolamentazione assai succinta nei *PECL (Principles of European Contract Law)*, ove è completamente trascurata la previsione delle conseguenze della simulazione verso i terzi. L'art. 6:103 si limita a disporre: "When the parties have concluded an apparent contract which was not intended to reflect their true agreement, as between the parties the true agreement prevails". Il *draft CFR* invece si occupa con più attenzione del fenomeno simulatorio, nella sez. 9.2, con l'art. 9.201, rubricato: "effect of simulation", ove, al secondo comma, disciplina gli effetti della simulazione verso i terzi. Tuttavia, ad eccezione del BGB, ove il legislatore fa espresso riferimento alla nullità del contratto come conseguenza della simulazione, negli altri casi si tende a trascurare, come nel codice civile, i profili qualificatori e tutt'al più si volge attenzione al profilo attuativo. Allargare l'orizzonte di indagine non offre quindi espliciti contributi al tentativo ricostruttivo della natura del fenomeno; purtuttavia i tentativi di armonizzazione della disciplina del contratto in ambito europeo meritano alcune considerazioni, in quanto concorrono quantomeno a disvelare le persistenti ambiguità ricostruttive, specialmente per quanto attiene al rapporto tra terzi e atto simulato. I PECL, come abbiamo detto, si limitano a sancire che i rapporti tra simulanti sono regolati dal contratto

(217) La disciplina della simulazione è assente nel codice olandese, in quello russo e in quello brasiliano; sul punto vedi A. M. BENEDETTI, *La simulazione nel Draft CFR*, in *Il draft common frame of reference del diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti e P. Zatti, Milano, 2009, 37 ss.

effettivamente voluto, mentre non offrono alcuna indicazione in ordine alle conseguenze della simulazione verso i terzi. L'omissione del richiamo ai terzi, da un lato, e l'affermazione che "il vero contratto prevale tra le parti", dall'altro, hanno indotto taluni a ritenere che la disposizione deve interpretarsi nel senso che per i terzi rileva il contratto ostensibile, senza alcuna discriminazione tra terzi in buona o mala fede, creditori anteriori o posteriori. I terzi cioè potrebbero far prevalere il contratto simulato sul dissimulato, a prescindere dalla loro buona fede. Tale soluzione è stata tacciata di irragionevolezza ma in realtà potrebbe cogliersi in essa la consapevolezza che il cuore della simulazione sta nel divaricare, tra parti e terzi, gli effetti dell'attività negoziale posta in essere, con alcuni limitati correttivi a tale atto di autonomia, a tutela di legittimi interessi dei soggetti in gioco che giustificano una compressione degli effetti dell'autonomia privata. Nel codice civile tali correttivi risultano dalla stessa specifica disciplina della simulazione, nei *PECL* debbono essere recuperati dal sistema. Nel *Draft* la simulazione trova finalmente adeguato spazio ed il legislatore non si appiattisce sulla linea anodina che caratterizza i *PECL*, sia adottando una disciplina più estesa, sia perché la regola adottata, pur coerente con la ricostruzione propria della dottrina classica, offre anche spunti di originalità, inquadrando la simulazione nel più generale fenomeno dell'apparenza giuridica. In particolare il *Draft* valorizza il profilo applicativo della simulazione più che gli aspetti dogmatici, orientandosi a valutare l'incidenza del fenomeno su parti e terzi, in questo mostrando evidenti assonanze con il modello del codice civile italiano. Come nel modello italiano, il regolamento normativo è concentrato sull'esigenza di risolvere i conflitti che dalla simulazione possono derivare, fornendo criteri di soluzione nel definire le varie posizioni conflittuali e temperare i vari interessi in gioco, come si può con evidenza cogliere nell'indubbia conformità che si rileva tra l'art. 9:201 del *DCFR* e gli artt. 1414 ss. del codice civile (218). È stato a questo proposito affermato che la norma del *DCFR*, soprattutto nel secondo comma, dedicato agli effetti della simulazione verso i terzi, attua una sorta di conversione in principi delle regole di dettaglio che il nostro codice civile dedica alla

(218) L'art. 9:201, n. 1 è così formulato: *When the parties have concluded a contract or an apparent contract and have deliberately done so in such a way that it has an apparent effect different from the effect which the parties intend it to have, the parties' true intention prevails.*

simulazione, che possono ritenersi derivate proprio da quei principi esplicitati nella disposizione del *Draft* (219). Manca in questo modello di norma un riferimento all'accordo simulatorio e alle controdichiarazioni, con quella che appare quindi un'adesione alla teoria monistica, in quanto atto ostensibile e effetti dissimulati risultano trattati unitariamente; manca inoltre qualsiasi richiamo alla simulazione degli atti unilaterali ed in genere alla simulazione relativa ad atti diversi dai contratti. Qualche perplessità suscita l'ambigua distinzione tra contratto simulato e contratto apparente, entrambi finalizzati a creare degli effetti apparenti, diversi da quelli che le parti vogliono effettivamente, tra loro, realizzare. Con tali termini si intende probabilmente fare riferimento alla distinzione tra simulazione assoluta, ove vi è soltanto una apparenza di contratto, e simulazione relativa, ove vi è un contratto, che tuttavia produce effetti solo apparenti rispetto all'effettivo rapporto che si instaura tra i contraenti. Significativo è tuttavia il fatto che manca qualsiasi riferimento al procedimento formativo di tale effetto; né la contro-dichiarazione né l'accordo simulatorio vengono considerati dalla disposizione normativa, che anzi è molto esplicita ad escludere una tipicità delle soluzioni funzionali a realizzare l'effetto simulatorio, evidente nell'espressione "*in such a way that*". Gli estensori del *Draft* si disinteressano quindi del modo con cui viene realizzato il procedimento simulatorio e come si determinano le sue conseguenze. È stato detto che l'assenza di un espresso richiamo all'accordo simulatorio non va sopravvalutata, in quanto in ogni caso la simulazione resta un'espressione di autonomia privata, frutto di una scelta intenzionale delle parti, che si accordano per simulare tutti od alcuni degli effetti di un contratto (220). In effetti l'espressione evidenzia che deve trattarsi di una apparenza consapevolmente creata e di un effetto, tra le parti, realmente voluto; il *Draft* quindi non mette in discussione la configurazione della simulazione come atto di autonomia ma vuole soltanto limitarsi a regolarne gli effetti, non prendendo posizione in ordine al tradizionale confronto tra nullità o inefficacia dell'atto simulato. Si conferma soltanto che tra le parti, nel contrasto tra effetti ostensibili ed effetti voluti, sono quest'ultimi a prevalere. La disposizione non dispone nemmeno in ordine agli effetti della simulazione, non sovrappone la regola legale

(219) A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, 40.

(220) A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, 41.

all'autoregolamento, ma fissa esclusivamente una regola di prevalenza che, evidentemente, presuppone un conflitto e opera soltanto in tal caso. Tant'è che in dottrina è stato posto in luce come la simulazione non avrebbe di per sé bisogno di regole legali sue proprie, se non per regolare conflitti tra la situazione manifesta e quella riservata (221). Che l'attenzione sia tutta concentrata sull'effetto della simulazione lo dimostra la genericità del riferimento testuale, ove si riconduce alla figura qualsiasi articolazione negoziale che si atteggi "in ogni modo che" conduca ad un atto ostensibile che produca effetti diversi da altri effettivamente voluti. Tale espressione si riflette anche sul regime probatorio, nel senso che non sussistono i limiti probatori che il nostro ordinamento fissa all'art. 1417 c.c.; gli elementi a supporto dell'esistenza di un procedimento simulatorio e quindi dell'apparenza e della vera intenzione dei contraenti potranno quindi essere individuati con ogni mezzo di prova. Il secondo comma dell'art. 9.201 del *Draft* innova rispetto alla precedente disciplina dei PECL, regolando espressamente gli effetti verso i terzi e stabilendo che per i terzi prevale il contratto apparente. Tale prevalenza è tuttavia subordinata alla sussistenza dei seguenti elementi: il terzo deve aver fatto affidamento sul contratto simulato, ragionevolmente ed in buona fede. È significativo che la disposizione evochi in maniera generica la categoria dei terzi, senza cedere a quelle complesse distinzioni tra terzi aventi causa e creditori, esecutanti o chirografari, che invece caratterizzano la disciplina legale interna. Più problematica la definizione del primo dei due parametri, costituito dalla ragionevolezza, ignoto al nostro sistema contrattuale positivo. Esso costituisce un criterio oggettivo di valutazione del grado di meritevolezza di tutela dell'affidamento del terzo sulla situazione simulata. Ciò che normalmente, nel nostro ordinamento, viene risolto sul piano della prova, attraverso le presunzioni, viene qui risolto sul piano sostanziale, attraverso un richiamo alla valutazione oggettiva delle circostanze; si tratta di un criterio che si avvicina al concetto di diligenza, cioè ad una costruzione in concreto della simulazione tale che un terzo di ordinaria diligenza non avrebbe potuto percepire. Il concetto di buona fede è invece quello noto, riferito, sembrerebbe, alla buona fede soggettiva e quindi alla conoscenza della simulazione, anche se vedremo la particolare declinazione rafforzata che il concetto di buona fede

(221) R. SACCO, *op. ult. cit.*, 663.

assume nella simulazione. Anche i primi commentatori (222) del *Draft* interpretano la disposizione nel senso che deve trattarsi di una conoscenza piena ed effettiva, senza tuttavia aderire a quell'orientamento che ritiene necessario, perché la disciplina protettiva venga meno, che il terzo non si limiti ad una mera conoscenza ma abbia in qualche modo concorso al risultato cui mira l'attività simulatoria. La necessaria compresenza dei due requisiti, oggettivo e soggettivo, ragionevolezza e buona fede, manifesta una certa resistenza a escludere l'applicazione ai terzi degli effetti dell'atto simulato, ancor più laddove si aderisca alle teorie di un concetto forte di mala fede; un terzo può trovarsi infatti assoggettato alle conseguenze dell'atto simulato anche se in buona fede, laddove l'affidamento non sia comunque oggettivamente ragionevole, così come la mala fede del terzo lo esclude dalla disciplina protettiva anche se le circostanze sarebbero tali da rendere ragionevole un suo eventuale affidamento sulla situazione resa palese. Il terzo quindi può sottrarsi alle conseguenze della situazione giuridica apparente e far valere la simulazione solo ove le condizioni siano tali, alla luce dei citati presupposti, da rendere la sua posizione meritevole di tutela. La sistemazione del *Draft* è stata giudicata un progresso rispetto a quanto previsto o, meglio, a quanto trascurato nei *PECL*; quantomeno si distingue il piano degli effetti verso le parti e quello degli effetti verso i terzi, fissando le regole e le condizioni che consentono la ricomposizione dei piani e, più precisamente, le possibilità per il terzo di sottrarsi alle conseguenze dell'atto simulato.

(222) A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, 44.