

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 2.2.2015

La Nuova Procedura Civile, 2, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Causalità consortile

Commento [all'ordinanza n. 946 del 21.01.2015 della Cassazione Civile](#)

Di **Anna FITTANTE**

SOMMARIO 1. La causalità in concreto 2. La giurisprudenza di legittimità sulla causalità consortile 3. Il negozio in frode alla legge 4. La causa illecita 5. Conclusioni

1. La causalità in concreto

Il principio causalistico annovera la causa tra gli elementi essenziali del contratto. Il nudo consenso non è, infatti, da solo sufficiente se non è accompagnato da una giustificazione causale apprezzabile e non vietata dall'ordinamento.¹ La causa imprime connotati di tipicità all'atto. Ciò è maggiormente evidente nei contratti nominati. L'ordinamento ritiene, tuttavia sufficiente anche l'intenzione delle parti di regolare una situazione di potenziale conflitto, a prescindere dalla disciplina adottata e avendo riguardo solo a quegli interessi ritenuti meritevoli di tutela. Emerge quindi la categoria dei contratti innominati, la cui causa può anche essere la risultante di più contratti nominati.²

In assenza di una specifica definizione ad opera del codice civile, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato tre teorie: oggettiva, soggettiva ed infine quella della causalità in concreto. La prima definisce la causa come la funzione economico-sociale che ciascun tipo di contratto è chiamato a svolgere.³ Orbene, il legislatore nel prevedere degli schemi contrattuali tipici, ha conferito a ciascuno di essi una funzione socialmente apprezzabile. Ne consegue che secondo tale teoria non potrebbero sussistere contratti tipici con causa illecita giacché, diversamente, si dovrebbe imputare al legislatore il perseguimento di finalità illecite. I fautori della teoria soggettiva, al contrario, attribuiscono rilevanza giuridica alla motivazione, con l'evidente rischio di identificare i motivi personali con la causa del contratto. È prevalsa pertanto in giurisprudenza l'esigenza di individuare l'obiettivo concretamente perseguito, in uno schema tipo delineato dall'ordinamento o dalle parti. La teoria della causalità in concreto prende di mira l'operazione contrattuale complessiva e l'interesse concreto che con essa è possibile soddisfare. Autorevole dottrina qualifica la causa come un elemento dinamico volto alla realizzazione degli interessi privati ricorrendo eventualmente anche ad uno schema tipico.⁴ La teoria in esame non esclude dal suo campo di applicazione le tipologie contrattuali atipiche con riferimento alle quali, come osservato da parte della dottrina, il controllo da porre in essere avrà ad oggetto la meritevolezza dell'interesse perseguito, l'esistenza di una causa in concreto ed infine la sua liceità.⁵

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che *"la causa, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, non può che essere funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale atta a cogliere l'uso che le parti abbiano inteso compiere adottando quella specifica tipologia negoziale"* (Cass. n. 23941 del 2009). Emerge con estrema chiarezza il collegamento tra la causa e la concreta realtà effettiva alla quale l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica.

2. La giurisprudenza di legittimità sulla causalità consortile

¹ TROISI, *Negozio Astratto*, Enciclopedia Giuridica Treccani, 1990, Roma.

² SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX Edizione, Napoli, 2012, p. 173.

³ CHINE'-FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, V Edizione 2014, Nel Diritto Editore, p. 1192 ss.

⁴ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006, p. 810.

⁵ BIGLIAZZI GERI, BRESCIA, BUSINELLI, NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto Civile*, Torino, 1992, p. 706.

L'ordinanza in commento affronta i profili fiscali dei rapporti tra consorziati e Consorzio, in relazione allo scopo mutualistico perseguito da quest'ultimo ed ai principi in materia di causa del contratto. Il caso verte sull'impugnazione di un atto di contestazione notificato al Consorzio in, con il quale veniva irrogata una sanzione pecuniaria ai sensi dell'articolo 6, comma 7 del D.Lgs. n. 471 del 1997, a fronte della mancata regolarizzazione a fini Iva di fatture emesse nell'anno 2002. Nello specifico, l'amministrazione finanziaria creditrice deduceva l'adozione di una procedura di contabilizzazione dei costi e dei ricavi ritenuta anomala perché comportava una sorta di compensazione tra operazioni attive e passive del Consorzio e dei consorziati, con conclusiva fatturazione reciproca solo di parte dei costi e proventi complessivi. Agendo quindi come impresa commerciale a scopo di lucro, si contestava sia la presunta violazione della normativa in materia di IVA, sia dei principi inerenti allo scopo consortile. La Sezione Tributaria nell'ordinanza *de quo* rimette gli atti al Primo Presidente sollecitando l'eventuale intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla luce delle divergenze interpretative legate al ribaltamento di costi e utili dal Consorzio alle imprese consorziate.

Gli ermellini si soffermano sullo scopo consortile alla luce dei principi che regolano la causa del contratto. Un primo orientamento della Sezione Tributaria aveva ritenuto che: *"riguardo alle società consortili costituite secondo il tipo delle società di capitali, lo scopo consortile può comportare la deroga delle norme che disciplinano il tipo adottato, senza però giustificarne lo stravolgimento dei connotati fondamentali"*⁶, ad ulteriore conferma dei connotati di tipicità che la causa imprime al negozio. Precisava altresì che *"lo scopo consortile non è confinato sul piano della convenzione negoziale, ma costituisce vera e propria causa giuridica (ovvero requisito) del contratto, la cui non rispondenza - originaria o sopravvenuta - alla concreta realtà effettiva può assumere rilievo ai sensi dell'art. 1344 c.c., se tesa a violare norme tributarie"*. Tuttavia, con la sentenza n. 24014 del 23 ottobre 2013, la Corte ha invece affermato che la pacifica natura di ente non a fini di lucro rivestita dal Consorzio non esclude che esso possa svolgere un'attività intrinsecamente commerciale e pertanto può trarre ricavi, con i quali coprire i costi di gestione. L'orientamento in questione sembra operare una distinzione strutturale tra lo scopo consortile e l'attività (commerciale) svolta per realizzarlo.

Emerge la tendenza della giurisprudenza a considerare rilevante ciò che in concreto le parti abbiano preso di mira. Nel caso di specie il Collegio osserva che in termini generali il contratto di consorzio genera rapporti associativi con scopo mutualistico (c.d. mutualità consortile), che attribuiscono agli associati vantaggi derivanti dall'organizzazione comune, chiamata quindi a svolgere una funzione strumentale rispetto all'attività delle imprese consorziate e senza tuttavia "assorbirle" in un unico organismo (Cass. n. 1636 del 2014). L'art. 2615-ter c.c., prevede inoltre che le società possano assumere come oggetto sociale gli scopi consortili, dando luogo alle c.d. società consortili, che possono essere costituite anche in forma di società per azioni, ovvero di società cooperativa. Ne consegue che la funzione presa di mira dal contratto prescinde dalle modalità attraverso le quali eseguire la prestazione. Tuttavia potrebbe agevolmente verificarsi che la sussunzione in una specifica tipologia

⁶ Cass. Sez. Trib. sentenza n. 20778 dell'11 settembre 2013.

contrattuale, costituisca un espediente per eludere norme imperative.

3. Il negozio in frode alla legge

Come sopra esposto, un primo orientamento della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione richiamava l'articolo 1344 c.c. per sottolineare la necessaria correlazione tra la concreta realtà effettiva e lo scopo consortile. La norma stabilisce che la causa è illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Si tratta di un'operazione complessa con la quale le parti pongono in essere atti leciti e produttivi di effetti per realizzare un assetto di interessi contrario alla legge.⁷ La dottrina si è interrogata sulla sua identificazione. I fautori della teoria soggettiva attribuiscono rilievo a due indici di riferimento: il perseguimento di una finalità analoga a quella *contra legem* e l'intento fraudolento dei soggetti agenti. La teoria oggettiva individua la frode allorché il contratto persegua, attraverso patti aggiunti o procedimenti indiretti, il medesimo risultato vietato da una norma imperativa.⁸ La dottrina in tal caso individua la frode soltanto con riferimento alle norme formali. Quest'ultime sanzionano, a prescindere dal mezzo utilizzato, il raggiungimento del risultato illecito, a differenza dalle norme materiali che individuano la violazione in relazione a determinate modalità di intervento.

La giurisprudenza si è soffermata sulla differenza con la frode perpetrata nei confronti dei creditori precisando: *"Il negozio in frode alla legge è quello che persegue una finalità in assoluto vietata dall'ordinamento, in quanto contraria a norme imperative o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta ad eludere una norma. L'intento di recare pregiudizio ad altri soggetti non rientra di per sé nella descritta fattispecie, sia perché il negozio in frode alla legge è ipotesi del tutto distinta da quella del negozio in frode ai terzi, sia perché non si rinviene nell'ordinamento una norma che stabilisca in via generale l'invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali si riconoscono rimedi specifici in relazione al pregiudizio subito"* (Cass. Sez. III, sentenza n. 23158/2014). Ne consegue che il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori, non è di per sé, nullo per illiceità della causa, per frode alla legge o per motivo illecito determinante comune alle parti, apprestando l'ordinamento dei rimedi speciali a tutela dei loro diritti.

Alcuni autori osservano che, in realtà, l'adesione alla teoria della causalità in concreto abbia ridotto l'ambito di applicazione dell'articolo 1344 c.c., che non annovera più i contratti tipici con causa illecita. Quest'ultimi verrebbero infatti sanzionati dall'art. 1343 c.c.

4. La causa illecita

L'articolo 1343 c.c. sancisce le ipotesi di nullità della causa per contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. L'ordinamento giuridico sanziona con la nullità il contratto la cui causa sia stata ritenuta illecita. La giurisprudenza ha precisato che l'attività negoziale non può dirsi

⁷ SANTORO PASSARELLI, *Teorie Generali del Diritto Civile*, IX ed. Napoli, 1989, p. 191.

⁸ CHINE'-FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, V Edizione 2014, Nel Diritto Editore, p. 1212.

illecita per il solo fatto che comporti un danno per i terzi in generale; al vantaggio procurato al soggetto agente può corrispondere simmetricamente un vero e proprio svantaggio a danno degli altri consociati indirettamente coinvolti.

Autorevole dottrina ritiene che l'illeceità sussista esclusivamente nella funzione cui è destinato il negozio.⁹ I parametri alla cui stregua compiere la valutazione ex articolo 1343 c.c. sono le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume. Tali ultimi due canoni consentono di cogliere le evoluzioni sociali, e mitigano la rigidità delle norme imperative. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la sanzione più grave tra quelle previste dall'ordinamento può essere comminata in presenza di una violazione o elusione di norme imperative in senso stretto, che vietino o impongano una determinata condotta. Attraverso un'interpretazione estensiva, si ricomprendono anche i casi in cui l'effetto finale voluto dalla norma imperativa sia ritenuto assolutamente inderogabile in ragione della condizione del soggetto passivo preso di mira dalla norma stessa.¹⁰

Relativamente al concetto di buon costume è ormai consolidato il superamento della concezione tradizionale che limitava il giudizio dell'immoralità ai principi della libertà sessuale e del sentimento del pudore, attribuendo rilevanza al "complesso dei principi etici costituenti morale sociale".¹¹ Peraltro, le prestazioni eseguite attraverso un contratto che persegue uno scopo contrario al buon costume sono irripetibili.

Dall'illeceità deve essere distinta l'assenza totale o parziale, originaria o sopravvenuta della causa. Occorre preliminarmente considerare che il difetto, sia esso originario o sopravvenuto, comporti l'impossibilità di attribuire una giustificazione al vincolo contrattuale. Occorre quindi distinguere tra vizio originario e sopravvenuto. Parte della dottrina qualifica il primo come una sproporzione tra gli interessi reciprocamente sacrificati dalle parti.¹² Il difetto sopravvenuto comporta invece l'incapacità, dovuta a circostanze sopravvenute, di realizzare lo scopo concreto. La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto il carattere funzionale di tale vizio, che deve essere distinto dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui agli articoli 1463 e 1464 c.c.. Orbene il difetto sopravvenuto della causa determina l'impossibilità per il creditore di trarre l'utilità sperata dall'adempimento della prestazione, la quale a sua volta può in ogni caso essere adempiuta. Quest'ultima è invece preclusa in assoluto ai sensi degli articoli 1463 e 1464 c.c.¹³

5. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, la vicenda potrebbe essere aprioristicamente sussunta nell'articolo 1344 c.c., contestando al Consorzio di avere agito apparentemente nel perseguimento di uno scopo mutualistico, celando la reale intenzione di eludere le norme fiscali. Facendo applicazione dei principi sopraesposti il ricorso alla teoria oggettiva consentirebbe l'individuazione della

⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Teorie Generali del Diritto Civile*, IX Edizione, Napoli, 2012, p. 187.

¹⁰ Cass. Sez. III, Sent. n. 23158 del 31 ottobre 2014.

¹¹ Cass. Sez. Un., Sent. n. 4414 del 17 luglio 1981.

¹² MIRABELLI, *Il vizio della causa del negozio giuridico*, Diritto e Giurisprudenza, 1950, p. 257 ss.

¹³ Cass. Sez. III, Sent. n. 26958 del 20 dicembre 2007.

frode. Tuttavia, per prima cosa, lo stesso Collegio non ha riscontrato una condotta fiscalmente contestabile, seppur a fronte della necessità di deferire la questione del ribaltamento dei costi alle Sezioni Unite. Tale conclusione troverebbe inoltre l'opposizione di quanti sostengono l'inapplicabilità dell'articolo 1344 c.c. ai contratti tipici con causa illecita, ai quali si applicherebbe l'articolo 1343 c.c..

In attesa di conoscere l'eventuale punto di vista della Suprema Corte a Sezioni Unite, occorre tener presente che non tutti i sostenitori della teoria della causalità in concreto concludono nel senso dell'impossibilità di applicare l'articolo 1344 c.c. ai contratti tipici con causa illecita, ritenendo che, con riferimento a quest'ultimi, la frode possa realizzarsi attraverso un negozio indiretto o più negozi collegati.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
