

| | |
|-------------------|---|
| Singoli contratti | <p>I contratti della crisi coniugale quali negozi dissimulati: ovvero degli effetti perversi di una giurisprudenza diseducativa*</p> <p><i>Commento a Cass., 24 novembre 2023, n. 32724 (ord.)</i></p> |
| COMMENTI | <p>Giacomo Oberto**</p> |

Sommario: I. CASO. – II. QUESTIONI DI DIRITTO. – III. COMMENTO: 1. Gli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale. Generalità. – 2. Gli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nella nostra giurisprudenza. – 3. Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale: le (sovente inconsapevoli) aperture giurisprudenziali. – 4. La piena validità delle intese preventive sulla crisi coniugale. – 5. (segue) Gli effetti dell’ammissibilità del cumulo processuale delle domande di separazione e divorzio (ovvero, quando la Cassazione si contraddice senza rendersene conto). – 6. Breve *excursus* sui rapporti tra contratti della crisi coniugale e fenomeno simulatorio. – 7. (segue) Simulazione «della» e simulazione «nella» crisi coniugale. 8. Conclusioni.

Lo scritto approfondisce i rapporti tra contratti della crisi coniugale e simulazione, rilevando come, a differenza dei casi precedentemente risolti, in cui si verteva dell’eventuale simulazione delle intese tra coniugi aventi ad oggetto l’assetto economico delle relazioni conseguenti alla separazione o al divorzio, qui si tratti della validità di una vendita di una quota societaria e di azioni dalla moglie al marito (*rectius*: ad una società di cui il marito è legale rappresentante). Intesa, questa, che, secondo una delle parti in causa, sarebbe nulla perché dissimulerebbe un accordo preventivo in vista delle conseguenze della crisi coniugale: accordo dissimulato che sarebbe a sua volta nullo, in virtù dell’impostazione seguita dalla Cassazione sulle intese preventive di divorzio. Il presente studio pone in luce, in primo luogo, come nella specie, con ogni probabilità, non già di simulazione si tratti, bensì di negozio indiretto. Richiamate, poi, in breve, le considerazioni che militano, tutto al contrario, per la perfetta validità delle intese preventive in vista della separazione e del divorzio, lo scrivente ribadisce come la giurisprudenza prevalente circa la nullità degli accordi prematrimoniali (o comunque in vista della crisi coniugale) produca effetti del tutto perversi, quali, da un lato, il diseducativo insegnamento per cui *inter coniuges, pacta non sunt servanda* e, dall’altro, lo stimolo ad una «caccia alle streghe», che tende a vedere in ogni accordo tra coniugi, di cui uno dei contraenti si sia successivamente pentito, un’intesa nulla, perché in contrasto con la giurisprudenza che boccia irrimediabilmente i *pre-nuptial agreements in contemplation of divorce*. L’effetto che si genera è, così, quello di minare in modo irreparabile il principio della vincolatività del contratto e dell’affidamento che su tale vincolatività le parti hanno il diritto di riporre.

The paper delves into the relationships between marital crisis agreements and simulation of contracts. Unlike the previously resolved cases, which concerned the possible simulation of agreements between spouses regarding separation or divorce, here we are dealing with the issue of the validity of a sale of company shares from the wife to her husband (or, more exactly: to a company of which the husband is the legal representative). This agreement, according to one of the parties, would be null because it would disguise a nuptial agreement in view of the consequences of the marital crisis: a disguised agreement which would in turn be null, by virtue of the approach followed by the Court of Cassation on preventive divorce agreements. This study highlights, first of all, that this case, in all likelihood, does not deal with simulation, but with a so-called “indirect agreement” (in Italian: negozio indiretto). After then briefly pointing out the reasons that underline the perfect validity of preventive agreements in view of separation and divorce, the essay reiterates that the prevailing jurisprudence regarding the nullity of pre-nuptial or nuptial agreements in contemplation of a marital crisis produces completely perverse effects. Actually, on the one hand, it brings about the “non-educational teaching” that between spouses, “pacta non sunt servanda” (agreements are not binding). On the other, it generates a stimulus to a sort of “witch hunt”, tending to consider null and void every agreement between spouses, just because one of the contracting parties has subsequently changed his/her mind, by using as a pretext the assumption that the contract is conflicting with the case law rejecting the

* Contributo pubblicato all’esito di valutazione.

** Magistrato a r. Professore a contratto nell’Università di Bologna.

validity of prenuptial agreements in contemplation of divorce. By doing so, the essential principle of the binding nature of contract (and of the confidence of parties on it) is irretrievably undermined.

Parole chiave: - Contratti della crisi coniugale - Accordi preventivi in vista della crisi coniugale - Vendita simulata di quota societaria e di azioni - Allegata simulazione relativa della vendita con dissimulazione di un accordo preventivo su separazione e divorzio - *Contracts of marital crisis - Agreements between spouses in contemplation of marital crisis - Sale of company shares allegedly disguising a pre-emptive agreement on legal separation and divorce.*

I. CASO

Non possono certo dirsi rare le occasioni in cui un contratto della crisi coniugale incontra il tema della simulazione. Ciò, peraltro, è sino ad oggi avvenuto in situazioni in cui si asseriva la nullità di un accordo volto a disciplinare separazione o divorzio per simulazione (per lo più assoluta) di quell'accordo stesso: simulazione determinata dai motivi più vari, non ultimo quello di lucrare i benefici fiscali connessi ai trasferimenti di diritti che in tale sede vengono operati (1). Ora, la vera novità della vicenda qui in esame è data dal fatto che la pattuizione relativa all'assetto patrimoniale di una coppia in crisi non forma oggetto dell'intesa tacciata di simulazione; essa, invece, viene qui in considerazione quale patto (asseritamente) dissimulato, sottostante ad un apparente contratto di cessione a titolo oneroso di una partecipazione sociale e di azioni. Si può dunque dire che, mentre fino ad oggi si era discusso dell'eventuale simulazione (assoluta) dell'accordo diretto a disciplinare le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale, in questa peculiare fattispecie si discute della simulazione (relativa) di un altro negozio (nella specie: vendita di quota societaria e di azioni), con dissimulazione di un'intesa relativa alla separazione o al divorzio.

Ciò che si apprende, invero, dalla lettura della motivazione è che il contratto in discussione è rappresentato da una cessione (a titolo oneroso: e, dunque, almeno apparentemente, da una vendita) d'azioni e di una quota societaria dalla moglie al marito, complicata dal fatto che la controparte negoziale della signora non è costituita, nella specie, dal consorte quale persona fisica, bensì da una società, di cui il marito risulta legale rappresentante (e, in buona sostanza, *magna pars*). Pentitosi, per ragioni che non è dato conoscere, dell'intesa, quest'ultimo – *rectius*: la società cessionaria quale rappresentante e titolare formale dei relativi interessi – chiede accertarsi giudizialmente la nullità della cessione, perché simulata relativamente, con dissimulazione d'una intesa (contratto della crisi coniugale, volto a disciplinare, secondo le parole della Cassazione «il regime giuridico-patrimoniale in vista della futura separazione o del futuro divorzio») pure nulla, perché in contrasto con quella sin troppo nota giurisprudenza che fulmina di nullità ogni accordo preventivo stipulato in vista del divorzio. Siffatto ragionamento della società attrice in prime cure è, almeno in parte, seguito dai giudici di merito, che dichiarano nulla la cessione.

La Cassazione dichiara qui di condividere in linea di principio quell'impostazione giurisprudenziale circa la nullità delle intese preventive sulla crisi coniugale, addirittura estendendo il furore iconoclasta ad ogni accordo stipulato prima di qualsivoglia forma di crisi coniugale: non solo divorzio, quindi, ma anche separazione legale (ipotesi, questa, come si vedrà, sino ad oggi, tutto al contrario, «tenuta fuori» dalla nullità, secondo una costante impostazione giurisprudenziale). Gli ermellini pongono però un limite, facendo presente che la simulazione va comunque provata da chi l'allega e tentano di dettare regole sull'individuazione in concreto del fenomeno simulatorio, con inevitabile (a questo punto) rinvio al giudice del merito per l'effettivo accertamento dell'effettiva presenza (o meno) nella specie di un meccanismo simulatorio nei termini indicati.

In buona sostanza, ciò che la Cassazione rimprovera ai giudici di merito è di aver dato per scontata la presenza di una simulazione, in realtà non adeguatamente dimostrata. Resta però chiaro che la

(1) V. *infra*, parr. III.6 e III.7.

Corte è d'avviso che l'accertamento positivo di tale intento simulatorio determinerebbe non solo, come ovvio, la nullità del contratto simulato, bensì anche di quello eventualmente dissimulato, perché in contrasto con la nota giurisprudenza sull'invalidità delle intese preventive tra coniugi.

II. QUESTIONI DI DIRITTO

a) La prima e, forse, astrattamente più rilevante questione di diritto sottesa alla controversia in esame non viene, a ben vedere, neppure colta dalla Suprema Corte. Gli elementi fattuali forniti dall'ordinanza in oggetto sono piuttosto scarsi; peraltro, ciò che si può affermare con un ragionevole grado di certezza, è che – soprattutto in assenza di un seppur remoto richiamo in motivazione alla effettiva presenza di un accordo simulatorio o di un contratto dissimulato scritto (2) – nella specie, a tutto concedere (3), non si verteva certo in un caso di negozio simulato (assolutamente o relativamente), bensì in un'ipotesi di negozio indiretto.

Come noto, il negozio indiretto è volto al conseguimento di un risultato ulteriore rispetto a quello tipico del negozio stesso (nella specie, come detto, vendita di quota societaria e di azioni dalla moglie alla società del marito, con pagamento, da parte di quest'ultima società, del relativo prezzo). Tale tipo di negozio si differenzia nettamente da quello simulato, in quanto le parti *vogliono realmente* la produzione dei relativi effetti, i quali, però, risultano strumentali rispetto al fine ulteriore perseguito (nella specie: assetto giuridico/patrimoniale dei rapporti tra coniugi in crisi, quanto meno secondo l'avviso di una delle parti di questo processo). In altri termini, mentre nel negozio simulato le parti si accordano per escludere integralmente gli effetti dell'atto, in quello indiretto il negozio è realmente voluto, sebbene poi i contraenti intendano realizzare scopi ed effetti ulteriori rispetto a quelli normali dell'atto posto in essere (4). Dunque, il negozio realmente voluto dalle parti (la vendita o cessione onerosa di quota societaria e di azioni, nella specie) viene posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico e, in sostanza, corrispondente alla funzione di un negozio differente (nel caso in esame: contratto della crisi coniugale, sempre, ovviamente, ammesso e non concesso che questa fosse la reale intenzione dei soggetti coinvolti). E', perciò, evidente e pacifico che l'elemento indefettibile della simulazione sia rappresentato dalla presenza di una prova in grado dimostrare l'esistenza di una controdichiarazione, o, quanto meno, di un negozio che possa ritenersi come dissimulato. Prova, peraltro, del tutto assente – a quanto pare – nel caso in esame.

Ciò che risulta dalla lettura della motivazione del provvedimento è che l'intento dei contraenti era proprio quello di operare il voluto trasferimento di quota e azioni, contro il pagamento del prezzo convenuto, sebbene l'accordo fosse diretto (per lo meno secondo il marito, con affermazione contestata dalla moglie) ad una sistemazione dei rapporti tra coniugi in crisi. Proprio un cenno a tale «direzione» appare forse desumibile dal fugace richiamo della parte narrativa dell'ordinanza al fatto

(2) Pur non vertendosi in materia immobiliare, appare impossibile immaginare che, in relazione a cifre tanto rilevanti, i coniugi (e, soprattutto, i rispettivi legali) non si siano curati di redigere per iscritto le relative pattuizioni.

(3) Vale a dire: anche sposando, in ipotesi, *toto corde* la posizione della società attrice in prime cure e intimata in Cassazione (cioè della società di cui il marito è legale rappresentante e che aveva concluso un contratto d'acquisto di quota societaria e d'azioni di proprietà della moglie).

(4) Sul negozio indiretto e sui suoi rapporti con il fenomeno della simulazione cfr., *ex multis*, MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, 1972, 570 s., secondo cui «il negozio indiretto, o a scopo indiretto, [viene] impiegato con *funzione strumentale*: nel senso che esso si piega, appunto, a un risultato che potrebbe conseguirsi altrimenti anche *in modo diretto*; al quale, le parti hanno, però, qualche ragione per non ricorrere» [corsivo d.A.]; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, s.d. ma 1966, 256 ss., che parla di «negozi tipici *piegati* ad uno scopo diverso» [corsivo d.A.]; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione tipografico-editrice torinese, 1950, 394 s., che parla di «negozio adibito ad un fine *non suo*» [corsivo d.A.]; FR. FERRARA SEN., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 1922, 82, che definisce i negozi indiretti «seri, reali, voluti».

che, in sede di giudizio di prime cure, sarebbe stata espletata una c.t.u. Consulenza che, molto probabilmente, era diretta all'accertamento del reale valore di mercato della quota e delle azioni, al fine di verificare se la somma pattuita quale relativo prezzo coprisse esigenze diverse (o in parte diverse) da quelle proprie del *pretium*. Si sarebbe pertanto dovuto verificare, in alternativa: (a) (ove il prezzo fosse superiore a quello di mercato) il trasferimento di una somma dal marito (per il tramite della sua società), quale debitore della moglie a titolo di contratto della crisi coniugale (5) o, viceversa (6), (b) il definitivo trasferimento di un consistente *asset* dalla moglie al marito (*rectius*: alla società di quest'ultimo) in cambio di un prezzo «vile», rispetto al reale valore della cessione, in considerazione di rapporti dare/avere che, secondo questa seconda ipotesi, avrebbero visto la moglie debitrice (per ragioni collegate alla vita matrimoniale) a vantaggio del marito stesso.

Come ricordato dallo scrivente già diversi anni or sono, nulla esclude che, in occasione della crisi familiare, siano conclusi anche negozi caratterizzati da una loro propria causa, distinta da quella del contratto tipico della crisi coniugale. Si potrà dunque parlare, ad es., di donazioni, vendite, negozi solutori e transazioni postmatrimoniali, o di convenzioni matrimoniali «con motivo postmatrimoniale», laddove l'aggettivo «postmatrimoniale» sta ad indicare non già un'autonoma causa (causa rappresentata invece, di volta in volta, da ciascuna di quelle appena indicate), bensì il motivo, costituito dal fatto che l'accordo viene stipulato in contemplazione della crisi familiare (7). Naturalmente, poiché il profilo postmatrimoniale qui si muove sul piano non già della causa, bensì, per l'appunto, su quello dei motivi (8), palese appare, nella specie, l'assenza di ogni ragione di nullità dell'intesa, difettando, nel contratto in esame, uno dei requisiti fondamentali di cui all'art. 1345 c.c., vale a dire la circostanza che il (comune) motivo illecito – ammesso e non concesso che di illiceità si possa qui parlare (9) – si qualifichi come quello esclusivamente determinante del consenso dei contraenti.

b) La seconda questione affrontata dalla decisione qui in commento – su cui invece la motivazione si spende inutilmente in lungo e in largo – è, a ben vedere, inconsistente. La Cassazione impartisce qui una sorta di lezione istituzionale su natura e tipi di simulazione, laddove nessuno dubita (né mai dubitò) che, dal punto di vista della teoria generale del contratto e, prima ancora, del negozio giuridico, il fenomeno simulatorio vada ulteriormente considerato a seconda che si tratti di simulazione assoluta o di simulazione relativa, con le sin troppo note conseguenze. Il vero problema era ed è, in questo caso, semmai, di fatto: esiste o non esiste *nella specie* una simulazione (relativa) della vendita, secondo quanto allegato dalla società del marito, che ha dato inizio a questa controversia e il negozio dissimulato è veramente quello che tale parte sosteneva essere? Qui, però, come pure già rilevato, la Cassazione deve fermarsi e rinviare per l'analisi fattuale al giudice del merito, non senza aver rilevato che la valutazione svolta in sede d'appello sulla simulazione, nella sentenza impugnata, è del tutto carente (10).

(5) Non solo, si badi, a titolo di assegno di separazione o di divorzio, ma eventualmente anche per effetto di rapporti di dare/avere sorti nel contesto di una convivenza pluriennale: da arricchimenti più o meno ingiustificati, a indebiti oggettivi, a risarcimenti di danni patrimoniali o personali, a compensi per attività svolta o per altri beni dall'altra parte consegnati, etc.

(6) Gli scarni riferimenti della motivazione sul contenuto dell'accordo e sulle tesi delle parti non consentono certo di escludere pregiudizialmente anche siffatta ipotesi.

(7) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Tratt. contr.* Roppo, VI, 2^a ed., Giuffrè, 2022, 271 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, Giuffrè, 1999, 1037 ss.

(8) Nel senso che il fine ulteriore e diverso che caratterizza i negozi indiretti si collochi sul piano dei motivi v. anche CARIOTA FERRARA, op. cit., 257.

(9) Cfr. in particolare quanto verrà osservato *infra*, par. III.4.

(10) Come già rilevato, infatti, la Corte osserva, nella decisione qui in commento, che «le carenze lamentate sono talmente radicali da escludere che - secondo le scarse indicazioni fornite - sia ravvisabile una fattispecie di simulazione secondo la definizione resa dall'art. 1414 c.c., e, dunque, da implicarne la relativa violazione; e ciò indipendentemente dall'incensurabilità in sede di legittimità dell'accertamento della simulazione, quale oggetto dell'indagine di fatto

c) La terza questione di diritto (l'unica, probabilmente, degna di assurgere al rango di vera *ratio decidendi* di questa ordinanza) è quella della allegata nullità delle intese preventive di divorzio: questione cui si è già fatto sommario richiamo esponendo gli estremi del caso e che verrà approfondita in seguito (11). Qui basterà dire che l'ordinanza in commento nega validità a siffatto tipo di accordi, in linea di principio e senza alcuna motivazione specifica, se non con lo stereotipo richiamo all'art. 160 c.c. (non accompagnato questa volta – chissà perché? – dal *Letimotiv* della asserita violazione delle regole di ordine pubblico sulla libera determinazione delle parti nel mutamento di *status*). Intese preventive di divorzio, cui, per soprammercato, vengono aggiunte quelle di separazione (essendosi probabilmente accorta la Corte Suprema di trovarsi di fronte ad una coppia che, per lo meno all'epoca della vendita, non era neppure separata), per le quali si dà per scontato, in clamorosa contraddizione con una consolidatissima giurisprudenza, che il trattamento sia identico a quello riservato agli italici *prenuptial agreements in contemplation of divorce* (12).

III. COMMENTO

1. Gli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale. Generalità.

Sin troppo note sono le linee di quel pensiero dominante nella giurisprudenza (e comunque presente, sebbene in modo meno vigoroso, pure in una parte non trascurabile della dottrina), sull'asserita invalidità dei patti prematrimoniali e, in generale, delle intese preventive sulla crisi coniugale. Tesi, questa, che lo scrivente, nel corso di svariati decenni, ha (inutilmente) tentato di contrastare. Per ragioni di spazio potranno qui solo ribadirsi alcuni punti fermi.

Va subito detto che il pieno riconoscimento della possibilità per nubenti e coniugi di stipulare accordi preventivi in vista di un'eventuale crisi coniugale trova conforto, oltre che – come si ricorderà tra breve – nella constatazione dell'assenza di ostacoli in seno alla legislazione vigente, anche in alcune riflessioni di carattere storico, sociologico e comparatistico, di cui si è ampiamente trattato in altre sedi, ed alle quali si fa pertanto rinvio (13).

riservata al giudice di merito, se non per vizio di motivazione, sul presupposto però che si dia atto della riconduzione del programma negoziale concreto allo schema legale astratto prefigurato dalla norma emarginata».

(11) V. *infra*, parr. III.1-III.5.

(12) Sull'argomento specifico v. *infra*, par. III.3.

(13) Per gli approfondimenti cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 274 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Giuffrè, 1999, 493 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss. V. inoltre GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 236 ss.; AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, 543 ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 6 ss.; COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, in BONILINI e TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, continuato da Busnelli, 2^a ed., Giuffrè, 2004, 643 ss.; EAD., *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, 54 ss.; MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 795 ss.; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 1014 ss.; BUSACCA, *Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio*, in *Diritto & Formazione*, 2002, 57 ss.; CATANOSSI, *Accordi in vista del divorzio e «ottica di genere»*. *Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 169 ss.; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, *ivi*, 2001, 303 ss.; DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, in *Notariato*, 2001, 17 ss.; DELLACASA, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, in *Contratti*, 2001, 46; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 245; PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita not.*, 2001, 1017; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Giuffrè, 2001, 116 ss.; ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective*

Basti qui ricordare che la panoramica comparata dimostra come anche da noi possano essere invocate le ragioni che si pongono alla base dell'evoluzione che ha caratterizzato, per esempio, il pensiero giuridico negli U.S.A. Così, è senz'altro vero che simili accordi non sono contrari all'ordine pubblico, né tanto meno al buon costume, perché essi non appaiono certo in grado di minare il matrimonio più di quanto questo istituto non sia già di per sé «compromesso». Il vero «attentato» all'istituto matrimoniale (*rectius*: alla concezione che di esso ha imperato per secoli) è stato portato dall'introduzione (*rectius*: reintroduzione, se si considera la lunga tradizione del diritto romano) del principio della sua dissolubilità (14), rispetto al quale la mera previsione delle conseguenze economiche della cessazione del vincolo si pone alla stregua di un semplice corollario. Per quanto attiene, poi, alla tutela del «coniuge debole», vale anche da questa parte dell'Atlantico la considerazione secondo cui al giorno d'oggi questa protezione, necessaria in assenza di accordi da parte degli interessati, non può comunque estrinsecarsi contro la volontà di costoro, nei riguardi di soggetti non colpiti da alcuna forma di incapacità, a mezzo interventi di tipo tutorio o comunque espressivi di una concezione «paternalistica» dei rapporti tra individuo e i poteri dello Stato. Ciò tanto più in un sistema nel quale il legislatore stesso è intervenuto più volte nel corso degli ultimi decenni per lasciare all'autonomia privata porzioni sempre più consistenti di territori un tempo rimessi alla sola azione dei poteri dello Stato: dal divorzio su domanda congiunta, all'assoluto divieto per il giudice di intervenire sul merito delle statuizioni patrimoniali *inter coniuges*, nel caso di loro accordo, alla negoziazione assistita, al c.d. «divorzio breve», fino alla più recente riforma (15) che ammette la presentabilità in unico ricorso dei *petita* di separazione e divorzio, disponendo altresì che persino la sentenza di divorzio su domanda congiunta abbia contenuto e forma di una semplice «omologa».

Neppure l'argomento del superamento del principio del divorzio per colpa dovrebbe lasciare indifferenti gli interpreti italiani, anche se si tratta di un tema che da noi non sembra essere stato preso in grande considerazione, a differenza che negli Stati Uniti, ove tale svolta nelle legislazioni dei vari *States*, nel corso degli anni Settanta dello scorso secolo, ha determinato il superamento della posizione che aveva sempre negato validità ai *prenups* (16). Ora, l'abbandono, sin dal 1975, anche nel nostro Paese, della regola che voleva, quale necessario presupposto della separazione legale, la sussistenza della colpa di uno dei coniugi s'accompagna, da tempo, alla corale affermazione del carattere eminentemente (se non addirittura esclusivamente) assistenziale (e ora anche, secondo le ultime «mode», compensativo) dell'assegno di divorzio, con conseguente perdita di ogni rilievo di un'eventuale responsabilità del naufragio dell'unione. Una volta spezzata (quasi) ogni forma di collegamento tra «colpa» e conseguenze economiche della crisi coniugale (permane, è vero, ancora la separazione con addebito, il cui rilievo sta però scemando, anche nella pratica), può dirsi che anche da noi, esattamente come negli Stati Uniti, non è più consentito negare rilievo ad un'intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations* e di *buy himself out of the marriage*. La conclusione riflette del resto una consapevolezza acquisita ormai in quasi tutti i principali ordinamenti e sistemi giusfamiliari europei e mondiali (17).

overruling?, in *Contr. e impr.*, 2000, 1136 ss.; BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000, 1023 ss.

(14) Su cui v., anche per i richiami, OBERTO, *Il divorzio in Europa*, in *Fam. dir.*, 2021, 112 ss.

(15) Cui verrà fatto breve cenno tra poco: v. *infra*, par. III.5.

(16) La questione è stata affrontata *funditus* in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 291 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 494 ss.

(17) Cfr. OBERTO, *Les contrats pré-nuptiaux en vue d'un éventuel divorce et le rôle du notaire dans la prédetermination des conséquences de la crise du couple*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 217 ss.; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in QUEIROLO e HEIDERHOFF (a cura di), *Party Autonomy in European*

A quanto sopra illustrato s'aggiunga ancora che un uso dello strumento della convenzione matrimoniale in *contemplation of divorce*, piaccia o non piaccia, ha già fatto in qualche modo ingresso anche nel costume degli Italiani. Ci si intende qui riferire al vertiginoso aumento del numero delle coppie che optano per il regime di separazione dei beni. Il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (e, in molti casi, assai presto) ad una crisi, e nel timore di dover venire un giorno a «fare i conti» con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale. Estremamente significativo al riguardo è il fatto che, come dimostrato dai dati statistici, l'incremento delle opzioni per il regime di separazione vada di pari passo, per aree geografiche, con quello dei tassi di «separazionalità» e «divorzialità» del nostro Paese.

2. Gli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nella nostra giurisprudenza.

La giurisprudenza italiana, a ben vedere, non ha avuto modo di esprimersi molte volte circa la validità di accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali (o, comunque, prima del matrimonio) in vista di un'eventuale crisi coniugale. La prima occasione assimilabile a tal genere è rappresentata da una ormai remota pronuncia di legittimità, che ha affermato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, ex art. 31 prel. (cfr. ora art. 16, l. 218/1995), di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e diretto a regolamentare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio (18). La compatibilità dell'intesa in questione con le regole dell'ordine pubblico internazionale, riconosciuta in quell'occasione dalla Corte, forma oggetto di una motivazione assai concisa e piuttosto apodittica, che lascia deluso l'interprete ansioso di conoscere perché mai principi così solenni come, per esempio, quello della indisponibilità degli *status*, su cui la soluzione negativa nel diritto interno viene fondata, non sarebbero annoverabili tra quelli assolutamente irrinunciabili del nostro ordinamento, quando lo stesso si viene a trovare in situazione «di collisione» rispetto a sistemi stranieri. Si rafforza dunque il sospetto che, in realtà, neppure la Corte Suprema sia poi così convinta (o per lo meno lo fosse, quella volta) della bontà della tesi negativa (19).

La nostra giurisprudenza ha invece avuto più volte occasione di pronunziarsi circa la validità delle intese che, in sede di separazione consensuale, le parti raggiungono sull'assetto patrimoniale da dare ad un eventuale (ma, a questo punto, probabile) futuro divorzio. Anche in questo caso – come in quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio – si assiste ad una significativa involuzione del pensiero dei giudici di

Private (and) International Law, I, ARACNE, 2015, 221 ss.; anche in *Contr. e impr./Eur.*, 2016, 135 ss.; SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law - alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 920 ss.; LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 913 ss.; FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 475 ss. Per una diffusa analisi del *leading case* britannico *Radmacher v. Granatino* cfr. inoltre KINGSTON e ROYCE-GREENSILL, *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011, 12 ss.

(18) Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; *Dir. fam.*, 1984, 521. Si trattava, per la precisione, di quello che in America si definirebbe *postnuptial agreement*, in quanto concluso *in contemplation of divorce*, ma in costanza di matrimonio; negozio ritenuto, nella specie, perfettamente valido.

(19) Si noti, poi, che l'«impatto» dei nostri principi con accordi del genere di quelli qui in esame è comunque destinato ad aumentare, in considerazione, da un lato, dell'incremento dei matrimoni con cittadini stranieri (o comunque caratterizzati dalla presenza di un elemento di estraneità), nonché, dall'altro, del principio dell'*optio juris* ammesso dalla normativa italiana ed eurounitaria anche in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi: sul tema, anche per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corr. giur.*, 2020, 794 ss.

legittimità, da concezioni più «liberiste» (o, quanto meno, più «possibiliste») a posizioni di assai più rigida chiusura. Invero, dopo una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo (20), a partire da una decisione del 1981 (21), la Cassazione presenta l'argomento destinato a diventare negli anni a seguire il suo vero e proprio «cavallo di battaglia» in questa materia: la tesi, cioè, che si basa sull'asserito condizionamento del comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e sull'asserito commercio dello *status* di coniuge. L'argomento continua ad essere riproposto sino ad oggi (22), pur in presenza di vistose contraddizioni, clamorosi ripensamenti e sconcertanti contrasti inconsapevoli di giudicati in seno alla stessa Prima Sezione Civile (23).

3. Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale: le (sovente inconsapevoli) aperture giurisprudenziali.

Se, purtroppo, è vero che l'insegnamento tradizionale è ancor oggi quello assolutamente prevalente, rimane comunque il fatto che la conclusione favorevole ai contratti prematrimoniali (cui è pervenuto il S.C., ad esempio, nella decisione del febbraio 2021, citata in nota al § precedente), non può certo dirsi isolata e, a ben vedere, annovera ormai un numero non trascurabile di precedenti.

Tra gli interventi meno remoti, invero, aveva destato a suo tempo una certa eco una decisione del 2000 (24), che, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità degli accordi conclusi in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, aveva nella specie negato l'azione al coniuge debitore, così pervenendo al risultato paradossale di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. (25).

(20) Per una analisi cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 562 ss.

(21) Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, 184; *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 con nota di TRABUCCHI; *Dir. fam.*, 1981, 1025; *Giust. civ.*, 1982, I, 724.

(22) Per una analitica e dettagliata rassegna di tutti i precedenti e per una critica delle posizioni giurisprudenziali ivi espresse, impossibile nella presente sede, si fa rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 275 ss.

(23) Tanto per citare un esempio, tra i vari possibili, si pensi che, facendo riferimento al solo anno 2021, s'apre dinanzi agli occhi sconcertati dell'interprete lo sconcertante contrasto tra una decisione del mese di febbraio (cfr. Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, in *Italggiure*), in cui i Supremi Giudici affermano in modo molto chiaro che deve ormai «ritenersi superato (...) il principio (...), secondo cui gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale in vista del futuro divorzio sono sempre nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio» e un'altra decisione del mese d'aprile (cfr. Cass., 16 aprile 2021, n. 11012, in *Fam. dir.*, 2021, 885, con nota di RIMINI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1303, con nota di CARAVITA DI TORITTO; *Giur. it.*, 2022, 591, con nota di C. IRTI), in cui la tesi «tradizionale» viene invece ribadita con estrema forza. Lo sconcerto dello sbigottito interprete è destinato a raggiungere punte di parossismo, allorché scopre che le due decisioni, emesse a meno di due mesi di distanza, risultano promanare da due collegi assolutamente identici per composizione, ad esclusione della sola persona del relatore. Tra le due alternative, la successiva Cass., 28 giugno 2022, n. 20745, in *Italggiure*, della sesta sez. civ. (citata nell'ordinanza qui in commento), ha poi optato per la seconda, peraltro ignorando del tutto ciò che era successo appena un anno prima in seno alla prima sez. civ.

(24) Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. dir.* 2000, 429; *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di BALESTRA; *Riv. not.*, 2000, II, 1221, con nota di ZANNI; *Giust. civ.*, 2000, I, 2217, con nota di GIACALONE; *Giur. it.*, 2000, 2229, con nota di BARBIERA; *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704, con nota di BARGELLI; *Foro it.*, 2001, I, 1318, con note di E. RUSSO e di G. CECCHERINI; *Giust. civ.*, 2001, I, 457, con nota di GUARINI; *Famiglia*, 2001, 243, con nota di FERRANDO.

(25) Ad ulteriore riprova degli sbandamenti cui può andare incontro la giurisprudenza quando, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, non esita a violare i più elementari principi dell'ordinamento giuridico, una successiva (e assai meno nota) decisione del medesimo anno (Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592) si è spinta ad affermare che tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così surrettiziamente introducendo

Ancora, in una decisione di legittimità del 2012, la Corte ha sostanzialmente attribuito rilievo, senza rendersene conto, ad un patto raggiunto in sede di separazione, sebbene con una chiara valenza divorzile e postdivorzile (26). Nel dicembre di quello stesso anno 2012 la Suprema Corte (27) viene, poi, ad affermare che gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio sono validi «nel caso in cui prevedano prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in un contesto in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione» (28). Lo stesso principio è poi stato applicato l'anno successivo al caso di un mutuo stipulato tra due futuri coniugi, con previsione della restituzione del *tantundem* solo in caso di crisi coniugale (29).

A parte, poi, il clamoroso contrasto esploso nel 2021 all'interno della Prima Sezione, di cui s'è già detto, va aggiunto che, in assoluto contrasto con l'indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi di divorzio, si pone poi tutta quella giurisprudenza di legittimità che ha, stranamente, sempre riconosciuto la validità di impegni preventivi in vista dell'annullamento del matrimonio (30), o in vista della separazione legale.

Proprio con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi (accordi preventivi in vista della separazione legale) non può non ribadirsi che la decisione qui in commento estende espressamente, come detto, il proprio furore iconoclasta anche a tale tipo di intese, essendovi «costretta» dal fatto che, nella specie, al momento dell'accordo, la coppia in questione non era neppure ancora legalmente separata. Così facendo, però, la Suprema Corte mostra di ignorare tutta la sua annosa giurisprudenza circa l'assoluta validità di accordi diretti a disciplinare una futura separazione.

In effetti, la Cassazione aveva avuto ad affermare, già nel lontano 1984, la validità di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile (31). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si ammise la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in

una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione, questa volta, non solamente del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello *ex art.* 1422 c.c.

(26) Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. dir.*, 2012, 772. Secondo tale decisione, invero, il giudice deve tener conto degli accordi intervenuti tra i coniugi sul godimento della casa familiare in sede di separazione, ma anche in vista del futuro divorzio.

(27) Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. dir.*, 2013, 321, con nota di OBERTO.

(28) Sempre secondo tale *decisum*, quale conseguenza delle dette premesse, «L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi, in forza del quale si prevede che la moglie cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in una *datio in solutum*, in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale». Per approfondimenti sulla fattispecie si fa rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 283 ss.; ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine*, in *Fam. dir.*, 2013, 323 ss.

(29) Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 94, con nota di TAGLIASACCHI.

(30) Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, 822 con nota di LOMBARDI; in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, 1670 con nota di CASOLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; in *Vita not.*, 1994, 91, con nota di CURTI; in *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI.

(31) Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti (32), per non dire poi della decisione, già ricordata (33), in materia di accordo preventivo sulla restituzione di un mutuo *inter coniuges*: restituzione legata proprio all'evento, futuro e incerto, della separazione personale (34). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito da parte di chi (35) evidenzia l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per la sua natura di situazione «aperta», rispetto alla seconda. E', infatti, pacifico che anche la separazione dà vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle, in quanto dirette a «fare mercimonio» di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi *in contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione.

4. La piena validità delle intese preventive sulla crisi coniugale.

Gli argomenti impiegati dalla Cassazione per fondare il suo indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi in vista del divorzio hanno trovato il conforto di una parte della dottrina, la quale ha rilevato, per esempio, che «permettendo [ai coniugi] di determinare la somma da pagare si favorirebbe, indirettamente un loro accordo preventivo sulla conduzione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda» (36).

Altri studiosi hanno invece espresso punti di vista assai divergenti da questo. Come esattamente rilevato (37), le posizioni così fortemente rigide della giurisprudenza hanno completamente disatteso le aspirazioni di quella parte della dottrina che invece vedeva, alla luce della più recente normativa, un superamento del «principio dell'ordinamento italiano circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio» (38). A ciò potrà aggiungersi l'esatto rilievo secondo cui risulta veramente peculiare l'ostinarsi a considerare un valore irrinunciabile la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, cioè una libertà connessa ad un potere che non esiste, nel senso che l'opposizione al divorzio, come si è rimarcato, «costituisce una causa persa in partenza, perché la posizione di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge è una posizione di *soggezione* non di diritto alla persistenza e vincolo», quasi che lo scioglimento del matrimonio fosse una concessione operata dai giudici, non dipendente dalla volontà delle parti, ma connessa alla attuazione di un interesse pubblico superiore (39).

(32) Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. dir.*, 1994, 660, con nota di CEI; *Vita not.*, 1994, 1358; *Giust. civ.*, 1995, I, 202; *Dir. fam.*, 1995, 105; *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di BUZZELLI; *Riv. not.*, 1995, II, 953.

(33) V. *supra*, in questo par.

(34) Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit.

(35) Cfr. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 12.

(36) Così VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in *Comm. divorzio* Rescigno, Giuffrè, 1980, 340 ss., in partic. 344, nt. 45; si noti che, l'Autrice riconosce, per altro verso, la sostanziale disponibilità dell'assegno.

(37) Cfr. L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, in *Giust. civ.*, I, 1992, 1243.

(38) Cfr. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Jovene, 1987, 73; nello stesso senso, successivamente, v. anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, 1997, 427 ss.

(39) Così E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2004, 425. Molto critico circa le posizioni tradizionali appare anche RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. dir.*, 2018, 1047 ss.; lo stesso Autore parla, giustamente, al riguardo di un' «atmosfera di insostenibile arretratezza»: cfr. ID., *I giudici confermano la nullità dei patti in vista del divorzio*, in https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/i-giudici-confermano-nullita-patti-vista-divorzio-AEJujHG?refresh_ce=1, 5 maggio 2021, *passim*. Assai condivisibili appaiono anche i rilievi di GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in LANDINI e PALAZZO (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018, 301, nt. 22, secondo cui «non è ragionevole ritenere, come fa la Cassazione, che quanto stabilito nella fase della separazione sia irrilevante nel procedimento di

Pure il richiamo (presente, peraltro, solo in una assai ridotta percentuale delle sentenze sul tema, tra cui proprio quella qui in commento) all'art. 160 c.c. non ha ragione alcuna di sussistere, laddove la norma nulla ha a che vedere con i diritti nascenti dalla crisi coniugale, come ampiamente dimostrato in altre sedi (40). E, se pure, *per absurdum*, avesse a che fare con essi, la disposizione in esame (non va dimenticato) ricomprenderebbe e «proteggerebbe», tra i diritti asseritamente inderogabili, proprio quello... di far disposizione e mercimonio delle prestazioni patrimoniali postmatrimoniali *inter coniuges*, come previsto da tutta la normativa in materia di separazione e divorzio.

Più in generale deve approvarsi, poi, il rilievo di chi, riprendendo le osservazioni dello scrivente, rimarca come la conclusione di intese preventive lenisce lo smarrimento psicologico che può derivare ai coniugi dal timore, fondato o solo paventato, di una situazione conflittuale, sottraendo sottrae all'intervento giurisdizionale una materia che la coscienza sociale avverte, istintivamente, come inerente la sfera privata delle persone. Il tutto, poi, senza minare ulteriormente l'istituto matrimoniale, più di quanto non abbia già fatto l'introduzione del divorzio, evitando altresì di trattare i coniugi alla stregua di soggetti incapaci (41).

Lasciando la *pars destruens* del ragionamento che si è tentato sin qui di portare avanti, varrà la pena rammentare che gli accordi preventivi circa le conseguenze della separazione e/o del divorzio non vedono normalmente (né lo potrebbero), quale loro oggetto diretto, lo *status* coniugale, come avverrebbe se, per esempio, le parti stipulassero impegni in termini quali «mi obbligo a non divorziare», «mi impegno a non chiedere la separazione», «prometto di non far valere alcuna eventuale causa di invalidità del nostro matrimonio», etc. (42). La contrarietà di un siffatto patto ai principi dell'ordine pubblico non potrebbe certo essere revocata in dubbio (43). Ma ciò che l'opinione dominante si preoccupa di impedire è che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati. Tale preoccupazione non ha però ragione di sussistere, ogni qual volta le parti si limitano a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale (44).

divorzio; né è corretto presumere *iuris et de jure* che l'attribuzione di una consistente somma di denaro induca il coniuge beneficiario a divorziare. Non fosse altro perché, solitamente, le trattative volte alla definizione dei rapporti economici iniziano quando il matrimonio è irrimediabilmente compromesso».

(40) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 253 ss., 260 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, 69 ss.

(41) COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., 644. Condivisibilmente, anche BARBA, *Patti matrimoniali in previsione della crisi familiare*, in SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini giuridica, 231, rimarca che la preventiva fissazione di un assegno di divorzio non può, in una visione contemporanea della nostra società, considerarsi realmente condizionante, in un senso o nell'altro, della libertà dei coniugi.

(42) Per un caso di questo genere cfr. Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; sull'irrinunciabilità del diritto a chiedere la separazione v. anche Cass., 6 marzo 1969, n. 714; per osservazioni analoghe a quelle qui svolte cfr. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, 110; FREZZA, *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, in *Dir. fam.*, 1996, 31; per la necessità di distinguere tra accordi aventi ad oggetto il condizionamento del comportamento delle parti in un giudizio sullo *status*, nulli per illiceità della causa, ed accordi diretti solo a concordare in prevenzione l'assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, in cui il condizionamento del comportamento processuale rileva, semmai, alla stregua di un semplice motivo, cfr. G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 700 s. (che pure si dichiara contrario alla validità degli accordi preventivi, per violazione dell'art. 160 c.c.).

(43) V., già sotto il vigore del codice abrogato, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Marghieri, 1907, 102; cfr. inoltre Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; COMPORI, op. cit., 110.

(44) Una rilevante osservazione, a conforto di questa tesi, proviene da quella dottrina che ha instaurato in proposito un interessante parallelo con quel mutamento di *status* che si attua attraverso la celebrazione delle nozze. Proprio con

E' noto che la tutela della libertà delle determinazioni dei soggetti nella sfera personale e sessuale è rimessa dall'ordinamento alla sanzione della nullità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume (45). Peraltro, la nullità consegue sempre al fatto che l'aspetto personale sia portato dai soggetti a costituire parte integrante della causa («io mi impegno a darti cento e tu ti impegni, in cambio, a disconoscere la paternità di tuo figlio»): esso deve essere, cioè, preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo che queste (errando, ovviamente) vorrebbero come giuridicamente vincolante e quindi processualmente azionabile (46). Ma la dottrina più autorevole ammette – e da tempo – che un comportamento umano non deducibile in obbligazione possa essere dedotto in condizione (47) e che tra siffatti comportamenti umani ben possa rientrare anche la volontà di assumere uno *status* (48).

Ciò in particolare si verifica quando le parti non intendono con il loro negozio porre un vincolo, giuridicamente rilevante a tenere o a non tenere quel certo comportamento, ma si limitano a prefigurare le conseguenze di quest'ultimo, condizionandovi l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale. In questo modo può essere fatto sì che il comportamento di carattere personale non formi oggetto di vincolo, ma venga – di volta in volta – incoraggiato o scoraggiato a seconda che la promessa di carattere patrimoniale agisca, in alternativa, quale «deterrente» o, viceversa, «premio» per il fatto d'aver tenuto o meno quella certa condotta (49).

Rinviando ad altra sede per la compiuta esposizione delle dette argomentazioni (50), sarà invece opportuno ricordare, nel paragrafo seguente, che, a tutti gli elementi sopra individuati (e a molti altri che non si riportano per ragioni di spazio e per non abusare della pazienza del lettore) viene ad aggiungersene ora uno certo di non scarso peso, costituito da una recentissima decisione di legittimità.

riguardo alla «purezza» della volontà matrimoniale, che non potrebbe subire alcuna compressione, essendo salvaguardata la assoluta libertà dei soggetti, si è osservato che l'ordinamento consente che il nubente si «induca» al matrimonio attraverso motivazioni di ordine patrimoniale, le quali, pur non essendo determinanti del consenso, indubbiamente lo orientano e lo sorreggono. Anzi, l'ordinamento sembra addirittura volere che il soggetto all'atto del matrimonio «costruisca» le sue prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita; in questo senso cfr. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, 1996, 178, nt. 230; le conclusioni tratte al riguardo dall'Autore sono limitate alla materia degli atti traslativi; esse peraltro ben possono essere estese, più in generale, ad ogni tipo di contratto concluso in occasione – o anche solo in vista – della crisi coniugale.

(45) Per analoghe considerazioni relative ai contratti di convivenza si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, 1991, 193 ss.

(46) Sui rapporti tra *vinculum iuris* ed azionabilità in via processuale della relativa pretesa cfr. per tutti OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Cedam, 1996, 37 s. e nt. 5.

(47) SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Utet, 1975, 497 s., il quale porta l'esempio della promessa di una somma di denaro da un soggetto all'altro a condizione che quest'ultimo scriva un'opera letteraria.

(48) JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Utet, 1950, 54, secondo cui la volontà di assumere uno *status* è «suscettibile di essere eretta a condizione di altro negozio giuridico», anche se inidonea a «formare a sé oggetto di negozio».

(49) Qui il pensiero corre subito alla clausola penale, e alla disposizione, riflettente un principio di carattere certamente più generale, racchiusa nell'art. 79 c.c. Ma la clausola penale, proprio perché strumento di garanzia per l'adempimento di un'obbligazione, presuppone appunto l'esistenza di un impegno giuridicamente vincolante a tenere quel certo comportamento (positivo o negativo). La sussistenza di tale impegno – ancorché non formalmente enunciato dai contraenti – potrebbe proprio essere dedotta dal carattere «eccessivo» (secondo una valutazione da farsi, ovviamente, caso per caso) della prestazione patrimoniale promessa sotto la condizione che quel determinato evento si verifichi (o meno).

(50) Cfr. ad es. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 285 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 589 ss.

5. (segue) *Gli effetti dell'ammissibilità del cumulo processuale delle domande di separazione e divorzio (ovvero, quando la Cassazione si contraddice senza rendersene conto).*

La decisione cui si fa riferimento in chiusura del paragrafo immediatamente precedente è quella, emessa nel 2023, con cui la Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il cumulo, in un unico ricorso (e dunque in unico procedimento), delle domande di separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta (51). Ora, appare sin troppo evidente che consentire il predetto cumulo significa ritenere possibili le intese preventive sulla separazione e sul divorzio. Dell'incompatibilità della tesi del cumulo con la giurisprudenza tradizionale sulla nullità degli accordi «ora per allora» si era resa già perfettamente conto una parte della giurisprudenza di merito (evocata dalla motivazione della sentenza di legittimità che il cumulo ha, invece, ammesso), affermando che le intese in oggetto avrebbero dato luogo a «patti prematrimoniali» volti a «incidere sugli effetti dell'eventuale futuro divorzio e quindi nulli, ai sensi dell'art. 160 c.c., vieppiù se si considera che essi avrebbero ad oggetto diritti che, oltre ad essere indisponibili, non sarebbero ancora sorti» (52).

L'obiezione viene però superata dalla Corte, con un argomento inconsistente e puramente verbale, secondo cui, cioè, le due domande (separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta) si fonderebbero in «un accordo, unitario, dei coniugi sull'intero assetto delle condizioni, che regolamenteranno oltre alla crisi anche la loro vita futura, pur sempre sottoposto al complessivo vaglio del tribunale». Come se tale accordo unitario non riguardasse (anche) le conseguenze di un divorzio che non è ancora intervenuto e dunque – sempre secondo la giurisprudenza imperante – non incidesse sulle conseguenze patrimoniali del relativo mutamento di *status* delle parti. Ancora una volta, quindi, la macchina spaccacapello di jheringiana memoria (53), posizionata su Piazza Cavour, entra in azione per proclamare, contrariamente ad ogni più lapalissiana evidenza, di fronte agli occhi dello sbigottito interprete, che un accordo sulle conseguenze patrimoniali di un futuro divorzio, ove unito ad un accordo sulle conseguenze della separazione (ciò che, tra l'altro, quanto meno *di fatto*, è sempre e poi sempre avvenuto nelle intese *inter coniuges*, da quando esiste il divorzio in questo Paese)... *non è un accordo preventivo sulle conseguenze di un futuro divorzio. Che dire? Neppure René Magritte avrebbe saputo fare di meglio!*

Non solo. Se, infatti, come ha decretato la Cassazione, i coniugi possono decidere le condizioni del loro futuro divorzio quando si stanno separando e, quindi, quando il matrimonio è in crisi, perché non potrebbero farlo prima di sposarsi o anche durante il matrimonio, quando tra loro c'è armonia? La Corte, nella citata decisione del 2023 sul cumulo di separazione e divorzio, sembra rendersi conto dell'assurdità del suo tentativo di conciliare, contro ogni evidenza, l'ammissibilità del cumulo con la tradizionale posizione sulla nullità delle intese preventive. Per questo motivo essa viene a «mitigare» immediatamente le proprie conclusioni, osservando che «l'orientamento richiamato di questo giudice di legittimità [quello, cioè, sulla nullità degli accordi preventivi, n.d.a.] dovrà presto confrontarsi con l'assetto attuale della riforma, in cui la domanda di divorzio è espressamente proponibile all'interno del procedimento contenzioso per separazione personale, cosicché può accadere che le parti all'interno di uno stesso processo trovino, dopo una fase più o meno lunga di conflitto, un accordo tanto sulla separazione quanto sul divorzio e sulle domande agli stessi *status* consequenziali».

Ma la vera «bomba» viene fatta esplodere subito dopo: «Si è, invero, già evidenziato, in dottrina, come gli interventi in materia di negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv., con modif., da l. 10 novembre 2014, n. 162) e di “divorzio breve” (l. 6 maggio 2015, n. 55), e oggi l'attuale intervento di Riforma (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), abbiano via via incrementato il ruolo dell'autonomia dei coniugi nella definizione delle conseguenze economiche della crisi coniugale e

(51) Cfr. Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *Guida dir.*, 2023, n. 42, 28.

(52) Così si esprime, riassuntivamente, Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, cit.

(53) Cfr. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine*, cit., 323 ss.

nel costante processo di privatizzazione del regime matrimoniale, già avviato dall'introduzione del divorzio (1970) e dalla separazione per cause oggettive (1975), ha inciso in maniera significativa sulla "caduta" del dogma dell'indisponibilità degli *status*». Naturalmente (ma qui il discorso porterebbe lontano) la vera questione non è certo quella della disponibilità o meno degli *status* (indiscutibile, posto che nessun divorzio e nessuna separazione possono essere pronunciati d'ufficio!), bensì quella delle condizioni in presenza delle quali lo *status* diviene disponibile, su iniziativa delle parti. Disponibile, oggi, si badi, anche in assenza di ogni intervento giurisdizionale (ovviamente, purchè sussistano i requisiti di legge), nel contesto di interventi di negoziazione assistita (54).

È evidente, del resto, che la domanda per l'omologazione della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta (55) non può proporsi se non vi è già un'intesa globale (o... a 360 gradi, come si direbbe oggi) e tale intesa non può non prevedere (oltre alle condizioni della separazione, anche) le condizioni del divorzio, le quali vengono, però, presentate (in modo vincolante per chi le sottoscrive) al momento del deposito del ricorso per separazione. Chiarissimo, dunque, il meccanismo di accordo *in contemplation of divorce*.

6. Breve excursus sui rapporti tra contratti della crisi coniugale e fenomeno simulatorio.

Chiarito quanto si doveva chiarire sulla perfetta legittimità delle intese preventive di divorzio e di separazione, sarà a questo punto opportuno ricapitolare brevemente lo «stato dell'arte» sui rapporti tra simulazione e intese tra coniugi in crisi, con particolare riguardo alla giurisprudenza di legittimità (56). Al riguardo va notato che, dopo una prima decisione, risalente al 2001, in cui si era affermata in linea di principio la possibilità di dichiarare la nullità per simulazione della separazione consensuale (57), la Cassazione venne a negare, nel 2003, la configurabilità di tale eventualità (58), nel contesto di una decisione peraltro preceduta da un'amplissima premessa contenente rimarcabili concessioni al principio di autonomia dei coniugi in sede di crisi coniugale, nonché una meticolosa serie di corretti preamboli, tutti diretti alla logica conclusione del riconoscimento dell'applicabilità al negozio di separazione consensuale degli ordinari rimedi negoziali, così ponendosi in piena contraddizione rispetto alla prima parte di quella stessa sentenza (59).

(54) Sul tema della disponibilità degli *status* e dei diritti connessi alla crisi coniugale si fa rinvio, anche per i necessari richiami, impossibili in questa sede, a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 253 ss.

(55) Sul punto e sulla natura omologatoria della sentenza prevista dalla normativa vigente si fa rinvio a OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, in *Fam. dir.*, 2023, 19.

(56) Per la dottrina v. invece l'interessante e approfondito studio di DE BELVIS, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1439 ss., nonché i richiami in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 109 ss.; ID., *La simulazione della separazione consensuale*, https://giacomooberto.com/simulazione_della_separazione_personale_2015.htm, 10 ottobre 2015, *passim*; ID., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corr. giur.*, 2004, 309 ss.; ID., *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Famiglia*, 2001, 774 ss. Cfr. inoltre BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 290 ss.; DANOVI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 284 ss.; ID., *È davvero irrilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?*, in *Dir. fam.*, 2005, 462 ss.

(57) Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774.

(58) Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Corr. giur.*, 2004, 307, con nota di OBERTO; *Fam. dir.*, 2004, 473, con nota di CONTE; *Vita not.*, 2004, I, 156, con nota di ALCARO.

(59) Secondo i Supremi Giudici, invero, «nel momento in cui i coniugi convengono, nello spirito e nella prospettiva della loro intesa simulatoria, di chiedere al Tribunale l'omologazione della loro (apparente) separazione esse in realtà concordano nel voler conseguire il riconoscimento di uno *status* dal quale la legge fa derivare effetti irretrattabili tra le parti e nei confronti dei terzi, salve le ipotesi della riconciliazione e dello scioglimento definitivo del vincolo» (cfr. Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, cit.). Sul punto andrà subito detto che se veramente fosse l'asserita irretrattabilità (clamorosamente smentita, tra l'altro, dall'art. 157 c.c.) degli effetti della separazione ad escludere la configurabilità di un procedimento simulatorio del negozio di separazione consensuale, non si riuscirebbe a comprendere per quali motivi

Nel 2008, poi, esaminando una domanda di modifica del titolo della separazione (da consensuale a contenziosa), la Cassazione sembrò voler compiere un (saggio, ad avviso dello scrivente) *revirement* implicito, in cui si faceva cenno all'ammissibilità dell'accertamento della simulazione della separazione (60), per poi tornare, però, al *decisum* del 2003. In un arresto del 2014 venne infatti stabilito che «L'accordo di separazione dei coniugi omologato non è impugnabile per simulazione poiché l'iniziativa processuale diretta ad acquisire l'omologazione, e quindi la condizione formale di coniugi separati, è volta ad assicurare efficacia alla separazione, così da superare il precedente accordo simulatorio, rispetto al quale si pone in antitesi, dato che è logicamente insostenibile che i coniugi possano "disvolere" con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso "volere" l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a tale condizione» (61).

Nulla di più illogico. E' logico, invece, ritenere che, se i coniugi intendono «inscenare» una separazione non voluta, magari per perseguire intenti fraudolenti, si serviranno del procedimento di omologazione proprio per ammantare di (apparente) efficacia un accordo produttivo di (apparenti) effetti che essi, in realtà, non hanno mai voluto, non vogliono e fortissimamente continuano a non volere. Neppure può dirsi che l'omologazione del tribunale (tra l'altro, neppure più sempre richiesta oggi, dopo l'introduzione della negoziazione assistita) avrebbe un'efficacia «sanante», idonea a rendere voluto ciò che voluto non era. Del resto, nessuno ha mai sostenuto che l'omologazione, emessa dal tribunale, di una società di capitali (prevista dalla legge anteriormente alla riforma di cui all'art. 32, l. 24 novembre 2000, n. 340), nemmeno se richiesta da tutti i soci, potesse porre rimedio all'eventuale nullità dell'atto costitutivo per simulazione, così come non è certo il decreto di autorizzazione, emesso dal giudice competente su istanza del legale rappresentante di un incapace o di un semi-incapace, ad escludere la possibilità che il contratto concluso in forza di tale autorizzazione possa essere un giorno dichiarato simulato (62).

Né in senso contrario a tali rilievi (e, dunque, in soccorso dell'opinione della Corte di legittimità) potrà dirsi che, pur essendo il fenomeno simulatorio «della separazione (...) in sé certamente possibile» (63), alle parti sarebbe peraltro inibito farlo valere, in considerazione, da un lato, del «principio di autoresponsabilità, nella misura in cui non può essere consentito a un soggetto di far

il legislatore avrebbe previsto e disciplinato la simulazione del contratto, i cui effetti (cfr. art. 1372 c.c.) sono «irretrattabili» almeno tanto quanto quelli di un accordo di separazione (che, a ben vedere, pure contratto è). E lo stesso è a dirsi per ciò che concerne i terzi, i cui diritti sono (o non sono) fatti salvi secondo un complesso sistema di norme e di principi generali (cfr. artt. 1415 s., 2652, n. 4, 2690, n. 1, c.c.), che non si vede per quale ragione non dovrebbe trovare applicazione anche al caso di specie.

(60) La S.C. stabilisce infatti, in tale occasione, che «In tema di separazione consensuale, la natura negoziale dell'accordo rende applicabili le norme generali che disciplinano la materia dei vizi della volontà e della simulazione, i quali, tuttavia, non sono deducibili attraverso il giudizio camerale ex artt. 710-711 c.p.c. [oggi abrogati dall'art. 3, comma 49, lett. a), d.lgs. 10 ottobre 2022 e sostituiti, il primo, dalla disposizione generale di cui all'art. 473-bis.29 c.p.c. e il secondo dall'art. 473-bis.51 c.p.c., n.d.a.]; infatti, costituisce presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che la denuncia degli ipotetici vizi dell'accordo di separazione, ovvero della sua simulazione, resta rimessa al giudizio ordinario»: Cass., 20 marzo 2008, n. 7450, in *Italggiure*.

(61) Cass., 12 settembre 2014, n. 19319, in *Fam. dir.*, 2015, p. 331, con nota di DANOVÌ.

(62) Come rilevato da Sacco, «può essere simulato (...) l'atto privato autorizzato da un pubblico ufficiale (partecipe o non partecipe dell'intesa simulatoria). La soluzione è ben sperimentata a proposito del contratto concluso dal padre in nome del figlio minore, con autorizzazione del giudice tutelare» (SACCO, *Il contratto*, cit., 393; con specifico riguardo all'accordo di separazione consensuale cfr. inoltre BUTERA, *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti «in fraudem legis»*, Unione tipografico-editrice torinese, 1936, 185).

(63) Secondo quanto, in modo sicuramente condivisibile, è dichiarato da DANOVÌ, *La Cassazione torna a negare rilievo alla simulazione della separazione: ma per quanto ancora?*, in *Fam. dir.*, 2015, 335.

valere in giudizio un preteso diritto derivante da un fatto illecito che lo stesso abbia contribuito a porre in essere» (64) e, dall'altro, dell'impossibilità di dar vita a *status* meramente apparenti (65). Invero, la disciplina in tema di simulazione del contratto, delle convenzioni matrimoniali e del matrimonio è lì a dimostrare tutto il contrario: e cioè che, proprio per il pubblico interesse a che la realtà emerga, non si copre l'abuso con la sua «legalizzazione», con la finzione che realtà sia *quod simulate concipitur*, bensì con la concessione ad una vasta categoria di soggetti (ivi compresi, ovviamente, i «protagonisti della nullità») della legittimazione a far emergere *quod agitur* (o, più esattamente: *quod actum sit*). L'impossibilità dell'esistenza di *status* meramente apparenti si combatte da sempre, per l'appunto, consentendo la prova dello *status* reale, come dimostrato dalla plurisecolare impugnabilità dei matrimoni, così come dei divorzi, simulati.

Sul tema deve, infine, registrarsi un ultimo intervento di legittimità in una decisione del 2022 ove, contrariamente a ogni ragionevolezza, si continua ostinatamente a sostenere che il negozio di separazione consensuale non potrebbe mai essere simulato, perché la presentazione della domanda di separazione in tribunale sarebbe incompatibile con la volontà di fingere di separarsi (66). La Corte ammette qui, però, che il negozio patrimoniale di attribuzione immobiliare, contenuto nelle condizioni di separazione consensuale omologate, possa invece essere dichiarato simulato assolutamente, su iniziativa dei creditori, con la conseguenza che i relativi beni oggetto del detto negozio si considerano come mai usciti dal patrimonio del disponente.

7. (segue) Simulazione «della» e simulazione «nella» crisi coniugale.

La decisione appena citata in chiusura del paragrafo precedente, come altre (67), si iscrive nella corrente di pensiero che pone una distinzione tra la pronunzia di divorzio (o di separazione), in sé considerata, vale a dire la pronunzia di cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio (o dell'allentamento dei relativi effetti, per via della separazione legale), da un lato, e le condizioni relative ai rapporti patrimoniali e alla prole, dall'altro. Sul primo profilo la decisione avrebbe valore costitutivo, sul secondo meramente dichiarativo. Si dovrebbe, pertanto, dar luogo ad una distinzione tra simulazione «della» crisi coniugale nel suo complesso (e, dunque, anche degli atti che sanciscono la separazione o la fine del matrimonio, ciò che peraltro non sarebbe possibile accertare) e simulazione «nella» crisi coniugale, in cui ciò che le parti vogliono è solo fingere di porre in essere determinati effetti, con riferimento ad una separazione o ad un divorzio realmente voluti. A ben vedere, però, le vigenti disposizioni in materia di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta non contengono, nel modo più assoluto, elementi che consentano di operare una distinzione del genere di quella appena enunciata, tra differenti «capi» della sentenza:

(64) Cfr. DANOVI, op. ult. cit., 336.

(65) Cfr. DANOVI, op. ult. cit., p. 337.

(66) Cfr. Cass., 11 agosto 2022, n. 24687, in *Italggiure*.

(67) Cfr. Cass. 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. dir.*, 2015, 357, con nota di FILAURO; *Corr. giur.*, 2015, 777, con nota di GALISAI, secondo cui «In caso di separazione consensuale o divorzio congiunto (o su conclusioni conformi), la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma, sull'accordo tra i coniugi, realizza (...) un controllo solo esterno attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse, superiore e trascendente, della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti». Sempre nella stessa motivazione si legge che «a differenza di quanto avviene nel procedimento di separazione consensuale, la domanda congiunta di divorzio dà luogo ad un procedimento che si conclude con una sentenza costitutiva, nell'ambito del quale l'accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva, con riferimento alla sussistenza dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale della l. n. 898 del 1970, ex art. 3, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici. Il che consente al tribunale di intervenire su tali accordi soltanto nel caso in cui essi risultino contrari a norme inderogabili, con l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose (Cass. 24/07/2018, n. 19540)».

vale a dire tra quello che opera l'instaurazione dello *status* di coniuge separato o divorziato e quello in cui si omologano le relative condizioni (68).

A ciò s'aggiunga che, in realtà, l'introduzione dell'istituto della negoziazione assistita ha sicuramente prodotto effetti anche su questo punto. Nel momento in cui, invero, si rimette alla trattativa e all'accordo tra le parti, con esclusione di un intervento giurisdizionale, tutto il tema della separazione o del divorzio non contenziosi – in tutti i loro relativi aspetti, senza distinzione alcuna – sembra inevitabile riconoscere che è ormai dalla volontà concorde dei protagonisti che discendono *tutti gli effetti* della sentenza di separazione e di divorzio e, dunque, *in primis* l'instaurazione dello *status* di separati o divorziati. Come posto in evidenza dalla migliore dottrina (69), la caduta del principio di indisponibilità degli *status*, che aveva caratterizzato per lungo tempo la disciplina dei rapporti tra coniugi, ha condotto a superare le argomentazioni che avevano escluso una piena esplicazione dell'autonomia dei coniugi nella definizione delle conseguenze economiche della rottura del matrimonio. D'altro canto, è ormai evidente a tutti che l'accordo di separazione (ma la stessa regola vale per l'accordo di divorzio), «non può essere inciso nel suo contenuto intrinseco dall'omologa, di per sé priva di qualsiasi efficacia sanante» (70).

Ma oggi vi è ben di più: mentre un tempo separazione e divorzio non erano comunque conseguibili per il solo mezzo dell'autonomia privata (71), il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. da l. 10 novembre 2014, n. 162 è venuto a superare, per la prima volta, il limite della necessaria fase giudiziaria, introducendo due mezzi di risoluzione della crisi coniugale in cui l'accordo delle parti consente di conseguire esso stesso l'effetto di incidere sullo stato coniugale. Si tratta di un passaggio epocale (72), a seguito del quale nulla è più come prima, non potendosi più dire oggi che, in materia di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta, l'intervento giurisdizionale possieda ancora un valore costitutivo.

Come pure osservato in dottrina (73), se da un lato la presenza dell'autorità giurisdizionale ha sempre inteso costituire sinonimo di una maggiore garanzia in ogni ipotesi di intervento sul vincolo matrimoniale, dall'altro, nelle ipotesi in cui in effetti i coniugi abbiano reperito un'intesa globale sulle condizioni con le quali disciplinare la fine della loro unione, le sopra accennate esigenze pubblicistiche vengono innegabilmente a sfumare. È vero, quindi, che, se due individui sono lasciati liberi di affrontare un passo fondamentale della loro vita come quello del matrimonio (oltre che di stabilire il relativo regime patrimoniale), formalizzando il tutto avanti all'ufficiale dello stato civile, va loro parimenti concesso anche di regolare congiuntamente – e senza gravosi strascichi giudiziari – il fallimento della loro unione.

Quanto appena detto, si badi, vale anche per il divorzio «in tribunale» su domanda congiunta, ove – a partire dalla c.d. «riforma Cartabia» (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 28 febbraio

(68) Va ricordato che oggi l'omologazione avviene con sentenza per entrambe le citate ipotesi: cfr. OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, cit., 19.

(69) Cfr. AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio tra privatizzazione del matrimonio e tutela inderogabile della parte debole*, in *Fam. dir.*, 2023, 643 ss.

(70) Così, testualmente, BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, cit., 277 ss., 293.

(71) Prima della riforma sulla negoziazione assistita non vi era infatti dubbio circa la natura costitutiva necessaria del procedimento di separazione personale e di divorzio: CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, 2^a ed., G. Giappichelli Editore, 2011, 102 ss.; v. inoltre LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Giuffrè, 2007, 981.

(72) BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515. Anche per FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2015, 357, può osservarsi come «la scelta del legislatore di consentire ai coniugi di stipulare accordi di separazione o di divorzio dinanzi a un avvocato ovvero all'ufficiale di stato civile costituisca indice del riconoscimento di un maggiore spazio operativo per l'autonomia privata nell'ambito della soluzione della crisi coniugale».

(73) DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, 949.

2023) – la relativa «sentenza» (74) (*idem* per la separazione consensuale) viene ora dalla legge espressamente definita come di mera «omologazione» o «presa d'atto» degli accordi *inter partes* (art. 473-bis.51, comma 4, c.p.c.), senza che da tale disposizione (sull'omologazione o presa d'atto da parte del giudice) sia in qualche modo escluso o diversamente trattato l'effetto principale, vale a dire l'accordo sul mutamento di *status*.

Ben si può concludere, quindi, su questo punto nel senso che il carattere costitutivo della procedura consensuale, nel suo complesso, di attenuazione (separazione) o di scioglimento (divorzio) del vincolo matrimoniale non deriva più – questa volta in linea generale e non solo in ipotesi particolari – dall'(eventuale) intervento di un giudice «omologante». Intervento che (ove previsto e voluto dalle parti, che si siano rivolte alle tradizionali forme di separazione e divorzio consensuali in tribunale), si limiterà comunque al riscontro della sussistenza delle condizioni di legge. L'effetto concordemente desiderato dai coniugi (o ex tali), discende, invece, direttamente dall'accordo delle parti, senza alcuna distinzione di sorta tra accordo sul vincolo matrimoniale in sé e/o accordo sulle relative condizioni di allentamento o di scioglimento del vincolo stesso.

A parere di chi scrive, dunque, proprio l'introduzione di istituti come la negoziazione assistita e la «sentenza» d'omologazione, di cui s'è appena detto, dimostra ormai irrefutabilmente come la contrapposizione tra negozio di separazione (o di divorzio) in sé, da un lato, e relativi negozi accessori, dall'altro, sia – per i fini in esame – divenuta artificiosa e di contenuto meramente descrittivo. L'intera attività (già processuale) in relazione alla separazione consensuale e al divorzio su domanda congiunta è stata «in blocco» portata fuori dalla sfera di attività del giudice (limitata ad un mero controllo formale, quando la procedura si svolge in tribunale), senza alcuna distinzione tra negozio separatizio (o divorzile) in sé, da un lato, e condizioni relative, dall'altro. I due tipi di negozi sono intrinsecamente connessi e il relativo trattamento giuridico è (e non può che essere) unitario (75).

8. Conclusioni.

È giunto il momento di tirare le fila del discorso che si è cercato di dipanare sin qui. L'evoluzione normativa e, almeno in parte, dottrinale di questi ultimi decenni ha vieppiù dimostrato il carattere disponibile (nei limiti, ovviamente, indicati) degli *status* familiari, così come la natura negoziabile e negoziale delle relative conseguenze. Ciò non può non valere anche per gli accordi preventivi, siano essi conclusi tra separazione e divorzio, o prima della separazione, o, addirittura, prima della celebrazione delle nozze.

E invero, al di là delle argomentazioni «tecniche» più volte esposte nel corso di questi ultimi trent'anni e oltre, chi scrive non ha mai esitato a qualificare la giurisprudenza dominante come altamente «diseducativa», posto che questa finisce con il promuovere il principio secondo cui proprio tra coniugi, cioè tra soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento nel rispetto della parola data, in realtà, *pacta... non sunt servanda*. E dunque l'accordo di separazione, faticosamente raggiunto dopo mesi (o anni) di trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione sbagliata, potrà essere accettato da una delle parti con la «riserva mentale» di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio (76).

(74) Ma sulla reale natura di tale provvedimento cfr. OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, cit., 18 s.

(75) La questione è stata approfondita in OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, cit., 20 ss.

(76) Così spingendo, tra l'altro, la prassi a rinvenire soluzioni al limite del lecito e comunque inutili o facilmente frustrabili, quali, ad esempio, il rilascio di garanzie, o la stipula di simulati contratti di mutuo, risolubili solo all'atto della conclusione *en souplesse* della futura procedura di scioglimento del vincolo, e così via.

Quanto sopra dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto pernicioso sia l'influenza nella materia di influssi paternalistici, legati ad un concetto di persistenza del vincolo che, se non può più essere concepita in termini di indissolubilità matrimoniale, dovrebbe secondo alcuni ancora intendersi nel senso di «indissolubilità patrimoniale» (77).

Ora, proprio l'ordinanza qui in commento (78) viene a portare la miglior dimostrazione possibile della fondatezza di questi timori. La nullità, invero, è un rimedio che, essendo concesso a chiunque abbia interesse, viene a porre nelle mani della parte che si sia pentita della parola data, per i più vari motivi, una sin troppo comoda via d'uscita da un negozio divenuto (o ritenuto) ormai ingombrante. Nella fattispecie qui in esame appare evidente il tentativo di una parte di svincolarsi dagli effetti del contratto ormai efficace e perfetto, avente ad oggetto la cessione a titolo oneroso della partecipazione societaria e delle azioni, come sopra descritto. Contratto sottoscritto (a quanto pare) da soggetti maggiorenni, vaccinati e dotati della piena capacità giuridica e di agire. Palese risulta il rischio di aprire una vera e propria «caccia alle streghe» (laddove la «strega» sarebbe costituita, nella specie, dal vituperato *prenup*), non appena viene a schiudersi la prospettiva (ancorché remota) di porre in campo l'argomento di una possibile presenza dell'intento (*quod absit!*) di definire una volta per tutte, in via preventiva, le questioni patrimoniali legate ad una crisi coniugale. E l'ulteriore assurdità sta nel fatto che, nell'ottica paternalistica qui criticata, siffatto profilo si potrebbe risolvere solo con anni, anni ed anni di costose e complesse liti giudiziarie. Da notare, in proposito, che la causa *non* conclusa dall'ordinanza qui in commento – che della crisi coniugale e dei relativi strascichi patrimoniali dovrebbe rappresentare solo un (pur se succulento) antipasto – è durata (per il momento) la bellezza di quindici anni.

È stata la stessa Corte ad ammettere, in altra occasione, che gli accordi preventivi sono frequenti in molti Stati europei, ove svolgono «una proficua funzione deflattiva delle controversie familiari» (79). *Cui prodest*, dunque, continuare a (far finta di) ignorare l'evidente effetto positivo che il riconoscimento della piena liceità degli accordi preventivi potrebbe produrre su di un sistema-giustizia che, oggi come oggi, vede ancora l'Italia tra i fanalini di coda nel *disposition time* dei Paesi membri del Consiglio d'Europa (80)?

(77) Non per nulla sottolinea il carattere di maggiore «laicità» proprio della via contrattuale nella soluzione delle questioni patrimoniali familiari MARELLA, op. cit., 116.

(78) Così come la sentenza di merito ivi cassata, a sua volta confermativa della decisione di prime cure: sotto questo profilo, come già ricordato, l'unico punto su cui tutti e tre i giudici convergono è la nullità di un'intesa preventiva sulle conseguenze di una crisi coniugale.

(79) Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. dir.*, 2016, 747 con nota di CARRATTA. Sul punto v. l'articolata analisi di FUSARO, op. cit., 475 ss., nonché, più recentemente, LAS CASAS, op. cit., 913 ss.

(80) Cfr. CEPEJ, *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report*, in <https://rm.coe.int/cepej-fiche-pays-2020-22-e-web/1680a86276>, 2022, 73: «The major issue related to the judicial efficiency in Italy remains the excessive length of proceedings, especially as regards civil and commercial litigious cases, even if the overall length of proceedings constantly decreased from 2012 to 2018. In 2020, due to the pandemic situation and the temporary closure of courts, the efficiency of courts mostly weakened compared to the previous years. In particular, the increases in Disposition Times were considerable for civil/commercial and criminal cases in the three instances. The Italian judicial system is affected by the high number of pending cases, in particular civil and commercial in the first instance. For this reason, the lower number of resolved cases had a significant impact on the calculation of Disposition Time. This indicator is expected to improve once the pandemic situation has stabilised».

CORTE DI CASSAZIONE, sez. II, ordinanza 24 novembre 2023, n. 32724; Pres. Bertuzzi – Est. Trapuzzano.

Cassa con rinvio App. Firenze, n. 2697/2017

Accordi preventivi in vista della crisi coniugale non ancora sfociata in separazione o divorzio – Nullità per allegata contrarietà rispetto al principio fondamentale di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale (art. 160 c.c.) – Sussistenza

Contratto di Cessione a titolo oneroso di quote societarie e azioni – Allegata simulazione relativa della cessione – Allegata dissimulazione di un accordo preventivo su separazione e divorzio – Fattispecie

Contratto di cessione a titolo oneroso di quote societarie e azioni – Prova della simulazione relativa dello stesso – Allegazione del fatto che il corrispettivo della cessione sarebbe costituito dal pagamento, da parte della società cessionaria, di quanto dovuto alla cedente dal marito, in vista della definizione del contenuto tipico dei rapporti patrimoniali tra coniugi separandi – Insufficienza – Dimostrazione dell'incidenza sulla misura del corrispettivo pattuito del fine che si afferma perseguito – Necessità

«Gli accordi con i quali i coniugi fissano preventivamente il regime giuridico-patrimoniale in vista della futura separazione o del futuro divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c.» (mass. non uff.).

«Va cassata con rinvio la sentenza di merito in cui, a sostegno della tesi della nullità di un contratto di cessione a titolo oneroso di quota societaria e di azioni per simulazione relativa, non sia offerto alcun concreto elemento, da cui desumere la sussistenza di una simulazione dell'accordo di cessione, con dissimulazione di un'intesa inter coniuges a sua volta nulla per allegata illiceità della causa (anche avuto riguardo all'art. 160 c.c.)» (mass. non uff.).

«Al fine di dimostrare che una cessione onerosa di partecipazioni societarie e azioni da una persona fisica (moglie) a una società (di cui il marito è legale rappresentante) dissimula, in realtà, un accordo tra coniugi secondo cui il corrispettivo della cessione onerosa sarebbe stato rappresentato dal pagamento, da parte della società cessionaria, di quanto dovuto alla cedente dal marito, in vista della definizione del contenuto tipico dei rapporti patrimoniali tra coniugi separandi, essendo invece necessario provare in quali termini il trasferimento abbia inciso sulla misura del corrispettivo (ove destinato a far fronte congiuntamente all'ulteriore finalità indicata), ossia quale parte del corrispettivo sia stata destinata a far fronte all'acquisto e quale alla finalità ulteriore programmata» (mass. non uff.).

FATTI DI CAUSA

1.- Con atto di citazione notificato il 15 gennaio 2009, la HDB Group Srl in liquidazione conveniva, davanti al Tribunale di Arezzo, A.A., al fine di sentire dichiarare la nullità/invalidità del contratto di

cessione onerosa di partecipazioni sociali concluso tra le parti il (*Omissis*), per illiceità della causa, e - per l'effetto - di sentire pronunciare la condanna della convenuta cedente alla restituzione del corrispettivo versato dalla società cessionaria attrice nella misura di Euro 950.228,00.

In proposito, la società attrice esponeva che la cessione era in realtà diretta a definire anticipatamente i rapporti patrimoniali tra i coniugi separandi B.B., quale amministratore unico e successivamente liquidatore di HDB, e la A.A., e non già a definire i rapporti economici societari.

Si costituiva in giudizio A.A., la quale concludeva per il rigetto delle domande avversarie, in quanto l'atto di cessione era perfetto e valido, e - in via riconvenzionale - chiedeva che la HDB fosse condannata ad adempiere alle obbligazioni contrattuali assunte, mediante il versamento alla cedente della somma pari ad Euro 2.250.000,00, quale residuo del prezzo non ancora corrisposto, oltre interessi di mora al tasso convenzionalmente pattuito del 5% annuo, o - in via subordinata -, qualora la domanda principale di accertamento dell'invalidità della cessione fosse stata accolta, che la cessionaria fosse condannata alla restituzione delle quote e azioni trasferite, se del caso anche mediante versamento del loro corrispondente valore, oltre al risarcimento dei danni subiti, anche a titolo di responsabilità precontrattuale.

Nel corso del giudizio era espletata consulenza tecnica d'ufficio.

Quindi, il Tribunale adito, con sentenza n. 690/2011, depositata il 30 giugno 2011, in parziale accoglimento delle domande principali proposte, dichiarava la nullità del contratto di cessione di quote di Srl e di azioni, di cui all'atto pubblico del (*Omissis*), rigettava la domanda di condanna della cedente alla restituzione della somma versata a titolo di corrispettivo, rigettava la domanda riconvenzionale di condanna della cessionaria al pagamento del prezzo residuo stabilito e al risarcimento dei danni e condannava la HDB alla restituzione, in favore di A.A., delle azioni cedute.

2.- Con atto di citazione notificato il 19 ottobre 2011, proponeva appello avverso la sentenza di primo grado A.A., la quale lamentava: 1) che l'atto di cessione di azioni della (*Omissis*) Spa e della quota di (*Omissis*) Srl, in favore della HDB, era perfettamente legittimo, in quanto scaturiva da rapporti imprenditoriali intrattenuti tra le parti e non era diretto a mascherare la definizione dei rapporti patrimoniali tra ex coniugi; 2) che la HDB non aveva onorato il piano di pagamento e l'obbligazione restitutoria dell'equivalente in denaro della quota di (*Omissis*) Srl, pari ad Euro 730.948,00, nonché per le azioni di (*Omissis*) Spa pari ad Euro 2.469.280,00, per complessivi Euro 3.200.228,00.

Rimaneva contumace nel giudizio di impugnazione la HDB Group Srl in liquidazione.

Decidendo sul gravame interposto, la Corte d'appello di Firenze, con la sentenza di cui in epigrafe, rigettava l'appello spiegato e, per l'effetto, confermava integralmente la sentenza impugnata.

A sostegno dell'adottata pronuncia la Corte di merito rilevava per quanto di interesse in questa sede:

a) che il contratto concluso tra le parti di cessione delle partecipazioni societarie realizzava una simulazione oggettiva parziale, nel senso che il corrispettivo della vendita di azioni e della quota era rappresentato dal pagamento, da parte della cessionaria, di quanto dovuto a carico del marito, in vista della definizione del contenuto tipico dei rapporti patrimoniali tra coniugi separandi, ossia con riferimento alle condizioni di mantenimento e all'assegno divorzile; b) che, infatti, una pattuizione preventiva di tali condizioni avrebbe potuto pregiudicare la libertà di determinarsi in sede di giudizio di separazione; c) che, pertanto, l'atto di cessione del (*Omissis*) era nullo, per violazione dell'art. 160 c.c., in quanto volto a definire anticipatamente i rapporti patrimoniali tra coniugi; d) che, quanto agli altri capi del gravame, la domanda di condanna alla restituzione della somma di Euro 730.948,00, come avanzata dall'appellante, in relazione alla cessione della quota di (*Omissis*) Srl, era inammissibile, in quanto generica, non essendo stata contestata specificamente la statuizione del giudice di primo grado, secondo cui, in seguito all'incorporazione di (*Omissis*) Srl in (*Omissis*) Spa e alla fusione delle due società, il valore della quota ceduta di (*Omissis*) Srl corrispondeva a 19 azioni di (*Omissis*) S.p.A.; e) che altrettanto inammissibile, per genericità, era la domanda di condanna alla restituzione della somma di Euro 2.469.280,00, non essendo stata specificamente contestata l'articolata e motivata statuizione del Tribunale circa il fatto che il fallimento di (*Omissis*) Spa non assumesse rilievo.

3.- Avverso la sentenza d'appello ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, A.A. E' rimasta intimata la HDB Group Srl in liquidazione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la falsa applicazione dell'art. 1414 c.c., per avere la Corte di merito ritenuto che la compravendita di partecipazioni societarie integrasse una simulazione oggettiva parziale, in ragione del fatto che il corrispettivo della cessione in realtà avrebbe rappresentato il pagamento, da parte della società, di quanto dovuto a carico del coniuge B.B., ai fini della definizione anticipata dei rapporti patrimoniali tra coniugi separandi e, in particolare, delle condizioni di mantenimento e relative all'assegno divorzile.

Al riguardo, l'istante obietta che le somme concordate quale corrispettivo della cessione sarebbero rientrate nel più ampio finanziamento dei soci per oltre 15 milioni di Euro, che B.B. avrebbe concesso alla sua holding, onde consentire alla medesima di compiere ulteriori operazioni societarie, come sarebbe stato rinvenibile nei bilanci di esercizio della predetta società.

1.1.- Il motivo è fondato nei termini che seguono.

In via preliminare si rileva che, quanto alle ragioni della qualificazione del negozio di cessione di partecipazioni societarie del (*Omissis*) (*recte* di quota societaria e azioni), quale negozio parzialmente simulato in senso oggettivo, la sentenza d'appello si è limitata a sostenere che il corrispettivo della vendita di azioni e della quota sarebbe stato rappresentato dal pagamento, da parte della società cessionaria, di quanto dovuto alla cedente dal marito, in vista della definizione del contenuto tipico dei rapporti patrimoniali tra coniugi separandi.

E ha aggiunto che la conseguente nullità per illiceità della causa sarebbe stata corroborata dalla violazione dei doveri inderogabili di cui all'art. 160 c.c., in quanto il contratto sarebbe stato volto a definire anticipatamente i rapporti patrimoniali tra coniugi.

1.2.- Senonchè nessuna argomentazione è stata sviluppata a supporto della ricostruzione dell'operazione negoziale posta in essere in concreto in termini di simulazione (ossia sul *quomodo* di integrazione della paventata simulazione, peraltro alla stregua dell'asserito coinvolgimento di un terzo nel complesso programma di obbligazione), la quale postula che i soggetti pattuiscano che il negozio costituisca una mera apparenza, non li vincoli e sia quindi privo di qualsiasi funzione (simulazione assoluta) ovvero che il negozio apparentemente posto in essere serva ad occultare un diverso ed effettivo impegno negoziale dei soggetti, che abbia una funzione autonoma (simulazione relativa): nel primo caso l'operazione mira a creare, di fronte ai terzi, l'apparenza di un regolamento negoziale; nel secondo l'operazione è più complessa e mira a creare, oltre all'apparenza di un negozio, la sostanza di un negozio diverso, ma che si preferisce mantenere occulto davanti ai terzi (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 34024 del 19/12/2019; Sez. 2, Sentenza n. 25055 del 27/11/2009).

Per l'effetto, la controdi chiarazione o accordo simulatorio è il necessario elemento di collegamento tra situazione apparente e situazione reale e consente di stabilire quale sia l'intento pratico perseguito dai soggetti: se esso cioè si limiti alla creazione di una finzione di atto (simulare, infatti, significa fingere) o se esso lasci residuare un diverso ed effettivo impegno negoziale; si descrive, pertanto, la simulazione come procedimento complesso.

A sua volta, la simulazione relativa può essere oggettiva o soggettiva, in base alla circostanza che la simulazione cada sul contenuto del contratto ovvero sui suoi soggetti. In tale ultima ipotesi si realizza una fattispecie di interposizione fittizia. La simulazione relativa oggettiva può riguardare il tipo negoziale o la prestazione e, più in generale, l'oggetto o le modalità accessorie.

Ancora, secondo la ricostruzione giurisprudenziale, la simulazione, sia essa assoluta o relativa, può essere anche parziale, quando l'accordo simulatorio investe soltanto alcuni elementi del contratto (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4901 del 02/03/2007; Sez. 3, Sentenza n. 10009 del 24/06/2003; Sez. 2, Sentenza n. 3857 del 24/04/1996; Sez. 3, Sentenza n. 4366 del 02/10/1978) ovvero soltanto uno dei negozi contemplati in un atto (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1751 del 13/02/1992).

In ultimo, attraverso la controdedichiarazione, è messo in luce il contrasto tra due manifestazioni entrambe volute, ma per fini diversi. Tali manifestazioni in realtà si coordinano: o nel senso che l'una toglie all'altra ogni valore vincolante tra le parti o nel senso che l'una si compone con l'altra, piegandola a perseguire, ove possibile, dietro la veste apparente, un diverso risultato pratico. E nel caso della simulazione relativa il nesso tra dichiarazione e controdedichiarazione comporta una sorta di singolare compenetrazione tra negozio dissimulato e negozio simulato: il primo sarebbe un fatto complementare, destinato a riempire del suo contenuto il secondo.

In proposito, in sede nomofilattica, si evidenzia che la simulazione individua un'ipotesi di dissociazione concordata tra volontà e dichiarazione (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21995 del 19/10/2007 ; Sez. 3, Sentenza n. 614 del 17/01/2003; Sez. 2, Sentenza n. 3501 del 09/04/1987).

Pertanto, la peculiarità dell'istituto va considerata in relazione alla funzione negoziale. Quest'ultima è manipolata dai soggetti in vista di scopi pratici della più diversa natura, a fronte del dato costante della creazione di una situazione apparente e, quindi, non vincolante. Invece, il dato variabile è sostanziato dall'esistenza di un sottostante e diverso vincolo effettivo. E ciò con l'intento di creare l'apparenza di un negozio, con o senza l'intento di occultare un negozio diverso.

1.3.- A fronte di questa impostazione sistematica dell'istituto, nella motivazione della pronuncia impugnata non è dato ravvisare la valorizzazione di alcuna emergenza fattuale idonea ad avvalorarne l'apodittica qualificazione giuridica.

Per contro, ai fini dell'invalidità della cessione delle quote societarie è stato genericamente richiamato l'intento di definire, in via anticipata, l'adempimento dei doveri coniugali, in sintonia con l'orientamento a mente del quale gli accordi con i quali i coniugi fissano preventivamente il regime giuridico-patrimoniale in vista della futura separazione o del futuro divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perchè stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. (Cass. Sez. 6-1, Ordinanza n. 20745 del 28/06/2022; Sez. 1, Sentenza n. 2224 del 30/01/2017; Sez. 1, Sentenza n. 1810 del 18/02/2000). Senza però offrire alcuna contezza degli elementi di raccordo tra la paventata violazione dei doveri inderogabili - di cui non è stato affatto tracciato il substrato realizzativo - e l'integrazione di un'ipotesi di simulazione oggettiva parziale.

Ora, sebbene l'individuazione della *causa simulandi*, cioè del motivo concreto per il quale le parti abbiano posto in essere un contratto in realtà non voluto, dando vita ad una mera apparenza, sia rilevante (ma non indispensabile) per fornire indizi circa l'esistenza dell'accordo simulatorio (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 2539 del 27/01/2023 ; Sez. 3, Sentenza n. 8428 del 11/04/2006; Sez. 2, Sentenza n. 4865 del 03/04/2001; Sez. 3, Sentenza n. 5541 del 08/06/1994), nella fattispecie non è stato precisato: a) se la cessione delle partecipazioni societarie (*recte* della quota e delle azioni) sia effettivamente avvenuta nella sua interezza (come sembrerebbe dalla correlata condanna alla restituzione) o solo in parte; b) e, in conseguenza, in quali termini detta traslazione di quota e azioni abbia inciso sulla misura del corrispettivo (ove destinato a far fronte congiuntamente all'ulteriore finalità indicata), ossia quale parte del corrispettivo sia stata destinata a far fronte all'acquisto e quale alla finalità ulteriore programmata; c) a fronte del richiamo alla paventata definizione anticipata delle condizioni di separazione, in quale modo sia stato regolamentato l'assetto dei rapporti coniugali in ragione dell'operazione negoziale effettuata (anche in vista della rinuncia a future pretese da esercitare in sede di separazione o divorzio).

Tanto più che il riferimento alla definizione dei rapporti economico-patrimoniali con il coniuge - che non è stato, almeno formalmente, parte del negozio di cessione (bensì mero rappresentante legale della società cessionaria) - avrebbe presupposto, nella logica dell'integrazione di una fattispecie complessa di simulazione, la sua partecipazione al giudizio o comunque l'integrazione del contraddittorio verso tale parte.

Ebbene, le carenze lamentate sono talmente radicali da escludere che - secondo le scarse indicazioni fornite - sia ravvisabile una fattispecie di simulazione secondo la definizione resa dall'art. 1414 c.c., e, dunque, da implicarne la relativa violazione; e ciò indipendentemente dall'incensurabilità in sede di legittimità dell'accertamento della simulazione, quale oggetto

dell'indagine di fatto riservata al giudice di merito, se non per vizio di motivazione, sul presupposto però che si dia atto della riconduzione del programma negoziale concreto allo schema legale astratto prefigurato dalla norma emarginata (Cass. Sez. 5, Ordinanza n. 20748 del 01/08/2019; Sez. 2, Sentenza n. 20020 del 07/10/2004; Sez. 2, Sentenza n. 1034 del 29/01/2000).

Ne discende che il giudice di rinvio dovrà nuovamente esaminare i fatti di causa, allo scopo di addivenire alla corretta qualificazione giuridica della fattispecie, fornendone gli elementi di riscontro e valutando se sia necessario disporre l'integrazione del contraddittorio verso B.B.

2.- Con il secondo motivo la ricorrente si duole, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, della violazione degli artt. 101 e 102 c.p.c., per avere la Corte del gravame, all'esito della qualificazione della operazione negoziale conclusa tra le parti quale simulazione parziale oggettiva, adottato una sentenza irrimediabilmente nulla per effetto dell'omesso rilievo d'ufficio del litisconsorzio necessario con B.B. e del conseguente difetto di integrazione del contraddittorio.

3.- Con il terzo motivo la ricorrente contesta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, la falsa applicazione degli artt. 160 e 1418 c.c., nonché la violazione dell'art. 116 c.p.c., per avere la Corte distrettuale ritenuto che la causa del contratto in oggetto fosse sussumibile nella volontà dei coniugi B.B. - A.A. di definire i rapporti patrimoniali pendenti, in previsione del loro futuro divorzio, e non già di attuare un preciso e perfettamente lecito disegno imprenditoriale, omettendo di valutare correttamente gli elementi probatori adottati dalla ricorrente a dimostrazione dei reali scopi perseguiti dai coniugi attraverso la stipula del contratto in argomento.

In merito, l'istante osserva che sarebbero state considerate le dichiarazioni espresse dalla A.A. all'interno di un atto depositato in separato e assolutamente inconferente processo, mentre sarebbero state trascurate le asserzioni confessorie avversarie, senza tenere in considerazione la differenza tra gli accordi di separazione e le convenzioni concluse in occasione della separazione ed interpretando, inoltre, erroneamente la reale volontà dei contraenti, compresa la provvista di denaro fornita dal B.B.

4.- Con il quarto motivo la ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la violazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., e dell'art. 118 disp. att. c.p.c., nonché la falsa applicazione degli artt. 163, 164 e 342 c.p.c., per avere la Corte territoriale ritenuto inammissibili le domande, formulate in via subordinata, di condanna alla restituzione per equivalente in denaro delle partecipazioni societarie cedute, sulla scorta dell'asserita genericità della pretesa, stante la mancanza di specifica contestazione delle statuizioni sul punto emesse dal Tribunale.

In merito, rileva l'istante che dal tenore letterale dell'atto di appello sarebbe emersa la specifica contestazione delle deduzioni di cui alla sentenza di prime cure.

5.- Il secondo, terzo e quarto motivo sono assorbiti dall'accoglimento del primo, poichè presuppongono che sia accertata la nullità dell'operazione negoziale posta in essere con il contratto del 30 maggio 2005.

6.- In conseguenza delle considerazioni esposte, il primo motivo del ricorso deve essere accolto mentre i restanti motivi sono assorbiti.

La sentenza impugnata va dunque cassata, limitatamente al motivo accolto, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi ai principi di diritto enunciati e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il primo motivo del ricorso, dichiara assorbiti i rimanenti motivi, cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia la causa alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del giudizio di legittimità.

– *Omissis*.