



LEONARDO LENTI

*Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Torino*

## **DOMANDA CONTESTUALE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO E DOMANDA CONGIUNTA: LA TUTELA DELLA PARTE DEBOLE\***

**SOMMARIO:** 1. *Le nuove norme e le loro conseguenze.* – 2. *L'illiceità degli accordi di divorzio stipulati al momento della separazione: un asserto alla ricerca di un fondamento giuridico.* – 3. *La ricerca del fondamento continua.* – 4. *Un'osservazione generale: come "abrogare" una norma di origine giurisprudenziale?* – 5. *Le modalità di tutela della parte più debole.*

1. – Il d.lgs. n. 149/2022, in esecuzione della delega contenuta nella l. n. 206/2021, comma 23, lett. *bb*, ha introdotto la facoltà di presentare contestualmente la domanda di separazione e quella di divorzio, pur restando la seconda improcedibile per i 6 o 12 mesi, secondo i casi, come previsto dall'art. 3, comma 2, lett. *b* della legge sul divorzio.

Il nuovo art. 473-*bis*.49 c.p.c. – rubricato «cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» – stabilisce al comma 1 che «negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse».

Il nuovo art. 473-*bis*.51 c.p.c. – rubricato «procedimento su domanda congiunta» – stabilisce al comma 1 che le parti possono presentare domanda congiunta per dare inizio ai procedimenti elencati nell'art. 473-*bis*.47 c.p.c.: dunque per quelle di «separazione personale dei coniugi, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, scioglimento dell'unione civile e regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché per quelle di modifica delle relative condizioni».

Stabilisce poi al comma 2 che il ricorso, «sottoscritto anche dalle parti», deve contenere tra l'altro la determinazione delle «condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici», e può «anche regolamentare, in tutto o in parte, i loro rapporti patrimoniali»<sup>1</sup>. Queste prescrizioni, non distinguendo fra domanda di separazione e domanda di divorzio, si dovrebbero applicare a entrambe le domande.

Il tenore letterale delle nuove norme sembra proprio non permetter di distinguere, ai fini della presenta-

---

\* Una precedente versione di questo articolo è stata pubblicata in rete su *«questionegiustizia.it»*, 13 giugno 2023, con il titolo *Domanda contestuale di separazione e divorzio e domanda congiunta dei coniugi*. Da questo articolo ho ripreso, con poche varianti, i §§ 3, 4 e 5, riguardanti la nullità dei patti per il divorzio stipulati al momento della separazione, che qui sono divenuti i §§ 2, 3 e 4.

<sup>1</sup> La scelta terminologica della norma non è felice, visto che i «rapporti economici» e i «rapporti patrimoniali» appaiono a prima vista sinonimi. Ma sarebbe irragionevole se fossero effettivamente tali: la locuzione «rapporti patrimoniali» non sembra potersi riferire che alla divisione dei beni in comunione legale.



zione contestuale delle domande di separazione e divorzio, fra il caso della domanda congiunta e quello della domanda proposta da una parte contro l'altra<sup>2</sup>.

Da ciò la conseguenza – ovvia, mi sembrerebbe – che le domande congiunte possano contenere entrambe le richieste: in tal caso l'accordo sottoposto al giudice deve contenere tanto le determinazioni economiche riguardanti la separazione quanto quelle riguardanti il divorzio<sup>3</sup>. Ne consegue che non dovrebbe più restare in vita, perché contrario al nuovo testo di legge, l'orientamento giurisprudenziale che sancisce la nullità gli accordi sulle condizioni del divorzio raggiunti al momento della separazione legale.

Ciononostante in molti tribunali si è aperta la discussione se la domanda contestuale di separazione e divorzio possa essere presentata anche congiuntamente: chi lo esclude argomenta soprattutto con l'orientamento giurisprudenziale suddetto. In questa situazione di incertezza, è stato molto opportunamente proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte suprema, possibilità aperta dal nuovo art. 363-bis c.p.c.<sup>4</sup>.

È un dato di fatto evidente – al punto che mi sembra non meriti neppure di essere argomentato – che di solito le parti, al momento in cui si separano, abbiano un forte interesse a definire una volta per tutte, in modo complessivo, le condizioni economiche della loro vita futura: dunque non solo le condizioni della separazione legale, ma anche quelle del successivo divorzio. Ciò permette loro di avere fin da subito qualche dato certo sulle prospettive della propria condizione patrimoniale e abitativa, anche di lungo periodo; e può disinnesicare potenziali motivi di futura lite.

Le regole di legge per determinare l'assegno di separazione e quello di divorzio, com'è noto, sono diverse<sup>5</sup>. Il primo dovrebbe garantire al coniuge in condizioni di debolezza economica una somma che gli permetta di mantenere il tenore di vita goduto durante la convivenza e, soprattutto, non sarebbe dovuto in caso di addebito. Il secondo, invece, è regolato dall'art. 5, comma 6 l. divorzio e, soprattutto, dai principi di diritto stabiliti da alcune fondamentali sentenze della Corte di cassazione a sezioni unite, in particolare dalla n. 18287/2018 e dalla n. 32198/2021.

La brevità del lasso di tempo che è necessario intercorra fra separazione e divorzio – come ridotto dalla l. n. 55/2015 e confermato dal d.lgs. n. 149/2022 – lascia supporre che al momento in cui la domanda di divorzio diviene procedibile l'accordo sul se e sul quanto del relativo assegno, raggiunto in sede di separazione, sia ancora economicamente e psicologicamente attuale. In via di prima approssimazione non dovrebbero esservi ragioni che spingano a contestarlo, tranne i casi di cui dirò successivamente, al § 5.

<sup>2</sup> Per la disamina degli aspetti più specificamente processuali rinvio a F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. dir.*, 2023, 487.

<sup>3</sup> Concorde F. DANOVI (*Per l'ammissibilità*, cit., 493): «nel momento in cui si concede alle parti di individuare un impianto comune tanto sulla separazione quanto sul divorzio, di fatto già si riconosce ai coniugi il potere di disporre in forma consensuale delle conseguenze della fine del loro rapporto in un momento in cui lo stesso è per l'ordinamento ancora pienamente vitale e operativo». Concorde pure F. TOMMASEO, *Riforma Cartabia e domanda cumulata congiunta di separazione e divorzio: i tribunali di Milano e di Firenze*, in *QG Altalex*, 24 maggio 2023; M. PALADINI, *Il simultaneus processus di separazione e divorzio*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023, 54. Opposta la posizione di C. CECHELLA, in *QG Altalex*, 24 maggio 2023; di R. DONZELLI, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio nel procedimento su ricorso congiunto*, in *Judicium*, 2023.

<sup>4</sup> Trib. Treviso, 31 maggio 2023, data camera di consiglio, ined.; l'ordinanza riassume anche i termini delle questioni processuali.

<sup>5</sup> Invece tutto quanto riguarda i figli – affidamento, collocazione abitativa, mantenimento, assegnazione della casa familiare – è regolato allo stesso modo tra separazione e divorzio, sicché non vi è alcuna ragione perché il contenuto dell'accordo per l'una differisca dal contenuto dell'accordo per l'altro.



2. – Nonostante le forti critiche dell'ormai larghissima maggioranza della dottrina, la Corte di cassazione afferma da oltre 40 anni che gli accordi sulle condizioni del divorzio raggiunti al momento della separazione legale sono nulli. A questo modo disconosce il giusto e ragionevole interesse delle parti a raggiungere fin dall'inizio della vicenda legale un accordo completo e definitivo, salvo successivi mutamenti delle circostanze di fatto; anzi, lo contrasta frontalmente.

Negli oltre 70 anni di vigenza della legge sul divorzio, l'oscillazione degli orientamenti sulla cosiddetta "natura" dell'assegno – prima composita, poi solo assistenziale, poi di nuovo composita – manifesta l'estrema difficoltà e la profonda incertezza in cui si dibatte il nostro diritto, tanto di fonte legislativa quanto di fonte giurisprudenziale, nel darne una regolazione che sia abbastanza precisa da soddisfare l'esigenza di certezza del diritto, ma anche abbastanza elastica da soddisfare l'esigenza di giustizia nel caso concreto.

E di sicuro manifesta l'inadeguatezza e la pericolosità delle formulette generalizzanti, le quali partoriscono concetti astratti e rigidi, che poi finiscono col vivere di vita propria, indipendentemente dalla ragione che ha dato loro vita, e possono a volte generare sconvolgimenti, soprattutto se riescono a intrufolarsi nelle massime: ne è un caso esemplare l'asserto giurisprudenziale secondo il quale gli accordi per il divorzio raggiunti al momento della separazione sono sempre radicalmente nulli, anche se la parte che ne fa valere la nullità non è quella che, stipulandoli, avrebbe rinunciato a un diritto indisponibile<sup>6</sup>.

Questa posizione della Corte suprema è rimasta graniticamente costante a livello di formule astratte, ma ha subito varie evoluzioni nel corso del tempo: quasi fosse un *asserto, intoccabile nella sua sacertà, al quale bisogna cercar di trovare un qualche fondamento giuridico*, da rinnovare man mano che il diritto vivente cambia.

Ciò mi induce a ripercorrere rapidamente la storia del mutare dei suoi fondamenti.

Parto da quello iniziale: nella sentenza più ampiamente motivata, che a lungo è stata citata dalla giurisprudenza successiva come esemplare<sup>7</sup>, si legge anzitutto che tale accordo inciderebbe sulla *condotta difensiva* del coniuge che richiede l'assegno, inducendolo a non opporsi al divorzio e facendo così «oggetto di commercio lo status stesso» (*sic!*). La tesi della Corte aveva un minimo di base testuale nella disciplina originaria dell'art. 3 n. 2 lett. b div.: se un coniuge si opponeva al divorzio, il periodo di separazione si allungava a 6 o 7 anni, secondo i casi. Ignorava però – l'ovvietà della cosa impone di pensare che fosse un'ignoranza voluta – che l'opposizione al divorzio non poteva sortire l'effetto di impedirlo, ma solo di allontanarlo nel tempo di ulteriori 1 o 2 anni. «Oggetto di commercio», se proprio così ci si volesse esprimere, non era dunque lo status, ma solo la data d'inizio del processo per cambiarlo.

Si legge poi che l'indisponibilità dell'assegno non sarebbe di per sé sufficiente per giudicare i patti nulli: si ricordi che a quel tempo (1981) era dominante l'orientamento che attribuiva all'assegno natura *composita*, sicché l'indisponibilità riguardava *solo* l'aspetto assistenziale. È importante sottolinearlo, poiché oggi, dopo

<sup>6</sup> Vd. Cass. 26 aprile 2021, n. 11012, con commento di C. RIMINI, in *Fam. dir.*, 2021, 887, fortemente critico; di C. IRTI, *Sulla nullità degli accordi conclusi dai coniugi separati in vista del divorzio*, in *Giur. it.*, 2022, 593; di A. CARAVITA DI TORITTO, *Accordi in vista della crisi familiare: contemperamento del tradizionale divieto con alcune ipotesi di validità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1303.

<sup>7</sup> Cass., sez. un., 11 giugno 1981, n. 3777 (est. Borruo), in *Foro it.*, 1982, I, 184, e in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1553. Il fraseggiare della sentenza – che raccomando di rileggere con l'occhio d'oggi – è palesemente dominato dal principio indissolubilista, quasi fosse ancora vigente, e dal chiaro fine di stendere un saldo "cordone sanitario" intorno al divorzio. Vi si legge tra l'altro che questo il divorzio rappresenterebbe un serio «*vulnus* potenziale» per l'istituto della famiglia, sicché lo spazio lasciato all'autonomia privata dovrebbe essere quanto più ridotto possibile. Ovvero: il *corpo estraneo* – il divorzio – va tenuto chiuso in una gabbia ben stretta e accuratamente chiusa.



la svolta delle sezioni unite del 2018, la sua natura è tornata a essere qualificata come composita, sicché di nuovo l'asserto della sua indisponibilità non è più un argomento di per sé sufficiente.

La riforma del 1987, oltre a ridurre il numero di anni a 3, aveva modificato la regola previgente, rimuovendo l'effetto procrastinatore dell'eventuale opposizione di un coniuge: questa era così divenuta irrilevante. L'argomento del "mercimonio dello status" era dunque ormai evidentemente improponibile: eppure la frasetta secondo la quale l'accordo stipulato in sede di separazione viziava o limitava la libertà di difendersi in giudizio è sopravvissuta nel linguaggio della Corte, quasi fosse una clausola di stile, senza curarsi del ridicolo che ne deriva<sup>8</sup>.

Nelle sentenze in materia successive alla riforma del 1987 la Corte, nell'intento di confermarlo, era stata quindi costretta a cercare un nuovo fondamento giuridico credibile al suddetto orientamento: l'aveva trovato nel principio di completa indisponibilità dell'assegno di divorzio, corollario astratto della sua funzione esclusivamente assistenziale, secondo l'interpretazione data nel 1990 dalle sezioni unite all'art. 5, comma 6, l. divorzio riformato<sup>9</sup>. Accanto a questo aveva iniziato a comparire anche la menzione, prima assente, dell'art. 160 cod. civ., che stabilisce l'inderogabilità dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio.

È però curioso constatare come la Corte suprema si fosse orientata in senso opposto nel caso della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: aveva considerato validi, purché giungessero a risultati conformi agli artt. 129 o 129-*bis* cod. civ., secondo i casi, gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di separazione (ovviamente estranei al verbale omologato) che erano volti a disciplinare in via preventiva le conseguenze patrimoniali del futuro annullamento del matrimonio concordatario<sup>10</sup>.

L'affermazione della necessaria conformità agli artt. 129 o 129-*bis* cod. civ. mi suggerisce di osservare che la stessa precisazione avrebbe ben potuto essere fatta anche a proposito degli accordi in vista del divorzio – con riferimento all'art. 5, comma 6, l. divorzio – come temperamento all'ammissione della loro validità. Ma una tale precisazione non è stata mai fatta.

La differenza tra il caso dell'annullamento ecclesiastico e quello del divorzio è comprensibile solo tenendo conto del "cordone sanitario" steso intorno al divorzio, cui ho fatto cenno nella nota 9: per ovvi motivi ideologici, nel caso della delibazione della sentenza ecclesiastica l'esigenza di limitare al massimo grado l'autonomia privata sulle questioni patrimoniali era molto meno pressante.

Successivamente, in seguito alla sentenza a sezioni unite del 2018, anche l'argomento della completa indisponibilità dell'assegno di divorzio era ormai divenuto privo di fondamento. Nella prima successiva sentenza in tema della Corte mi sembrava ragionevole attendersi il cambio della sua posizione sulla nullità degli accordi, riconoscendone la validità, per poi sottolineare come restasse fermo il diritto di chiedere comunque un assegno di divorzio, a modifica di quanto concordato, ma soltanto per la sua componente assistenziale, cioè di natura davvero alimentare e come tale irrinunciabile.

Invece le cose non sono andate in questo modo, almeno per il momento.

---

<sup>8</sup> Ecco un elenco, di certo largamente incompleto, di sentenze successive che la riportano: 7 settembre 1995, n. 9416; 20 febbraio 1996, n. 1315; 20 marzo 1998, n. 2955; 18 febbraio 2000, n. 1810; 30 gennaio 2017, n. 2224; 28 giugno 2022, n. 20745, sulla quale ritornerò in seguito.

<sup>9</sup> Vd. Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

<sup>10</sup> Vd. Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, unica sentenza di legittimità in tema che mi consti. Secondo la Corte nel procedimento giudiziario davanti al giudice ecclesiastico la volontà delle parti non avrebbe un rilievo decisivo, date le sue «forti connotazioni inquisitorie», e la mancanza di «ogni potere negoziale di disposizione dello status» (*sic*), a differenza del caso del divorzio. Eppure secondo quanto altrove affermato dalla Corte stessa, l'opposizione alla delibazione un effetto lo produceva, e tutt'altro che irrilevante: incidendo sia sulla delibabilità stessa nei casi di riserva mentale, sia sul processo, ivi imponendo la trasformazione dal rito di volontaria giurisdizione a quello contenzioso, nel quale la parte interessata poteva far valere gli eventuali ostacoli alla delibazione.



3. – La ricerca di un qualche fondamento giuridico da dare all'intoccabile asserto, man mano che quelli adottati in precedenza si sbriciolavano, si è ormai concentrata sul principio di inderogabilità dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, di cui all'art. 160 cod. civ.<sup>11</sup>, cui si aggiunge l'argomento di autorità ("... come costantemente affermato da questa Corte ...").

Bisogna fare molta attenzione a brandire una simile norma come principio applicabile in ogni risvolto del diritto matrimoniale: si tratta – mi si permetta il traslato – di un'arma di distruzione di massa. Se preso sul serio nel suo tenore letterale, generalissimo, porterebbe per coerenza logica a conseguenze surreali: per esempio l'illegittimità della decisione stessa dei coniugi di separarsi o la nullità di qualsiasi accordo per regolare la loro separazione di fatto, o la nullità dell'accordo presentato all'ufficiale di stato civile. Sono tutti casi in cui le parti concorderebbero, appunto, la deroga a diritti indisponibili.

È noto che gli obblighi matrimoniali reciproci sono in via di principio inderogabili; o meglio, ciò che è inderogabile sono i *nomina*, le etichette con le quali il codice sintetizza le caratteristiche salienti della relazione coniugale e ne prescrive il rispetto. Tuttavia è ormai comunemente accettato che la loro interpretazione debba adattarsi con la necessaria flessibilità alle scelte idiosincratiche dei coniugi, concordate nel determinare l'indirizzo della loro vita familiare. Non è il caso di dilungarmi oltre, trattandosi a mio avviso di ovvietà<sup>12</sup>.

Aggiungo poi, quanto ai *nomina*, che la loro inderogabilità di principio può operare solo finché entrambe le parti si considerano vincolate, cioè fin tanto che accettano le limitazioni della loro libertà personale derivanti dal matrimonio o dall'unione civile; in altre parole, finché intendono restare unite. Quando questa intenzione viene meno, anche per una sola di esse, è il rapporto stesso che legava la coppia e che imponeva quelle regole di condotta a venir meno. Questo emerge con chiarezza dalla nota regola giurisprudenziale secondo la quale i doveri di carattere personale non sopravvivono alla separazione e quindi la pronuncia dell'addebito non può essere fondata sulle violazioni di tali doveri *successive* alla rottura della relazione. Ed è evidente che i coniugi che concordano le regole del loro futuro divorzio non intendono più restare uniti.

Il riferimento all'art. 160 cod. civ., rimasto ormai l'unico fondamento proponibile, non dà dunque un fondamento credibile e ragionevole all'orientamento criticato. Non solo, ma introduce anche un fattore di estrema rigidità, che non era sempre presente nei diversi fondamenti affermati in precedenza: porta infatti alla conseguenza che qualunque accordo sarebbe nullo, anche se non violasse il diritto – questo sì indisponibile senza controllo giudiziale – a richiedere l'assegno di divorzio limitatamente alla sua componente assistenziale. Il risultato che ne deriva, davvero assurdo, è quello di permettere anche al coniuge più abbiente di liberarsi da obblighi volontariamente assunti: così la radicale nullità si può ritorcere a sfavore della parte per la cui protezione era stata affermata<sup>13</sup>.

Nell'ultima – a quanto mi consta – decisione di legittimità sulla nullità dei patti è istruttivo leggere le varie massime con le quali è stata pubblicata<sup>14</sup>: tutte riportano come principio di diritto la regola della nullità. Ma sono tutte *mentitorie*.

<sup>11</sup> Ritenere che tale norma riguardi anche gli obblighi di carattere personale, benché consentito dal suo tenore letterale, implica però di doverne forzatamente ignorare sia la storia, sia la collocazione sistematica: entrambe indicano in modo chiaro che si riferisce soltanto ai regimi patrimoniali.

<sup>12</sup> In proposito vd. il mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 425 sgg. (in part. 435 sgg.).

<sup>13</sup> Sull'art. 160 c.c. vd. da ultimo C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., che giustamente rifiuta di considerarlo come «un dogma assoluto».

<sup>14</sup> Si tratta di Cass. 28 giugno 2022, n. 20745 (sez. VI-1); le massime sono reperibili in *Leggi d'Italia professionale*, banca dati *Repertorio di giurisprudenza*.



Se si legge il testo integrale della sentenza, infatti, si constata che la regola della nullità dei patti è un mero *obiter dictum* – ripetuto quasi come omaggio standardizzato all'autorità dei precedenti o supposti tali – mentre la *ratio decidendi* è ben diversa. Nel caso di specie le parti al momento della separazione avevano concordato la cessione dalla moglie al marito di una quota della società di cui entrambi erano soci e cui avevano dedicato la propria attività lavorativa; la cessione era senza corrispettivo e il marito si era correlativamente obbligato a versare alla moglie un assegno di divorzio; tale impegno era stato giudicato in sede di appello valido, in quanto considerato come una «forma di compenso per ciò cui aveva rinunciato» la moglie. La Corte suprema ha rigettato il ricorso del marito, intenzionato a liberarsi dell'obbligo di corrispondere l'assegno, affermando che «il giudice di secondo grado non ha applicato l'impegno contenuto nel patto come vincolante, ma ha fatto leva sul trasferimento (effettivamente avvenuto) della partecipazione»; ovvero, in altre parole, ne ha tenuto conto per determinare le condizioni economiche delle parti, in particolare dell'avente diritto. Ha poi aggiunto che «non viene in rilievo la validità ed efficacia del trasferimento delle quote societarie in sede di accordo di separazione (che peraltro le parti non avevano invocato né posto in discussione): «tale trasferimento è stato, piuttosto, considerato come mero fatto presupposto quale indice probatorio del contributo della controricorrente alla formazione del patrimonio dell'ex-coniuge, al fine della funzione perequativo-compensativa».

A questo modo la Corte – come già altre volte aveva fatto<sup>15</sup> – ha evitato di contraddire apertamente l'orientamento che vuole la nullità, ma lo ha aggirato, dando una decisione che porta a un risultato analogo a quello che sarebbe derivato dalla semplice applicazione dell'accordo.

4. – Queste vicende mi suggeriscono un'osservazione di carattere generale sulle modalità di abrogazione delle norme, che può apparire paradossale in un sistema di diritto legislativo, come il nostro: *le norme di fonte giurisprudenziale* – se mi si consente questa locuzione – *sono più resistenti all'abrogazione implicita da parte del legislatore rispetto a quelle di fonte legislativa*.

L'abrogazione delle norme giurisprudenziali per contrarietà a nuove norme di legge – tanto più se queste sono fondate su principi nuovi, frutto di scelte di politica del diritto di rottura con il passato – ha infatti bisogno di essere più chiara e assolutamente incontrovertibile rispetto a quanto è invece richiesto per abrogare norme contenute in articoli di legge. Affinché l'abrogazione legislativa implicita di una norma giurisprudenziale risulti davvero vincolante – per contrarietà al diritto previgente – è spesso necessario che le nuove norme di legge frappongano *ostacoli testuali* forti, a tal punto inequivocabili da impedire all'interprete di mantenere fedeltà alle vecchie regole giurisprudenziali, anche se lo volesse.

Mi sembra che il caso qui in esame ne sia un esempio: il legislatore ha ammesso la presentazione contestuale delle due domande, ma non ha previsto *espressamente* che ciò riguardasse anche la domanda presentata congiuntamente dai coniugi; così, secondo alcuni, la regola giurisprudenziale elaborata secondo il diritto previgente, benché contraddetta dalle nuove norme, potrebbe, o dovrebbe, continuare a vivere perché non è stata *espressamente* cancellata.

La maggiore resistenza delle norme giurisprudenziali all'abrogazione legislativa non è una novità, né riguarda solo questo caso. Se ne incontrano molti esempi: per limitarsi alla disciplina della separazione legale, ne cito due, riguardanti novità introdotte dalla riforma del 1975.

<sup>15</sup> Qualche esempio: Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, 21 febbraio 2001, n. 2492, 21 dicembre 2012, n. 23713.



L'art. 155 cod. civ. aveva stabilito in modo espresso un criterio da seguire per decidere l'affidamento dei figli, mentre prima la legge non ne indicava alcuno: si doveva fare «*esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale*» della prole. Con l'inserzione dell'aggettivo *esclusivo* restava espressamente preclusa la possibilità di ricorrere ad altri criteri, spesso impiegati in precedenza, come quello della colpa nella separazione. Nell'atmosfera culturale di 50 anni fa è facile ipotizzare che, senza l'aggettivo *esclusivo*, il criterio della colpa avrebbe continuato a essere seguito, in alternativa con quello dell'interesse del minore.

L'art. 151 cod. civ. aveva stabilito che «il giudice, *pronunciando la separazione*, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione». La contestualità fra la pronuncia della separazione e la pronuncia dell'addebito è un dato letterale evidente. Avrebbe dovuto conseguirne che l'addebito non può essere pronunciato se non con la sentenza che pronuncia la separazione, come giustamente affermato nel primo autorevole commento dottrinale sul punto<sup>16</sup>. Da ciò la conseguenza logica che il mutamento del titolo della separazione<sup>17</sup>, antica regola di fonte giurisprudenziale risalente al 1870, non sarebbe più stato ammissibile. Tuttavia la Corte suprema aveva continuato per 20 anni a ritenerlo ammissibile, valendosi del fatto che la sua cancellazione non era stata prevista espressamente e che l'ostacolo testuale a mantenerlo in vita non le appariva abbastanza inequivocabile per imporre l'abbandono.

5. – Gli accordi raggiunti dai coniugi per regolare la loro vita futura, sia come legalmente separati sia come divorziati, hanno una natura sostanzialmente contrattuale, sicché sono loro applicabili i consueti rimedi della patologia contrattuale: in particolare, per quanto qui interessa, l'annullamento per vizi della volontà. Questa conclusione è ormai pacifica, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno molto faticato a raggiungerla, perché a lungo impastoiate nell'asserita non contrattualità di tutto quanto riguarda le relazioni fra i coniugi, corollario nel mito dell'assoluta indisponibilità.

Il d.lgs 149 disciplina l'obbligo della cosiddetta *disclosure*, cioè della comunicazione alla controparte di ogni aspetto delle proprie condizioni economiche. Gli artt. 473-bis.12, comma 3 e 473-bis.51, comma 2, c.p.c. disciplinano in modo particolarmente attento il dovere di ogni parte contrattuale di informare l'altra su tutto quanto è rilevante in vista dell'accordo. E l'art. 473-bis.18 c.p.c. ne disciplina in modo alquanto severo la violazione, prevedendo che si possano applicare addirittura le sanzioni previste dagli artt. 116, 92, comma 1 e 96 c.p.c.

Il dovere di completa informazione a carico delle parti sullo stato dei rispettivi redditi e patrimoni diventa così un aspetto fondamentale del loro «dovere leale di collaborazione» nel processo, secondo la formula posta a rubrica dell'art. 473-bis.18 c.p.c.<sup>18</sup>. La regolazione esplicita e analitica di questo dovere spiana in modo evidente la strada all'impugnazione dell'accordo per i vizi della volontà, in particolare per errore e dolo.

In caso di accordo sulle condizioni del divorzio stipulato al momento della separazione, la successiva

<sup>16</sup> Vd. C. GRASSETTI, *sub artt. 150 – 151*, in *Comm. Carraro-Oppo-Trabucchi*, Cedam, 1977, I, 293; ID, *sub artt. 150-151*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Cedam, 1992, II, 689.

<sup>17</sup> Per *mutamento del titolo* si intendeva la pronuncia di una nuova separazione fra coniugi già legalmente separati e non riconciliati, addebitata a quel coniuge che dopo la separazione legale aveva tenuto condotte contrarie ai doveri nascenti dal matrimonio non incompatibili con lo stato di separazione legale. Questo orientamento della giurisprudenza di legittimità era stato capovolto da Cass. 7 dicembre 1994, n. 10512 (est. Luccioli).

<sup>18</sup> C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 895, sottolinea l'importanza fondamentale che ha negli ordinamenti di matrice anglosassone l'obbligo delle parti di piena *disclosure*.



## JUS CIVILE

emersione di condotte di una parte che, in violazione dei doveri di piena informazione su ogni aspetto delle proprie condizioni economiche, hanno portato l'altra a stipulare un accordo affetto da vizi della volontà, soprattutto da errore o da dolo, legittima la parte in errore o vittima del dolo dell'altra a chiederne l'annullamento. E a chiederlo fin dall'inizio della fase del procedimento riguardante il divorzio, visto che è venuto meno l'ostacolo costituito dalle diversità di rito, che in precedenza imponeva un separato procedimento giudiziario: l'art. 473-*bis*, comma 1, c.p.c. prevede infatti che le nuove norme unificate del tit. IV-*bis* c.p.c. si applichino a tutti i procedimenti in materia di famiglia.

L'accordo può essere contestato anche qualora non abbia adeguatamente considerato la componente alimentare dell'assegno, la quale per il suo carattere assistenziale è pacificamente irrinunciabile. I casi mi sembra siano due: una rinuncia, comprensiva anche di tale componente, fatta in modo implicito al momento dell'accordo; oppure un cambiamento nella situazione di fattuale della parte avente diritto, in seguito al quale è venuta a trovarsi in stato di bisogno, intervenuto nei pochi mesi in cui la domanda di divorzio è rimasta improcedibile.