

Negoziazione assistita

Tribunale di Milano 18 luglio 2023, n. 6129 - Giud. Cosmai

Deve ammettersi, in astratto, l'impugnabilità per vizi del consenso di un accordo di separazione consensuale concluso in sede di negoziazione assistita (nella specie il tribunale ha respinto la domanda di annullamento per errore, dolo e violenza, perché infondata nel merito, non avendo la parte attrice - su cui ricadeva il relativo onere - dimostrato la sussistenza di alcuno dei vizi del consenso invocati).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Sull'annullabilità dell'accordo di separazione consensuale: Cass. 4 settembre 2004, n. 17902; Cass. 29 marzo 2005, n. 6625; Cass. 27 novembre 2007, n. 24321; Cass. 20 marzo 2008, n. 7450; Cass. 30 aprile 2008, n. 10932; Cass. 4 agosto 2021, n. 22270; Cass. 21 marzo 2011, n. 6343; Cass. 9 dicembre 2014, n. 25861; Cass. 11 agosto 2021, n. 22700; Cass. 11 agosto 2022, n. 24687; Trib. Milano 12 maggio 2017; Trib. Caltanissetta 12 febbraio 2016.
-----------------	--

Omissis

Ragioni della decisione

Premesso in fatto che:

1. V.K. [moglie], con atto di citazione ritualmente notificato, conveniva in giudizio innanzi a questo Tribunale M. A. [marito], chiedendo che il Tribunale accertasse e dichiarasse l'annullamento dell'accordo di separazione consensuale intervenuto tramite negoziazione assistita tra i coniugi M.A. e V.K. gradatamente per violenza e/o dolo e/o errore ai sensi degli artt. 1429, 1434 e 1439 c.c. Premetteva l'attrice di aver contratto matrimonio con M. A. il 14.12.2022: che da matrimonio erano nati [due figli]; che all'esito di una vita matrimoniale connotata dal marcato predominio del sig. M. su tutte le scelte relative a qualsiasi ambito familiare - atteso in carattere geloso e possessivo del medesimo -, i coniugi erano entrati irrimediabilmente in crisi: in questa fase la sig.ra V. aveva conosciuto un uomo con il quale intratteneva una affettuosa amicizia; che grazie alla proprie ingenti disponibilità economiche il sig. M. aveva potuto indagare sulla moglie e, sulla base del materiale raccolto, l'aveva posta davanti all'*aut aut* tra l'accettare condizione di separazione dal medesimo predeterminate e imposte, ovvero rovinarla portandole via tutto ed allontanandola dall'affetto dei figli ai quali avrebbe rivelato l'adulterio commesso; che all'epoca la medesima, che ignorava di essere stata ripetutamente tradita dal coniuge, viveva in una condizione di terrore per le conseguenze che il marito minacciava; che nel luglio del 2020 il sig. M. le aveva "buttato sul letto" un foglio scritto in word contenente le condizioni di separazione che prevedevano, tra l'altro, che la medesima lasciasse la casa coniugale di ... a ... [città di residenza della coppia]: se la stessa non avesse accettato le condizioni, ovvero si fosse rivolta ad un legale, il marito si sarebbe rivolto ai migliori avvocati su piazza al fine di ottenere l'affido dei figli, il collocamento presso di sé, l'assegnazione della casa e l'addebito della separazione con conseguente esclusione di ogni contributo economico per il di lei mantenimento; che vista la determinazione del marito, malgrado i tentativi effettuati per persuaderlo a

desistere, la stessa per non pregiudicare i figli, *oborto collo* si vedeva costretta ad accettare il progetto del marito di stipulazione di una separazione lampo da depositare quanto prima in Tribunale: il 15 ottobre 2020 il Sig. M. le inviava via e mail un accordo separativo di negoziazione assistita e, alla richiesta della sig.ra V. di conoscere chi lo avesse confezionato, il Sig. M. evidenziava di averlo fatto scrivere da un avvocato che lavorava nello studio di suo fratello. Sebbene l'accordo non soddisfacesse le esigenze della Sig.ra V., nondimeno il convenuto, reiterando le proprie minacce, chiariva che lo avrebbe trasmesso all'avv.to ..., amico di famiglia, al solo fine della formalizzazione senza possibilità di modifiche o correzioni alcuna; che la medesima, sola e senza l'assistenza di un legale, nell'impossibilità di far ragionare il coniuge e apportare modifiche all'accordo, si vedeva costretta a sottoscrivere l'accordo di negoziazione assistita del 13.1.2021. Evidenziava la convenuta che detto accordo, il cui contenuto era *contra legem* ed estremamente penalizzante per la stessa sotto il profilo economico, era un accordo annullabile perché viziato da errore, dolo e violenza dal momento che sottoscritto sotto la pressione psicologica e le minacce attuate dal marito. La sig.ra V., infatti aveva in tal modo rinunciato alla pronuncia addebito della separazione, al collocamento prevalente della prole presso di sé, all'assegnazione della casa coeguale ed ad un contributo per il mantenimento proprio e dei figli adeguato in rapporto al goduto tenore di vita matrimoniale anche in ragione delle importanti risorse economico finanziarie di cui disponeva il marito e peraltro contenente la cessione in favore del marito dell'immobile di ..., cessione prevista senza corrispondenza di alcun vantaggio in capo alla attrice medesima.

2. Ritualmente costituitosi in giudizio M.A., integralmente contestando la ricostruzione storica della vicenda come proposta dall'attrice, chiedeva in via preliminare che il Tribunale dichiarasse l'inammissibilità delle domande formulate dall'attrice e nel merito e in via principale rigettasse tutte le domande dalla stessa svolte in quanto infondate in fatto ed in diritto accertando la validità dell'accordo di negoziazione assistita del

13.1.2021 con condanna dell'attrice, ex art. 96 c.p.c., comma 1 o 3, al risarcimento del danno cagionatogli dall'instaurazione del presente procedimento da liquidarsi in via equitativa ed in ogni caso in misura non inferiore ad euro 50.000,00; svolgeva peraltro ulteriori domande in via subordinata nel caso di accoglimento della domanda attorea in particolare chiedendo che, allorché il tribunale avesse ritenuto annullabile l'accordo di negoziazione assistita, accertasse che la convenzione medesima era stata oggetto di convalida ex art. 1444, comma 2, c.c. ed in via ulteriormente subordinata che, accertata e dichiarata la nullità per difetto di causa della clausola 9 della richiamata convenzione -che ha previsto la costituzione del diritto di usufrutto in favore della sig.ra V. sull'immobile di ... via ... - che la stessa venisse annullata disponendo ex art. 2932 c.c. il trasferimento del diritto di usufrutto in capo al medesimo Sig. M., che la sig. a V. venisse condannata a restituire tutti gli importi ricevuti a titolo di assegni di mantenimento in forza della clausola 4 oltre all'importo di euro 10.000,00 corrispostole per far fronte alle necessità imprevedute, nonché degli importi riconosciuti per il pagamento della donna di servizio per 9 ore la settimana (clausola 4b).

Evidenziava invero il convenuto l'inammissibilità della domanda, sottolineando che anche allorché le circostanze evidenziate dall'attrice fossero state veritiere, le stesse non avrebbero potuto giustificare e fondare l'annullamento degli accordi di separazione sottoscritti liberamente dai coniugi con l'assistenza di molteplici legali di fiducia di entrambi i coniugi; che in verità era la ricostruzione operata dalla sig.ra V., laddove il soggetto che aveva rinunciato a far valere il giudizio la domanda di addebito era stato proprio il convenuto a fronte della scoperta della relazione istaurata dalla moglie e già nota ai figli, garantendo alla stessa l'intestazione dell'usufrutto di un immobile e un assegno di mantenimento per la stessa a cui, invero, non avrebbe avuto diritto in caso di addebito della separazione. Evidenziava, peraltro, il convenuto la temerarietà dell'azione proposta dall'attrice avendo la stessa peraltro richiesto, all'interno del giudizio di modifica delle condizioni di separazione dal medesimo promosso, in via riconvenzionale una modifica (elevazione ad euro 18.000,00 dell'assegno per il proprio mantenimento) che, presupponendo la validità del titolo, ne ha di fatto determinato la convalida ex art. 1444, comma 2, c.c. con la conseguenza che la presente azione processuale, denotando una condotta dolosa e in ogni caso gravemente colposa dell'attrice, doveva essere censurata non solo con la condanna alla rifusione delle spese processuali ma anche al risarcimento dei danni per lite temeraria.

3. Ritualmente istauratosi il contraddittorio, all'udienza di comparizione personale delle parti del 14.9.2022 la difesa dell'attrice in via preliminare, stigmatizzando il contenuto dell'atto avversario per i toni e per le espressioni irrispettose utilizzate, chiedeva che alla parte convenuta venisse ordinato, ex art. 89, comma 2, c.p.c. di procedere alla cancellazione di espressioni sconvenienti per le quali si riservava altresì di chiedere negli scritti difensivi ulteriore risarcimento del danno;

4. assegnati alle parti i termini per il deposito delle memorie ex art. 183ù, comma 6, nn. 1, 2, 3, c.p.c., il GI con ordinanza del 3.2.2023 rigettava le richieste in via istruttoria orale svolte dalla parte attrice, ammetteva le prove documentali di entrambe le parti e ritenuta la causa matura per la decisione rinviava per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 20.3.2023.

5. All'udienza cartolare del 20.3.2023, precisate dalle parti le conclusioni trascritte in epigrafe, la causa veniva trattata per la decisione con assegnazione dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusioni e delle memorie di replica.

Osservato in diritto che

1) Sulle richieste istruttorie

Anche con le conclusioni in via definitiva svolte, parte attrice ha insistito sull'ammissione delle richieste in via istruttoria formulate.

In proposito ribadisce questo Giudice quanto già rilevato con ordinanza del 3.2.2023 che si ritiene nella presente sede di dover ribadire osservando che le prove orali formulate da parte attrice "*afferiscono a circostanze documentali, pacifiche, valutative, ovvero irrilevanti ai fini della decisione invocata*".

2) Sulla richiesta avanzata in via preliminare da parte attrice ex art. 89 c.p.c.

Con i propri scritti difensivi e con le rassegnate conclusioni parte attrice ha insistito affinché il Giudice ordini alla parte convenuta la epurazione con cancellazione delle frasi ed espressioni sconvenienti contenuti negli scritti difensivi e, nello specifico, delle espressioni analiticamente riportate nella memoria ex art. 183, VI comma, n. 1, c.p.c. quali contenute nella comparsa di costituzione e risposta del Signor M.

La domanda non può trovare accoglimento osservando questo Giudice che le espressioni utilizzate non risultano né offensive né travalicano i limiti della dialettica processuale con la quale, invero, risultano del tutto compatibili essendo volte a far emergere una realtà e a fornire una prospettazione differente da quella assertivamente affermata dalla parte attrice.

3) Sulla domanda attorea di annullamento della negoziazione assistita del 13.1.2021

Giova osservare che con il presente giudizio l'attrice sig.ra V.K. chiede che il tribunale voglia dichiarare "l'annullamento dell'accordo di separazione consensuale tramite negoziazione assistita fra i coniugi M.A. e V.K., gradatamente per violenza e/o dolo e/o errore ai sensi degli artt. 1429, 1434, 1439 c.c.". In altri termini la domanda dell'attrice è diretta a chiedere che si accerti in giudizio "gradatamente" che l'accordo di negoziazione assistita sottoscritto dalle parti è annullabile per violenza e/o dolo e/o errore indicando poi gli specifici riferimenti normativi ossia l'art. 1429 c.c. (errore essenziale), l'art. 1434 c.c. (violenza), l'art. 1439 c.c. (dolo). Sebbene, peraltro, parte attrice anteponga l'espressione "gradatamente" - in ciò volendo porre un ordine secondo il quale l'accertamento e la statuizione chiede sia svolta - peraltro invoca le tre cause di annullamento (ossia i tre vizi del consenso) non in termini di alternatività (e quindi utilizzando la disgiuntiva o) ma sia

in termini di contemporaneità (utilizzando la congiunzione e) sia in termini di alternatività (utilizzando la disgiunzione o). I tre vizi del consenso sono peraltro enunziati chiedendo l'annullamento per violenza e/o dolo e/o errore, ordine che muta con il richiamato normativo effettuato in errore, violenza e dolo.

Non è quindi chiaro, né nel corso del giudizio la domanda è stata meglio chiarita o precisata, se la richiesta sia di accertamento in via gradata per gli specifici vizi del consenso (escluso il primo verificare il secondo e se del caso il terzo), ovvero se gli stessi siano ritenuti dall'attrice tutti contemporaneamente sussistenti e che quindi quella negoziazione assistita sia annullabile perché viziata da violenza, dolo ed errore. Non si tratta, peraltro, di una sofisma, ma della necessità di comprendere - al di là della degli amplissimi scritti difensivi - quale sia il *thema decidendum* e quali siano le domande svolte, non potendosi in via preliminare tacere che diversi sono i presupposti necessari per l'accoglimento della domanda di annullamento per violenza, per dolo o per errore. Al di là dell'indubitabile imprecisione ritiene, peraltro, questo Giudice che la volontà dell'attrice sia quella di chiedere l'annullamento dell'accordo di negoziazione assistita del 13.1.2021 ritenendo la stessa sussistenti tutti e tre i vizi del consenso dalla medesima enunziati, ossia la violenza, il dolo e l'errore.

Nel quadro delle domande ed eccezioni, non può poi tacersi che parte convenuta fin dalla comparsa di costituzione in giudizio ha eccepito l'inammissibilità della domanda attorea dal momento che, a prescindere dalla ritenuta infondatezza nel merito, il contratto annullabile (convenzione di negoziazione assistita) sarebbe stato "convalidato ex art 1444, comma 2, c.c. dal contraente al quale spettava l'azione di annullamento avendovi dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità": la sig.ra V., infatti, resistente nel giudizio di modifica delle condizioni di separazione istaurato dal Sig. M., ha il tale sede chiesto in "via riconvenzionale" l'elevazione dell'assegno a suo favore previsto quale mantenimento. Orbene, l'eccezione appare fondata essendo indubbio che, svolgendo domanda riconvenzionale, l'odierna attrice (resistente nel giudizio ex art. 710 c.p.c.) ha in tal modo confermato la validità del titolo medesimo - accordo di negoziazione assistita - che nella presente sede chiede, invece, di annullare "totalmente" (ossia con riferimento a tutte le clausole della stessa) perché estorta con violenza, fondata su errore essenziale, ottenuta con raggiri.

In tal senso la domanda attorea sarebbe "divenuta" inammissibile essendo peraltro tale inammissibilità intervenuta successivamente alla instaurazione del presente giudizio (per convalida del contratto annullabile operata in altro giudizio), essendo invece ammissibile nel momento della proposizione della domanda (notifica dell'atto di citazione).

Peraltro, e sotto diverso profilo, anche a voler ritenere la domanda svolta ammissibile - come detto lo era al momento in cui il presente giudizio è stato istaurato - nondimeno la domanda è infondata e deve essere rigettata.

Ed invero, alla luce dell'istruttoria documentale svolta, ritiene questo Giudice che la domanda non possa trovare accoglimento non avendo la parte attrice assolto, come era suo onere fare, all'onere probatorio sulla medesima incombente.

Deduce l'attrice che l'accordo di negoziazione assistita sarebbe stato dalla medesima sottoscritto perché frettolosamente imposto dal marito e dalla medesima accettato quale vittima della violenza psicologica e fisica operata dal marito, in assenza di adeguata difesa (e quindi in assenza di possibilità di valutare le clausole sottoposte), temendo un male maggiore ed ingiusto (perdita della casa, dell'affidamento dei figli), sconoscendo i comportamenti pregressi del marito alla medesima sottaciuti (tradimenti e condizioni economiche) che, se conosciuti, non avrebbero determinato l'accettazione dell'accordo ovvero lo avrebbero determinato a condizioni diverse.

Orbene l'assunto attoreo è rimasto privo di adeguato riscontro probatorio.

In particolare ritiene questo Giudice che, ritenute superflue o inammissibili le prove orali dedotte da parte attrice, la domanda non possa essere accolta sulla base delle prove documentali offerte dalla quali, diversamente da quanto assunto dalla sig.ra V., deve ritenersi che: 1) non vi sia prova che l'accordo è stato unilateralmente imposto dal marito, senza possibilità per la sig.ra V. di non accettare le condizioni e con la diffida dal rivolgersi ad un legale di fiducia, risultando al contrario che, antecedentemente alla dedotta eziologia dell'accordo (foglio word del luglio 2020), la V. si era già consultata con un legale per un parere (avv.to ...) quindi verosimilmente si era in odore di separazione; 2) l'accordo, lungi dall'essere istantaneo e frettoloso, ha richiesto un ragionevole margine di tempo per la valutazione e la discussione essendo intervenuto il 13.1.2021 (circa 7 mesi dopo); 3) la sig.ra V., diversamente da quanto affermato in citazione, ha fruito dell'assistenza dell'avv.to ... che ha trattato con la controparte le condizioni dell'accordo ritenendo "non tutelante" per l'assistita la clausola relativa all'usufrutto che, ha ritenuto di non poter accettare invitando la sig.ra V. a rivolgersi ad altro difensore, circostanza di cui ha sicuramente discusso con la propria cliente con la conseguenza che, nel momento in cui la sig.ra V. ha sottoscritto, con altro difensore, il menzionato accordo deve ritenersi lo abbia ritenuto confacente ai propri diritti e interessi (diversamente da quanto aveva ritenuto l'avv.to ...); 4) non vi sono elementi per ritenere che, anche laddove il sig. M. abbia "minacciato" - in assenza di sottoscrizione dell'accordo - di far valere in giudizio l'addebito, richiedendo l'assegnazione della casa e l'affidamento prevalente dei figli e paventando che la sig.ra V. avrebbe perso il diritto all'assegno di mantenimento, abbia agito con violenza minacciando un male ingiusto: la richiesta di separazione giudiziale con addebito, peraltro nel presente contesto in cui le indagini investigative davano conto della relazione extraconiugale di cui anche i figli erano già al corrente, sarebbe risultato atto fisiologico (poi in giudizio il Sig. M. avrebbe dovuto dimostrare anche il nesso di causalità ai fini dell'addebito) e, all'accoglimento della domanda sarebbe

inevitabilmente conseguito il rigetto della richiesta di assegno di mantenimento per la sig.ra V.; 5) malgrado la ricca esposizione narrativa degli scritti di parte attrice, non vi sono date, fatti, episodi circostanziati, da cui poter desumere e assumere l'esistenza di un clima di violenza psicologica, ovvero una situazione di debolezza - minorata difesa - della sig.ra V. rispetto agli assertivamente ritenuti agiti violenti e coazione psicologica del Sig. M.; 6) non vi sono elementi per ritenere che l'attrice, anche per il tramite dei suoi legali ed utilizzando l'ordinaria diligenza, non potesse conoscere delle disponibilità economico finanziarie patrimoniali e reddituali del coniuge; 7) non vi sono adeguati elementi per ritenere che nella trattativa che ha portato all'accordo di negoziazione assistita il sig. M. abbia agito con dolo raggirando la sig.ra V.; 8) non vi sono, infine, elementi per ritenere che l'accordo sottoscritto sia lesivo dei diritti - patrimoniali e non - della sig.ra V. che è divenuta titolare di un diritto reale su un immobile (usufrutto) in luogo dell'assegnazione dalla casa coniugale (diritto di natura obbligatoria) subordinato peraltro alla prevalente permanenza dei figli presso di lei (diritto di cui oggi verrebbe privata attesa la decisione degli stessi di vivere con il padre); 9) non vi sono, infine, elementi per ritenere inique e *contra legem* le ulteriori clausole di cui al più volte richiamato accordo di negoziazione assistita, che - al contrario - deve ritenersi la sig.ra V. abbia liberamente accettato perché corrispondenti ai propri interessi con clausole da leggersi tra loro in maniera coordinata e volte alla composizione bonaria della crisi coniugale.

La domanda attore, quindi, infondata non provata deve essere rigettata.

4) Sulle spese processuali e sulla richiesta di condanna *ex art. 96 c.p.c.*

Alla soccombenza dell'attrice avuto riguardo alla domanda svolta consegue la condanna della medesima alla rifusione, in favore del convenuto, delle spese processuali che, in assenza di note specifiche, si liquidano (valore

indeterminabile, complessità media) in euro 10.860,00 per compensi oltre 15% rimborso forfettario, cpa e iva come per legge.

Ritiene peraltro questo Giudice che nella fattispecie, sussistano i presupposti per la condanna dell'attrice *ex art. 96 comma 1° c.p.c.* avendo la medesima agito nel presente giudizio con colpa grave, laddove ha con citazione consapevolmente affermato di essere stata indotta a sottoscrivere l'accordo in assenza di difensore, laddove di difensori la medesima ha fruito con assoluta libertà, nonché in ragione del comportamento anche processuale assunto e mantenuto avendo proseguito nel presente giudizio per avendo indirettamente ritenuto valido l'accordo svolgendo, nel coevo giudizio *ex art. 710 c.p.c.*, domanda riconvenzionale volta all'elevazione elevazione dell'assegno di mantenimento come previsto nell'accordo di negoziazione assistita, provocando un danno alla serenità del convenuto (anche in ragione delle severe censure mossegli) costretto, in forza delle richieste dell'attrice, all'impegnativo presente giudizio, danno che si ritiene di dover equitativamente liquidare in euro 10.000,00.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1) rigetta La domanda proposta da V.K. nei confronti di M.A.

Condanna V.K. al pagamento in favore di M.A. delle spese processuali che liquida, in assenza di note specifiche, in complessivi euro 10.860,00 per compensi oltre 15% rimborso forfettario, cpa e iva come per legge.

2) Condanna, *ex art. 96 comma 1° c.p.c.*, V.K. al risarcimento del danno che liquida in favore di M.A. in euro 10.000,00.

Omissis

L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta

di Giacomo Oberto (*)

Il Tribunale di Milano ammette, in linea di principio, la possibilità di impugnare, per la presenza di vizi del consenso, l'accordo di separazione personale raggiunto a mezzo di negoziazione assistita; nel merito, però, respinge la domanda perché infondata, non avendo la parte attrice - su cui ricadeva il relativo onere - dimostrato la sussistenza di alcuno dei vizi del consenso invocati. Il presente studio si prefigge di mostrare come tale condivisibile soluzione si iscriva nella tendenza giurisprudenziale e dottrinale a riconoscere natura negoziale (e, per gli aspetti patrimoniali, contrattuale) agli accordi della crisi coniugale. Va considerato, tra l'altro, che tutti i precedenti di legittimità sono nel senso dell'ammissibilità della impugnativa, per vizi del consenso, della separazione consensuale "classica", omologata dal giudice. La sentenza qui in commento "estende", condivisibilmente, tale soluzione all'accordo frutto di un procedimento di negoziazione assistita. Il presente lavoro, dopo aver fornito un

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

inquadramento generale della negoziabilità tra coniugi in crisi, e dopo aver illustrato e commentato i precedenti in merito, si occupa anche dei risvolti in tema di impugnazione del divorzio su domanda congiunta, del quale si vuole qui provare la natura negoziale, con conseguente applicabilità degli stessi principi enunciati in relazione all'impugnativa della separazione consensuale.

The First Instance Court of Milan admits, in principle, the possibility of challenging, for defects in consent, the legal separation agreement reached by means of assisted negotiation. On the merits, however, it rejects the application as unfounded, since the plaintiff - on whom the relative onus probandi fell - had not demonstrated the existence of any of the defects in consent invoked. The present study aims to show how this shareable solution is part of the jurisprudential and doctrinal tendency to recognize that all agreements done within a marital crisis can be considered as "negozi giuridici" (i.e. private acts with legal effects) and, for the patrimonial aspects, as true contracts. Actually, the case-law of the Supreme Court of Cassation (reported in this commentary) supports the idea that, in case of defects in consent, one of the parties can challenge the "classic" consensual separation, homologated by the judge. This judgment of the Milan First Instance Court "extends", in a shareable way, that solution to the agreement resulting from an assisted negotiation procedure. The present study provides a general framework of the negotiation between spouses in crisis, illustrating and commenting on the case-law in this regard. It also deals with the implications on the subject of challenging a divorce issued on joint request of the spouses (by mutual consent), whose nature of "negozio giuridico" appears to be the same as that of the separation agreement. In conclusion, it must be recognized that the same rules and principles applicable to the challenging of consensual separation (be it homologated by the judge, or issued in the framework of a process of assisted negotiation) apply also when the legal action for annulment is directed against a divorce on joint request.

1. Introduzione. Il caso di specie

La decisione qui in commento s'iscrive nell'ampio filone giurisprudenziale che, come si vedrà nei paragrafi seguenti, da alcune decine di anni a questa parte, unitamente alla dottrina ormai maggioritaria, proclama il carattere essenzialmente negoziale della separazione consensuale e (sebbene talora con maggiori sfumature, come si dirà a tempo debito) del divorzio su domanda congiunta. La particolarità del caso, tuttavia, è costituita dal fatto che - a quanto consta, per la prima volta - la fattispecie verte non già su di una "classica" procedura di separazione, perfezionatasi con l'omologa del tribunale, bensì su di un accordo di separazione raggiunto al termine di un procedimento di negoziazione assistita, secondo quanto disposto dall'art. 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014.

Va detto, innanzi tutto, che, nella specie, la moglie aveva iniziato un procedimento contenzioso ordinario al fine di far "accertare e dichiarare [rectius: pronunciare] l'annullamento dell'accordo di separazione consensuale tramite negoziazione assistita fra i coniugi (...), gradatamente per violenza e/o dolo e/o errore ai sensi degli artt. 1429, 1434, 1439 c.c."

Il tribunale ritiene senz'altro ammissibile, in astratto, la domanda, ben potendosi configurare in linea

generale la presenza di vizi del consenso anche in relazione a siffatto tipo di negozio, ma la rigetta nel merito, irrogando inoltre una pesante e salutare condanna (sicuramente sacrosanta, in un caso del genere!) ex art. 96 c.p.c. per il vero e proprio "abuso del processo" perpetrato con la proposizione di una domanda *ictu oculi* così infondata.

In primo luogo il giudice rileva come l'eventuale annullabilità del negozio separatizio sarebbe comunque ormai preclusa dall'intervenuta convalida, ex art. 1444 cpv. c.c. ("chi di negoziabilità ferisce, di negoziabilità perisce", verrebbe ironicamente da dire...). Ed invero, la stessa parte che invocava l'annullamento aveva nel frattempo, in separato procedimento, chiesto al tribunale di modificare quelle stesse condizioni della separazione, domandando, secondo quanto emerge dalla motivazione della sentenza qui commentata, "l'elevazione dell'assegno a suo favore previsto quale mantenimento". Ora, la proposizione di tale domanda viene giustamente considerata alla stregua di uno di quegli atti con i quali "il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità", secondo quanto disposto dall'art. 1444 cpv. cit.

Il tribunale affronta però anche, *ad abundantiam*, nel merito, il tema dell'eventuale sussistenza di vizi del consenso, negandola, per evidente difetto di prova sulle circostanze addotte, tra cui, ad esempio, quella

secondo cui la moglie non avrebbe neppure avuto modo di mostrare la bozza di accordo al proprio legale. Condizione, questa, clamorosamente smentita dal fatto che, nel corso dei ben sette mesi intercorsi tra la presentazione della bozza alla moglie e la firma dell'accordo, la detta bozza era stata studiata dal legale della moglie all'epoca, che - secondo le parole della sentenza qui in commento - aveva "trattato con la controparte le condizioni dell'accordo ritenendo 'non tutelante' per l'assistita la clausola relativa all'usufrutto", invitando quindi la propria assistita a rivolgersi ad altro difensore. Circostanza, quest'ultima, di cui il legale aveva sicuramente discusso con la propria cliente, con la conseguenza che, nel momento in cui la moglie aveva sottoscritto, con altro difensore, il menzionato accordo, doveva ritenersi lo avesse ritenuto confacente ai propri diritti e interessi.

Al di là di questo specifico elemento, comunque, il tribunale rileva come, "non vi sia prova che l'accordo è stato unilateralmente imposto dal marito, senza possibilità per la [moglie] di non accettare le condizioni e con la diffida dal rivolgersi ad un legale di fiducia, risultando al contrario che, antecedentemente alla dedotta eziologia dell'accordo, la [moglie] si era già consultata con un legale per un parere (...); l'accordo, lungi dall'essere istantaneo e frettoloso, ha richiesto un ragionevole margine di tempo per la valutazione e la discussione essendo intervenuto il 13.1.2021 (circa 7 mesi dopo)".

In ogni caso, sempre ad avviso della decisione qui in commento, "malgrado la ricca esposizione narrativa degli scritti di parte attrice, non vi sono date, fatti, episodi circostanziati, da cui poter desumere e assumere l'esistenza di un clima di violenza psicologica, ovvero una situazione di debolezza - minorata difesa - della [moglie] rispetto agli assertivamente ritenuti agiti violenti e coazione psicologica del [marito]; non vi sono elementi per ritenere che l'attrice, anche per il tramite dei suoi legali ed utilizzando

l'ordinaria diligenza, non potesse conoscere delle disponibilità economico finanziarie patrimoniali e reddituali del coniuge; non vi sono adeguati elementi per ritenere che nella trattativa che ha portato all'accordo di negoziazione assistita il [marito] abbia agito con dolo raggirando la [moglie]; non vi sono, infine, elementi per ritenere che l'accordo sottoscritto sia lesivo dei diritti - patrimoniali e non - della [moglie], che è divenuta titolare di un diritto reale su un immobile (usufrutto) in luogo dell'assegnazione dalla casa coniugale (diritto di natura obbligatoria)".

2. Accordi di separazione e teoria del negozio giuridico familiare

Come detto sopra, la sentenza qui in esame non rappresenta che l'ultima voce di un filone giurisprudenziale (ma anche dottrinale) che non esita a ricondurre la separazione consensuale (così come, del resto, il divorzio su domanda congiunta) nel ben più ampio alveo dei negozi giuridici familiari. Lo sviluppo della negozialità nell'ambito della famiglia ha inizio - per lo meno nei tempi meno remoti (1) - con il tramonto della "concezione istituzionale", autorevolmente propugnata in Italia dal Cicu agli inizi del secolo scorso (2); idea, questa, quanto mai distante da quella della libertà contrattuale, dal momento che vedeva l'istituzione familiare come organizzata gerarchicamente e sottoposta al potere del capo, ciò che appare incompatibile con la figura del contratto, che, per definizione, presuppone la presenza di soggetti posti su di un piano di parità.

È ormai noto che il passaggio dalla "concezione istituzionale" a quella "costituzionale" della famiglia (3), operatosi dopo la caduta del regime fascista, vede quale significativa tappa un importante articolo di Francesco Santoro-Passarelli, pubblicato per la prima volta nel 1945, dal titolo *L'autonomia privata nel diritto di famiglia* (4). In tale contributo l'insigne

(1) Per riferimenti storici alla negozialità tra coniugi in crisi nel diritto romano e intermedio cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 66 ss.; Id., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, Nota a Cass. Civ. 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, 1306 ss. Sul tema dei patti relativi alla dote in diritto romano v. poi anche Magagna, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova, 2002, *passim*.

(2) Su tale concezione v., anche per gli ulteriori rinvii, Sesta, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Lettura di Michele Sesta, *Momenti del pensiero giuridico moderno. Testi scelti a cura di Pietro Rescigno*. Redattore Enrico Marmocchi, Sala Bolognese, 1978, 1 ss., 47 ss.; cfr. inoltre, per ulteriori richiami alle opere del Cicu e agli Autori intervenuti nel dibattito sulla

"concezione istituzionale" della famiglia, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 103 ss.; Verde, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003, 1 ss.

(3) Sul tema cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 116 ss.; Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 437 ss.; Scalisi, *Le stagioni della famiglia dall'unità d'Italia a oggi*, Parte prima, *Dalla "famiglia-istituzione" alla "famiglia-comunità": centralità del "rapporto" e primato della "persona"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1043 ss.

(4) Santoro-Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss. (già in *Dir. giur.*, 1945, 3 ss.). Per un'illustrazione del pensiero di tale Autore cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 113 ss.; per una successiva riscoperta dello scritto di Santoro-Passarelli cfr. anche Zoppi, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 213 ss.

civilista, oltre a ricondurre alla categoria generale del negozio giuridico singoli istituti familiari, contraddistinti dalla presenza di manifestazioni di volontà, teorizzava la configurabilità di un istituto di carattere unitario, il negozio giuridico familiare, come vero e proprio atto di autonomia privata (5).

Il superamento della “concezione istituzionale” della famiglia e l’affermazione della teoria del negozio giuridico familiare sono dovuti del resto anche ai mutamenti che la stessa nozione di negozio giuridico in generale ha conosciuto.

Come già ricordato in altra sede (6), si potrà partire dalla considerazione di quell’autorevole ammonimento di Kelsen, secondo il quale non esisterebbe nel diritto privato “una completa autonomia”, atteso che è pur sempre il diritto oggettivo a stabilire che il contratto “produce diritto, così che la determinazione giuridica proviene in ultimo termine da questo diritto oggettivo, non già dai soggetti giuridici che vi sono sottoposti” (7). Peraltro, la

sopravvivenza della figura del negozio giuridico a constatazioni, pur corrosive, quali quella sopra ricordata di Kelsen, si spiega alla luce della capacità di adattamento della stessa alle idee dei tempi moderni. Come esattamente osservato (8), “nella nostra cultura l’idea della disponibilità degli effetti e della loro commisurazione al contenuto della volontà è andata perdendo progressivamente di importanza, essendo ormai adusi, nel più profondo livello culturale, alla eterointegrazione, ad opera della legge, degli effetti previsti dalle parti, o alla non disponibilità degli stessi effetti” (9).

Quanto detto vale poi, in particolare, per il negozio giuridico familiare, figura che, ritagliata sotto il vigore del c.c. 1865 su alcuni (pochi) negozi evidentemente caratterizzati dall’assenza della patrimonialità: matrimonio, adozione, legittimazione, emancipazione (10), ha finito con l’assumere una valenza ben più ampia. Già la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice civile (n. 602) lasciava chiaramente aperta la

(5) Cfr. Santoro-Passarelli, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 381 ss. Tenta invece di sminuire l’importanza e l’innovatività del contributo di Santoro-Passarelli E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, Artt. 159-166-bis, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2004, 31 s., il quale asserisce che la proposta applicazione ai negozi giuridici familiari delle disposizioni codicistiche di cui alla parte generale del contratto non implicherebbe un superamento delle posizioni di Cicu, ma si limiterebbe ad indicare l’“adozione di una nozione più ampia di negozio giuridico”. Peraltro, per confutare tali osservazioni, sarà sufficiente pensare al carattere sicuramente rivoluzionario della (da Santoro-Passarelli) proposta tendenziale applicazione al negozio giuridico familiare della disciplina generale del contratto. E tanto basta per segnare un decisivo “salto di qualità”, una netta rottura rispetto al passato, che avrebbe generato negli anni a seguire una sterminata messe di frutti nel campo della negozialità tra coniugi, come dimostrato nel testo.

(6) Oberto, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di Vincenzo Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, II ed., Milano, 2022, 95 ss.

(7) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Traduzione di R. Treves, Einaudi, s.l., 1956, 57. Si deve però registrare al riguardo la persistenza di una larga convergenza dottrinale e giurisprudenziale sull’ammissibilità di tale figura: cfr. - tra i contributi comparsi, o ricomparsi, più di recente - oltre agli Autori che verranno citati in questo par., G.B. Ferri, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, 74 ss., duramente critico nei confronti della “moda” che “alla fine degli anni Settanta (dello scorso secolo, n.d.a.)” negava con “spensierata sicurezza” la valenza ricostruttiva della categoria concettuale del negozio giuridico; Pugliatti, *I fatti giuridici*, Revisione e aggiornamento di A. Falzea, Milano, 1996, 55 ss. Per una sintesi in chiave critica delle varie posizioni cfr. Galgano, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.; Mirabelli, *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.; Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, 8 ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, 27 ss.; per un’eco della disputa tra le varie concezioni in materia, con i suoi risvolti sulle voci in tema di negozio giuridico dell’*Enciclopedia del diritto*, v. anche Lipari, *Presentazione del volume di Giuseppe Mirabelli “L’atto non negoziale nel diritto privato italiano”*, in *Corr. giur.*, 1998, 595 s.; per ulteriori richiami cfr. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in AA.VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, a

cura di G. Fuccillo, Milano, 1997, 23 s.; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia*, in AA.VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2001, 25 ss.

(8) E. Russo, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti “matrimoniali” di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l’applicazione dell’Accordo 18 febbraio 1984 tra l’Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989, 1084.

(9) “L’elemento costituito dalla (totale) disponibilità degli effetti può essere considerato inidoneo per la costruzione del concetto di negozio, perché troppe sono ormai le deroghe che nell’ordinamento un tale elemento subisce; ed inoltre sempre più numerosi sono gli effetti (non voluti, o comunque non presenti nella rappresentazione delle parti) con i quali l’ordinamento integra il rapporto” (cfr. E. Russo, *op. loc. ultt. citt.*). Si noti poi ancora che la figura in esame - e sia consentito qui ribadirlo (cfr. Oberto, *Le cause in materia di obbligazioni*, Milano, 1994, 215) - è stata presa espressamente in considerazione anche dal nostro Legislatore. Non ci si intende qui riferire, ovviamente, al richiamo di cui all’art. 1324 c.c., richiamo implicito, e per questo contestato, sebbene inequivocabile (cfr. per esempio la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice, n. 602). Si vuole invece ricordare l’esplicita menzione del negozio giuridico contenuta nell’art. 17, L. n. 52/1985, ai sensi del quale “ciascuna nota [di trascrizione, iscrizione o annotazione] non può riguardare più di un negozio giuridico o convenzione oggetto dell’atto di cui si chiede la trascrizione, l’iscrizione o l’annotazione”. A ciò s’aggiungano, come pure rilevato in dottrina (cfr. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 24, nt. 88), gli artt. 1, comma 5 e 12, comma 1, D.L. n. 8/1991 (convertito con modifiche nella L. n. 82/1991, “Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione”) e l’art. 7, comma 1, L. n. 310/1993 (“Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali”), ove si discorre, rispettivamente, di “negozi giuridici” e di “atto negoziale”. Certo, nulla di paragonabile a quel *Dritter Abschnitt* che il primo libro del *BGB* consacra integralmente ai *Rechtsgeschäfte*. Ma allorché il Legislatore cita per nome e cognome una figura su cui tanto inchostro s’è versato, attribuendovi, per giunta, determinati effetti, sembra a chi scrive che di riconoscimento a livello legislativo dell’istituto non possa più farsi a meno di parlare.

(10) Cfr. per es. Pacchioni, *Delle leggi in generale e della loro retroattività e teoria generale delle persone, cose e atti giuridici*, Padova, 1937, 403; Messineo, *Manuale di diritto civile e*

porta ad un'applicazione - ancorché non diretta - ai negozi familiari delle disposizioni in materia di contratto, prospettando un'interpretazione tesa ad attribuire una "portata espansiva" alle norme stabilite per i contratti facente perno sull'art. 1324 c.c. Negli anni successivi, poi, si sono moltiplicate le voci, anche autorevoli, nel senso dell'estensibilità della disciplina contrattuale al di fuori del diritto patrimoniale, nonostante la limitazione desumibile dall'art. 1324 c.c. Tra queste voci si colloca, appunto, quella di Santoro-Passarelli nel suo già citato scritto in materia di autonomia privata nel campo familiare, il quale rilevava testualmente quanto segue: "Il codice civile non contiene una disciplina generale del negozio giuridico, la quale può però ricavarsi dalle sue norme, essendo evidente che le norme sui contratti, 'in quanto compatibili', siano suscettibili di applicazione non solo agli 'atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale' (art. 1324 c.c.), ma al negozio giuridico anche fuori del diritto patrimoniale. A ciò è da aggiungere che la figura del negozio giuridico nel diritto familiare è *supposta* dal codice (e la sua utilizzazione s'impone perciò all'interprete), poiché in esso si fa richiamo a nozioni *caratteristiche* del negozio, come i vizi della volontà (articoli 122, 265 c.c.), le modalità, quali il termine e la condizione (articoli 108, 257 c.c.), l'irrevocabilità o la revocabilità dell'atto (articoli 256, 298, c. 2, c.c.), la sua invalidità (artt. 117 ss., 263 ss. c.c.)" (11).

commerciale, I, Milano, 1946, 270; De Ruggiero - Maroi, *Istituzioni di diritto civile*, I, Principato, 1965, 100; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 181 s.

(11) Cfr. Santoro-Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 382 s.; v. inoltre Gangi, *Il matrimonio*, Torino, 1969, 28 s.; *contra* Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 16 s.; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 182; per l'applicabilità, di volta in volta, ai negozi giuridici familiari dei principi contrattuali "congrui con l'atto di autonomia familiare posto in essere" cfr. Bianca, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, Milano, 1981, 18.

(12) Fondamentale al riguardo per i particolari profili dei rapporti patrimoniali tra coniugi lo studio di Bin, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, Torino, 1971. L'argomento è stato poi anche sviluppato da Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 121 ss.; Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 432 ss.; Marella - Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari, 2014, 10 ss.

(13) Sulla funzione della famiglia nel quadro istituzionale v. per tutti Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 3 ss.; Bessone, *Rapporti etico-sociali (artt. 29-31)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, 1 ss.; con specifico riguardo ai rapporti patrimoniali tra coniugi cfr. Bin, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, cit., 318 ss.; Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 140 ss.; Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 150 ss.; Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 168 ss.; Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, 153 ss. Per una panoramica più recente circa l'evoluzione dei principi fondamentali del

3. La negoziabilità tra coniugi in crisi nella "concezione costituzionale" della famiglia

La concezione del negozio giuridico familiare come strumento di ampliamento dell'autonomia dei coniugi, nata - come si è visto - alla fine dell'ultima guerra, venne ben presto ad inquadrarsi nei principi accolti dalla Costituzione repubblicana, che gettò le basi per un totale sovvertimento dell'ottica in cui si collocava la "concezione istituzionale" della famiglia. In questo già ricordato passaggio da una "concezione istituzionale" ad una "concezione costituzionale" della famiglia, l'istituto familiare veniva ora fondato sui principi d'uguaglianza e di pari dignità dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost.) (12), mentre la posizione del singolo in seno alla comunità familiare veniva tutelata dalla regola della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo anche all'interno di quelle formazioni sociali in cui esso, secondo quanto stabilito dall'art. 2 Cost., "svolge la sua personalità" (13). Questa accentuata attenzione per la tutela del singolo e - conseguentemente - dell'autonomia dei privati all'interno della comunità familiare trovò quindi i suoi ulteriori sviluppi sul piano della legislazione ordinaria, attraverso alcuni interventi della Corte costituzionale, l'introduzione del divorzio e la riforma del 1975 (14). Per quanto attiene alle decisioni della Consulta basti ricordare, *in primis*, l'impatto, sul piano sistematico, dell'abolizione del divieto di dona-

diritto di famiglia alla luce dei canoni costituzionali cfr. Cattaneo (agg. Dossetti), *La famiglia nella Costituzione*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia. I. Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da Bonilini - Cattaneo e continuato da Bonilini, Torino, 2007, 18 ss.; Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, Diretto da Zatti, Volume primo, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, I, II ed., Milano, 2011, 12 ss.; Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 567 ss.; Id., *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2022, 7 ss..

(14) Sottolinea il rilievo che la legge sul divorzio ha avuto in relazione al tramonto della concezione istituzionale del matrimonio anche Lipari, *Il matrimonio*, in AA.VV., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere - Granelli, Padova, 1996, 8; per un'illustrazione dell'evoluzione che ha portato l'autonomia negoziale a divenire un "criterio determinante nell'ambito della famiglia" cfr. Rescigno, *I rapporti personali fra coniugi*, in AA.VV., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., 25 ss., 34 ss.; sul tema v. anche Quadri, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 229 ss. Per i richiami alla dottrina che da tempo ha espressamente aderito all'orientamento che nega l'esistenza di un interesse superiore della famiglia, esaltando il ruolo dell'autonomia dei coniugi v. per tutti Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1037, nt. 18; per una persuasiva confutazione della tesi della soggettività giuridica della famiglia e dell'esistenza in questa di interessi "superindividuali" v. poi anche Barcellona, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 782 ss.; *contra*, per una riaffermazione dell'esistenza di un interesse,

zioni tra coniugi (15). A questa storica decisione della Corte costituzionale potranno poi anche affiancarsi quelle tendenti a ricondurre le convenzioni matrimoniali al campo contrattuale (16) e ad estendere alla separazione consensuale alcune disposizioni dettate con riguardo alla separazione giudiziale (17). Gli effetti sul piano sistematico, poi, dell'introduzione del divorzio (18), sulla scia di risalenti e rilevanti esperienze straniere (19), sono più che evidenti. Basti ricordare l'insistenza con la quale la concezione istituzionale della famiglia aveva fatto richiamo alla regola dell'indissolubilità, per dimostrare l'impossibilità di ricondurre il matrimonio (oltre che gli altri istituti familiari) al concetto di atto di manifestazione di volontà sulla falsariga del paradigma contrattuale (20). Inoltre, la possibilità della cessazione degli effetti civili del matrimonio impone di ripensare la materia in una diversa prospettiva: è infatti concepibile la successione di differenti famiglie nel tempo, facenti capo agli stessi

individui. L'intreccio dei rapporti è dunque tale che non è possibile, nemmeno logicamente, far luogo ad una completa regolazione imperativa di legge, e conseguentemente aumenta lo spazio lasciato all'autoregolamento dei privati (21). All'introduzione del divorzio nel 1970 fece eco, come noto, cinque anni dopo, la complessiva riforma del diritto di famiglia. Al riguardo, uno dei pochi punti che hanno visto concordi gli interpreti è costituito proprio dalla constatazione dell'incrementato rilievo che la negozialità è venuta ad assumere nel campo familiare, tanto che, per constatazione unanime, l'accordo è ormai lo strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti familiari (22). Proprio in questa regola la dottrina coglie un segno della "privatizzazione" del diritto di famiglia (23) ed il superamento della concezione pubblicistica che, come si è visto, voleva le posizioni individuali dei singoli orientate al raggiungimento di interessi superiori o "pubblici" (24). Quanto sopra

nella famiglia, trascendente quello dei singoli componenti e dunque - in buona sostanza - "superiore", Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 7 ss., secondo cui persino l'uso dell'espressione "autonomia privata" sarebbe inaccettabile nel campo familiare.

(15) Corte cost. 27 giugno 1973, n. 91. L'argomento è giustamente enfatizzato anche da Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 12, 182 s., nonché da Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 215. Secondo il primo dei due Autori qui citati "L'abrogazione del divieto è ricca di implicazioni perché rende 'automaticamente' legittima ogni attività negoziale tra coniugi (...) e ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona": cfr. Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 182 s. Prima ancora, negli stessi termini, cfr. Sacco, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in Carraro - Oppo - Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 334.

(16) Cfr. per i richiami Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 143 ss.

(17) Cfr. in particolare Corte cost. 31 maggio 1983, n. 144; Corte cost. 19 gennaio 1987, n. 5; Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 186; Corte cost. 6 luglio 1994, n. 278.

(18) Sul tema si v. ad es. il numero monografico dedicato da questa Rivista, 2021, 1 ss. ai cinquant'anni della legge sul divorzio e in particolare i contributi di Quadri, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi*, ivi, 7 ss. e di Sesta, *Mezzo secolo di riforme (1970-2020)*, ibidem, 17 ss.

(19) Su cui per una panoramica si fa rinvio a Oberto, *Il divorzio in Europa*, in questa Rivista, 2021, 112 ss.

(20) "Io non vedo come possa parlarsi di un'autonomia della volontà riconosciuta dalla legge nel matrimonio, di fronte al principio dell'indissolubilità che con quell'autonomia e con l'interesse individuale degli sposi è assolutamente inconciliabile" (Cicu, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, 165; Id., *Matrimonium seminarium rei publicae, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna, tenutavi il giorno 6 dicembre 1919*, ivi, 201).

(21) Così Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 70.

(22) Così, tra i tanti, Cian, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in Carraro - Oppo - Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 47 ss.; Santoro-Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, 221 ss.; Zatti - Mantovani, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, Padova, 1983, 382; E. Russo, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 221 ss.; D'Anna, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, Nota a Cass. Civ. 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. not.*, 1984, II, 595; Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1988, 602 ss.; Mantovani, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, ad vocem, 28; Bocchini, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, 35 ss.; Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 7; Rescigno, *I rapporti personali fra coniugi*, in AA. VV., *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., 33 ss.; E. Russo, *Negozi familiari e procedimenti giudiziari attributivi di efficacia*, Nota a Trib. Prato 25 ottobre 1996, in *Dir. fam.*, 1997, 1056 ss.

(23) Così E. Russo, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 45 ss.; Id., *Negozi giuridici e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1081; Id., *Negozi familiari e procedimenti giudiziari attributivi di efficacia*, cit., 1056; nota la "tendenza ad una maggiore valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi" anche Briganti, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. not.*, 1997, I, 2 (anche in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, cit., 33 ss.); sul tema della "privatizzazione del diritto di famiglia" cfr. anche Quadri, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 229 ss.; Zatti, *Famiglia, familiae - Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 9 ss., 28 ss.

(24) Alpa - Ferrando, *Se siano efficaci - in assenza di omologazione - gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono*

ricevette ulteriore conferma dall'introduzione nel 1987 del divorzio su domanda congiunta, del cui carattere prettamente negoziale non pare lecito dubitare (25), ancor più dopo l'introduzione del c.d. "divorzio breve" e della "degiurisdizionalizzazione" della crisi coniugale, operata con l'istituto della negoziazione assistita.

La stessa Corte di cassazione, addirittura dai primi anni Novanta del secolo scorso, non esita ormai a richiamare sempre più spesso *expressis verbis* la regola dell'autonomia negoziale nelle materie legate ai rapporti tra coniugi in crisi (26). A quest'evoluzione giurisprudenziale, compiutasi - come si vedrà - non senza contraddizioni (basti ricordare le persistenti reticenze sul fronte del tema della disponibilità degli assegni di separazione e divorzio e degli accordi conclusi in sede di separazione ma in vista del futuro divorzio), ha fatto da *pendant* un'evoluzione altrettanto tormentata e complessa dal punto di vista dottrinale.

Così, già nel 1967, vigente il regime di indissolubilità del vincolo matrimoniale, quella stessa autorevole dottrina che solo dieci anni prima aveva definito la famiglia come "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto" (27), valutando un accordo diretto alla predeterminazione delle conseguenze dell'annullamento del matrimonio, individuava proprio nel principio della autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) il fondamento di una siffatta pattuizione, rilevando come in questo caso sia "palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti,

se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche" (28).

Neanche un decennio più tardi una delle più celebri monografie in materia di contratto affermava che "Necessità pratiche e progresso civile esigono che, *de iure condendo*, e, per quanto possibile, *de iure interpretando*, si rivalutino questi patti regolatori di rapporti di famiglia, o associativi, e così via", aggiungendo che "guardando lontano, si potrebbero immaginare scelte pattizie della regola sulla dissoluzione del matrimonio, sul governo della famiglia, sul cognome dei coniugi" (29). Lo stesso principio veniva contemporaneamente enunciato addirittura in una dei più autorevoli manuali istituzionali (30).

4. La più recente evoluzione sull'applicabilità delle regole contrattuali ai negozi separati e divorzi

Nel corso degli ultimi decenni il richiamo alle regole in tema di autonomia contrattuale è andato via via infittendosi, specie sull'onda dell'autorevole constatazione per cui, anche nel campo dei rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi), "ove tra le parti si convenga l'attribuzione di diritti e l'assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non parrebbe contraddire alla definizione dell'art. 1321 c.c. la qualificazione di 'contratto'" (31).

modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 505 s.

(25) V. *infra*, par. 8 e 9.

(26) A titolo d'esempio potranno qui ricordarsi un paio di decisioni (Cass. Civ. 24 febbraio 1993, n. 2270; Cass. Civ. 22 gennaio 1994, n. 657, su cui v. *infra*, par. 4), nelle quali la Corte Suprema rende omaggio al principio in esame, riconoscendone espressamente il peso nella materia dei rapporti tra coniugi in crisi; per un'analisi di tali "sentenze gemelle" (emesse dallo stesso illustre e compianto relatore ad un anno di distanza l'una dall'altra, ma con motivazione pressoché identica), cfr. Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 250 ss.; nella stessa ottica cfr. anche, ad es., la motivazione di Cass. Civ. 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774.

(27) Jemolo, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in AA.VV., *"Verso la terra dei figli"*, Milano, 1994, 69.

(28) Jemolo, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 530.

(29) Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, 493 s.

(30) Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, 274: "Ma negozi atipici sembrano ammissibili anche nell'area degli interessi non patrimoniali, se pensiamo ai patti che possono accompagnare il divorzio o la separazione (per quest'ultima come negozi autonomi, o incorporati nell'accordo che viene omologato dal tribunale in sede di separazione consensuale)".

(31) Rescigno, *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*, 10; per analoghe considerazioni cfr. E. Russo, *Negozi giuridici e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1092; Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass. Civ. 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1326; L. Rubino, *Gli accordi familiari*, in *Giur. Sist. Bigiavi, I contratti in generale*, diretto da Alpa - Bessone, II, 2, Torino, 1991, 1160 ss.; Busnelli - Giusti, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in *Rapports nationaux italiens au XIV^e Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1994, 93 s.; G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 378 ss., 406 ss.; Ead., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, 89 ss.; Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 56 ss., 63 ss.; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit., 1106 ss. Per la dottrina contraria, pervicacemente aggrappata all'idea (contraria tanto al testo quanto allo spirito delle norme vigenti) di una sorta di immanenza del ruolo del giudice nei rapporti - consensuali - patrimoniali tra coniugi in crisi, si fa rinvio agli Autori citati nell'analisi critica svolta in Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 103 ss., 129 ss., 411 ss.

Del resto, dopo la prima elaborazione delle regole qui in discorso nella monografia sui contratti della crisi coniugale (1999) (32), si deve constatare che le tesi dello scrivente hanno ricevuto un poderoso avallo da un'importante decisione di legittimità del 2014 (33), che, riprendendo e riportando testualmente numerosi rilievi della citata monografia, ha proclamato *apertis verbis* che "Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure in caso di precisazioni comuni che concludano e trasformino il procedimento contenzioso di separazione e divorzio, si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale (tra le altre, Cass. n. 17607 del 2003), che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto" (34). Sul versante dottrinale, gli ultimi due o tre decenni hanno visto una ripresa d'attenzione da parte degli Autori favorevoli all'espansione della negozialità, mediante approfondimenti di temi di carattere generale, quali, per esempio, quello dei rapporti tra autonomia privata e "causa familiare" (35) o tra autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari in genere (36), oppure sui contratti della crisi coniugale o familiare (37), ovvero attraverso studi settoriali, quali

quelli sulle convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio (38), sulla disponibilità dell'assegno *ex art.* 5 l. div. (39), sui trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio (40), sulla rilevanza del consenso nella separazione consensuale ed in quella di fatto (41), su taluni aspetti dei rapporti tra separazione consensuale e i possibili contratti tra coniugi (42) e così via. Lo stesso può dirsi per la giurisprudenza, particolarmente per quella di legittimità, a partire quanto meno dagli anni Novanta del secolo scorso. Così, a parte le già citate "sentenze gemelle" del 1993 e del 1994 (43), possiamo come segue sintetizzare le innumerevoli prese di posizione sul punto circa l'estensione della disciplina contrattuale ai negozi e contratti della crisi coniugale, con l'affermazione dell'applicabilità:

a) dell'art. 1322 c.c. agli accordi preventivi tra coniugi in materia di conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio (44),
b) della disciplina contrattuale nel suo complesso (art. 2932 c.c. compreso) ai trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale tra coniugi (45),

(32) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 709 ss.; *Id.*, *Contratto e famiglia*, cit., 231 ss., 265 ss.; v. inoltre Olivero, *Contratti tra coniugi e revoca dell'assenso alla separazione consensuale*, Nota a Cass. Civ. 6 febbraio 2009, n. 2997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 794 ss. *Contra* (ma con posizione ormai decisamente isolata), nel senso dell'asserita impossibilità di utilizzare la figura del contratto in relazione ai rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi, Torsello Fabbri, *Inapplicabilità dell'art. 1427 c.c. agli accordi di separazione consensuale*, Nota a Trib. Napoli 16 ottobre 1996, in questa *Rivista*, 1997, 355 ss.

(33) Cfr. Cass. Civ. 20 agosto 2014, n. 18066, in questa *Rivista*, 2015, 357, con nota di Filaurò.

(34) Più oltre, la decisione continua rilevando che "l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto. Ma, anche se esso non si configurasse come contratto, all'accordo stesso sarebbero sicuramente applicabili alcuni principi generali dell'ordinamento come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici (ad es. relativi ai vizi di volontà, del resto richiamati da varie norme codicistiche in materia familiare dalla celebrazione del matrimonio al riconoscimento dei figli nati fuori di esso)". Sul tema della causa cfr. poi anche Cass. Civ. 25 ottobre 2019, n. 27409, che si colloca decisamente nel filone di quelle decisioni di legittimità che, accogliendo la tesi proposta anni fa dallo scrivente, riconoscono negli accordi di separazione consensuale la presenza di una causa tipica.

(35) Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, loc. cit.; Palmeri, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, *passim*, 30 ss.; Fadda, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1188 ss.

(36) Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., *passim*.

(37) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, cit. V. anche Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 43 ss.; Donadio, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020, *passim*.

(38) Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, 105 ss. (e sul tema v. anche gli Autori citati in Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 274 ss.).

(39) Cfr. Carbone, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, Nota a Cass. Civ. 22 gennaio 1994, n. 657, in questa *Rivista*, 1994, 141 ss.

(40) Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 155 ss.; *Id.*, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, *passim*. Per una successiva analisi, cfr. anche T.V. Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; nonché gli Autori citati in Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 340 ss.

(41) Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit.

(42) G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., *passim*.

(43) V. *supra*, par. 3.

(44) Cass. Civ. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, 822 con nota di Lombardi; in *Giur. it.*, 1993, I, 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.

(45) Sul tema in generale si fa rinvio a Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 340 ss. (constatazioni identiche a quelle di cui al testo sono rinvenibili anche in G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., 378 s.; Longo, *Trasferimenti immobiliari a scopo di mantenimento del figlio nel verbale di separazione*:

c) della disciplina contrattuale nel suo complesso agli accordi non omologati modificativi di precedenti intese (ovvero delle condizioni dettate dal giudice), anche per quanto concerne le pattuizioni concernenti la prole minorenni (46),
d) della disciplina della transazione tra coniugi in crisi (47),
e) dei principi in tema di formazione del consenso contenuti agli artt. 1326-1328 c.c. all'accordo di riconciliazione (48),
f) dell'art. 1371 c.c. ad una "convenzione accessoria alla sentenza di divorzio" (49),

g) delle norme, più in generale, in tema di interpretazione del contratto ad una pattuizione a latere rispetto all'accordo di separazione omologato (50),
h) degli artt. 1362 ss. c.c. ad un accordo, ritenuto perfettamente valido ed efficace, prodromico ad una consensuale non concretizzata (51),
i) degli artt. 1362 ss. c.c. alle stesse intese di separazione consensuale (52),
l) delle norme in tema di simulazione, pur se con una serie di *distinguo*, come in altra sede illustrato (53), alle intese separatizie o divorzili,

causa, qualificazione, problematiche, Nota a App. Genova 27 maggio 1997, in *Dir. fam.*, 1998, 576). Quanto sopra già a cominciare da quel *leading case* risalente al 1972 (Cass. Civ. 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1973, I, 221; *ivi*, 1974, I, 173, con nota di Bergamini), che pure all'epoca aveva suscitato le (ingiustificatamente) preoccupate reazioni di parte della dottrina (cfr. Liserre, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 475 ss.). Per continuare, poi, nel 1984, con il caso in cui i supremi giudici invocarono proprio il principio in esame al fine di ammettere la validità dell'impegno con il quale uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, aveva promesso di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile, anche se tale sistemazione dei rapporti patrimoniali era avvenuta al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale in sede di omologa (cfr. Cass. Civ. 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922), per culminare con la decisione con cui la Corte Suprema (Cass. Civ. 15 maggio 1997, n. 4306, in questa *Rivista*, 1997, 417, con nota di Caravaglios; in *Riv. not.*, 1998, II, 171, con nota di Gammone), accogliendo la tesi avanzata dallo scrivente, ha ribadito la legittimità di trasferimenti operati con efficacia reale nello stesso accordo di separazione, riconoscendo al relativo verbale la natura di atto pubblico idoneo alla trascrizione sui pubblici registri immobiliari: cfr. Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., 155 ss.; *Id.*, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 85 ss.; *Id.*, *Contratto e famiglia*, cit., 340 ss. Decisione, quest'ultima, suggellata nel 2021 da un intervento delle Sezioni Unite: cfr. Cass. Civ., SS.UU., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Riv. not.*, 2021, 1140, con nota di Torroni; in questa *Rivista*, 2021, 1093, con nota di Arceri; in *Giur. it.*, 2022, 1596, con nota di Bernes; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1593, con nota di Infantino.

(46) Sul tema, per i necessari richiami, si fa rinvio a Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 322 ss. La conclusione di cui al testo conferma l'espansione dell'operatività della sfera dell'autonomia privata anche nel settore di quei negozi del diritto di famiglia non caratterizzati dalla patrimonialità, laddove, per ciò che attiene agli accordi della crisi coniugale aventi (come per lo più accade) carattere patrimoniale, non vi sono ormai più dubbi sulla considerazione degli stessi alla stregua di veri e propri contratti. In questo stesso senso cfr. anche Barbiera, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 147 s.; A. Finocchiaro, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1659 s.; Alpa - Ferrando, *Se siano efficaci - in assenza di omologazione - gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, cit., 505 s.; Metitieri, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, I, 1177; G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., 407; Figone, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale*, Nota a App. Milano 18 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 441.

(47) "Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione": Cass. Civ. 12 maggio 1994, n. 4647, in questa *Rivista*, 1994, 660, con nota di Cei; in *Vita not.*, 1994, 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, 202; in *Dir. fam.*, 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di Buzzelli; in *Riv. not.*, 1995, II, 953. Nella specie, la Suprema Corte, ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 c.c., la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti. Cfr. poi anche Cass. Civ. 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787; in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di Cavallo. Secondo una decisione del 2016, poi, "In tema di divorzio, nel caso di conclusione di una transazione in corso di causa, spetta comunque al giudice di merito il potere di deliberare e di interpretare secondo equità l'accordo, laddove taluni aspetti non siano stati esplicitamente disciplinati dalle parti" (cfr. Cass. Civ. 18 novembre 2016, n. 23566; nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, a fronte della previsione transattiva del trasferimento di un immobile in luogo dell'assegno divorzile periodico, aveva interpretato l'accordo *inter partes* nel senso che l'efficacia sostitutiva dell'obbligo contributivo dovesse decorrere dall'effettivo trasferimento).

(48) Cfr. Cass. Civ. 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1233.

(49) Cass. Civ. 14 luglio 2003, n. 10978.

(50) Cass. Civ. 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, 1189.

(51) Cfr. Cass. Civ. 6 febbraio 2009, n. 2997.

(52) Cfr. Cass. Civ. 1° ottobre 2012, n. 16664, sull'utilizzo dei criteri ex artt. 1362 ss. c.c. per l'interpretazione di una clausola dell'accordo di separazione consensuale.

(53) Cfr. Oberto, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, Nota a Cass. Civ. 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 774 ss.; *Id.*, *La simulazione della separazione consensuale (Versione aggiornata al 10 ottobre 2015)*, https://giacomooberto.com/simulazione_della_separazione_personale_2015.htm. Per un interessante e approfondito studio cfr. anche De Belvis, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1439 ss. Per la giurisprudenza v. Cass. Civ. 11 agosto 2022, n. 24687, dove, 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; in questo senso v. già Cass. Civ. 5 marzo 2001, n. 3149, cit.; Cass. Civ. 20 novembre 2003, n. 17607, cit. in Oberto, *op. loc. ultt. citt.*; Cass. Civ. 12 settembre 2014, n. 19319, in questa *Rivista*, 2015, 331, con nota di Danovi. La stessa decisione del 2022 ammette però che il negozio patrimoniale di attribuzione immobiliare, contenuto nelle condizioni di separazione consensuale omologate, possa essere dichiarato simulato

m) delle norme in tema di vizi del consenso: tema, questo, cui (attesa la specifica attinenza con il caso in esame) verranno dedicati i prossimi paragrafi (54).

Non stupisce dunque che, ormai, da svariati anni a questa parte, accada sempre più di frequente all'osservatore della giurisprudenza di legittimità di imbattersi in affermazioni del genere di quella secondo cui "i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata" (55). In altri termini, pur con le dovute cautele, sembra potersi dire che anche nel diritto patrimoniale della famiglia deve darsi atto di una progressiva evoluzione "dagli status al contratto". La nota massima elaborata da Maine oltre un secolo fa, sebbene abusata e sottoposta a critiche, sembra ancora adatta ad esprimere il lungo e travagliato percorso compiuto dalla negozialità anche in questo settore del diritto privato.

5. La giurisprudenza in tema di annullamento della separazione consensuale per vizi del consenso

Come già anticipato, la decisione qui in commento, pur se sfornita di precedenti noti in materia di negoziazione assistita, non è certo la prima ad affrontare e a risolvere in senso favorevole - in una ormai anche con

la dottrina (56) - il tema dell'annullamento per vizi del consenso di un accordo della crisi coniugale.

Inizìo la Suprema Corte in un precedente del 2003, ampiamente commentato in altre sedi (57). In quell'occasione, affermato il carattere negoziale della separazione consensuale, si dichiaravano in generale applicabili ad essa le norme "in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti (peraltro richiamate in varie norme codicistiche relative alla materia familiare, come in tema di celebrazione del matrimonio e di riconoscimento dei figli naturali)". *Dictum*, questo, al quale, però, atteso il tenore del caso di specie (che riguardava solo un'ipotesi di allegata simulazione e non di vizi del consenso), non poteva che attribuirsi valore di mero *obiter*, in relazione alla materia dei vizi del consenso.

L'anno successivo la stessa Corte (58) ritiene proponibile - e questa volta con la forza della *ratio decidendi* - una domanda di annullamento della separazione consensuale per vizi del consenso, "stante la natura negoziale dell'accordo che dà sostanza e fondamento alla separazione consensuale tra coniugi" (59). La Suprema Corte cassa, quindi, con rinvio, la decisione di secondo grado; quest'ultima aveva affermato non soggetta ad annullamento per vizi del consenso la separazione consensuale omologata, "fattispecie complessa in cui l'accordo fra i coniugi, di natura privatistica, acquista efficacia grazie al provvedimento giudiziale di omologa, conseguente ad un

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. In realtà, proprio l'introduzione di un istituto come la negoziazione assistita dimostra ormai irrefutabilmente come la contrapposizione tra negozio di separazione in sé, da un lato, e relativi negozi accessori, dall'altro, sia - per i fini in esame - divenuta artificiosa e di contenuto meramente tassonomico. 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, 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 (v. anche quanto verrà illustrato *infra*, par. 9).

(54) V. *infra*, par. 5 ss.

(55) Così Cass. Civ. 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, 459.

(56) In dottrina per l'ammissibilità dell'annullamento della separazione consensuale cfr. ad es. Pagni, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, Nota a Cass. Civ. 4 settembre 2004, n. 17902, in questa *Rivista*, 2005, 508 ss.; Sala, *Separazione consensuale e invalidità negoziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 545 ss.; Gorgoni, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 1015; Lupoi, *Annullamento della separazione consensuale omologata per vizi della volontà*, Commento all'art. 711 c.p.c., in AA.VV., *Commentario breve al*

codice di procedura civile, a cura di Carpi - Colesanti - Taruffo, V ed., Padova, 2006, 2025 ss., spec. 2030; Casaburi, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità ed impugnazione*, Nota a Cass. Civ. 22 novembre 2007, n. 24321, in questa *Rivista*, 2008, 446 ss.; Grasso, *Accordi di separazione, buona fede e violazione del giusto processo*, Nota a Trib. Varese 23 gennaio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 60 ss.

(57) Cass. Civ. 20 novembre 2003, n. 17607, in *Corr. giur.*, 2004, 307, con nota di Oberto; in *D&G*, 2004, 36, con nota di Dosi; in questa *Rivista*, 2004, 473, con nota di Conte; in *Vita not.*, 2004, 156, con nota di Alcaro; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 343, con nota di Busi.

(58) Cass. Civ. 4 settembre 2004, n. 17902, in questa *Rivista*, 2005, 508, con nota di Pagni e in *Famiglia*, 2005, 377, con nota di Basini.

(59) "e non essendo ravvisabile, nell'atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti, ma rappresentando la procedura ed il decreto di omologazione condizioni di efficacia del sottostante accordo tra i coniugi (salvo che per quanto riguarda i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, sui quali il giudice è dotato di un potere d'intervento più penetrante)". In motivazione si soggiunge che l'azione d'annullamento in oggetto non deve intendersi come limitata alla materia contrattuale, ma va considerata "estensibile ai negozi relativi a rapporti giuridici non patrimoniali - *genus* cui appartengono quelli di diritto familiare - a presidio della validità del consenso, come effetto del libero incontro della volontà delle parti" (Cass. Civ. 4 settembre 2004, n. 17902, cit.).

procedimento caratterizzato dall'attiva partecipazione del presidente del tribunale al perfezionamento dell'atto". Per questi motivi i giudici di secondo grado non avevano considerato proponibile l'azione di annullamento per vizi della volontà.

A prescindere dal caso appena riportato, in cui l'azione di annullamento era stata proposta nelle forme del rito del contenzioso ordinario, svariate successive decisioni di legittimità sul tema ritengono, nella specie, inammissibile la domanda d'annullamento, pur dichiarata come astrattamente proponibile. E ciò perché, pur affermandosi e ribadendosi la possibilità di impugnare con i rimedi del sinallagma genetico la separazione consensuale, la Suprema Corte osserva che, nella specie, il *petitum* era stato presentato nel contesto di un'azione di modifica delle condizioni della separazione, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., in allora vigente, oggi abrogato dall'art. 3, comma 49, lett. a), D.Lgs. 10 ottobre 2022 e sostituito dalla disposizione generale di cui all'art. 473-bis.29 c.p.c.

L'art. 710 cit., invero - proprio come l'attualmente vigente art. 473-bis.29 cit. - delineava un procedimento da utilizzarsi soltanto per consentire al coniuge interessato di far valere la sopravvenienza rispetto all'intesa di separazione e non certo a denunciare la presenza di un difetto originario dell'accordo, per il quale occorre (e occorre) invece l'instaurazione di un procedimento contenzioso ordinario (60).

In altre due ipotesi, in cui invece la domanda era stata correttamente presentata nel contesto di un procedimento contenzioso ordinario, va detto che la stessa è stata respinta sostanzialmente nel merito, per difetto di prova sulla sussistenza dei lamentati vizi del consenso.

Così, nel 2007 la Corte cassa con rinvio la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di annullamento per violenza di una serie di atti intervenuti tra due coniugi in prossimità della separazione personale, con cui la moglie trasferiva al marito la proprietà di una villa, la proprietà di una barca e alcune quote di partecipazione societaria, sul presupposto che l'attrice si fosse determinata a compiere gli atti di trasferimento in quanto temeva che il marito, venuto a conoscenza della sua infedeltà coniugale, potesse chiedere la separazione con addebito ed ottenere l'affidamento del figlio minore. La Cassazione, sostanzialmente scendendo nel merito della vicenda, afferma che non costituisce minaccia invalidante il negozio, ai sensi dell'art. 1434 ss. c.c., la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti (61).

Nel 2021 alla Corte viene nuovamente proposto il tema dell'ammissibilità di un'azione d'annullamento dell'accordo di separazione consensuale per violenza. La Cassazione, ribadita l'astratta configurabilità di siffatto tipo d'azione (pure qui correttamente proposta nelle forme del rito ordinario), conferma la decisione di merito che aveva affermato insussistenti, nella specie, gli estremi della violenza descritti dall'art. 1435 c.c., ritenendo congruamente motivata la sentenza d'appello, che aveva "ritenuto non credibile la ricorrenza della minaccia, perché il ricorrente non versava in condizioni di disagio psichico che lo rendessero particolarmente fragile e poco capace di comprendere quanto stava accadendo nella sua vita" (62).

(60) "I giustificati motivi che autorizzano il mutamento delle relative condizioni consistono in fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale gli accordi erano stati stipulati; ne consegue che gli eventuali vizi (nullità o annullabilità) che inficiano la validità dell'accordo di separazione omologato e la sua eventuale simulazione non sono deducibili attraverso il giudizio camerale attivato a norma del combinato disposto degli artt. 710 e 711 cod. proc. civ. ma attraverso un giudizio ordinario, secondo le regole generali": Cass. Civ. 27 novembre 2007, n. 24321. Il principio viene poi ripetuto per ben due volte nell'anno successivo: cfr. Cass. Civ. 20 marzo 2008, n. 7450; Cass. Civ. 30 aprile 2008, n. 10932, in questa *Rivista*, 2008, 1117, con nota di Arceri.

(61) Secondo la Suprema Corte è invece necessario che "si dimostri essere l'atto di disposizione frutto di coazione; non bastando il semplice timore dell'esercizio del diritto da parte del marito, o la semplice verifica che dal negozio scaturiscano vantaggi che non appaiono giustificati; occorrendo che la stipula di quei negozi, con quel contenuto sia stata determinata dal timore causato dalla minaccia di esercitare il diritto; occorre cioè la prova, oltre che del comportamento coartante (tale da fare impressione ad una persona normale), anche del nesso di causalità che lega la

minaccia di esercitare il diritto, alla dichiarazione di volontà del minacciato che, quindi, deve vedersi imposto quel regolamento d'interessi" (Cass. Civ. 10 gennaio 2007, n. 235, in *Contratti*, 2007, 1053, con nota di Rimoldi). Due anni dopo la Suprema Corte esclude che il *metus ab intrinseco* sia causa invalidante di una dichiarazione resa da un coniuge in materia di rapporti patrimoniali, essendo invece necessaria la provenienza del timore dall'esterno, la condotta minacciosa o violenta dell'altro coniuge o di un terzo e l'incidenza della minaccia del male ingiusto e notevole sul procedimento formativo della volontà (Cass. Civ. 6 febbraio 2009, n. 3005, in questa *Rivista*, 2009, 918, con nota di Fazio; da notare che nella specie l'impugnazione non aveva investito il negozio separativo, ma un'intesa patrimoniale tra coniugi, a quanto consta, neppure separati o separandi).

(62) Cass. Civ. 4 agosto 2021, n. 22270, in questa *Rivista*, 2022, 501, con nota di Danovi. Analogamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 12 maggio 2017, in *Familiarista*, <https://ilfamiliarista.it/articoli/giurisprudenza-commentata/separazione-consensuale-annullamento-violenza-e-rescissione>, con nota di Figone, afferma che l'azione di annullamento per vizio del consenso è esperibile "avverso le clausole dell'accordo di separazione consensuale con cui i coniugi, nell'ambito della

6. Segue. La proposizione della domanda d'annullamento della separazione nel contesto della procedura di divorzio

Una categoria di arresti, per così dire, “a parte” è poi costituita da quelli in cui la domanda di annullamento della separazione consensuale era stata proposta nel contesto della procedura di divorzio.

Così, nel 2005, la Suprema Corte viene chiamata a risolvere una curiosa fattispecie nella quale la moglie, *in sede di giudizio di divorzio*, aveva chiesto, in via riconvenzionale, l'*addebito della separazione* (a suo tempo ottenuta in via consensuale) al marito, per fatti successivamente scoperti, soggiungendo che, avendo avuto notizia di una ragione di addebitabilità della separazione al marito solo successivamente alla omologazione della separazione consensuale, e cioè al momento della proposizione della domanda di divorzio, non aveva potuto proporre anteriormente la domanda di addebito e si era indotta alla separazione consensuale con volontà viziata da errore, dato dall'ignoranza del fatto che avrebbe reso la separazione addebitabile al marito.

Qui, dichiarata l'inammissibilità di un siffatto tipo di domanda (dovendo l'addebito formare oggetto di specifica richiesta da proporsi nel contesto di una separazione contenziosa e certo non, a distanza di tempo, in seno al giudizio di divorzio), la Suprema Corte chiarisce in motivazione che il ribadito carattere negoziale della separazione consensuale e la conseguente applicabilità ad essa delle norme generali relative alla disciplina dei vizi della volontà “implica unicamente la possibilità di promuovere il relativo giudizio di annullamento e non quella di richiedere una pronuncia di addebito, (...) improponibile fuori del giudizio di separazione” (63).

regolamentazione degli accordi, assumano obbligazioni dotate di una loro individualità. Non costituisce peraltro minaccia invalidante la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a circostanze obiettivamente esistenti” (nella specie si è escluso che la minaccia della madre di fissare la residenza abituale della figlia in luogo lontano dall'abitazione del marito potesse integrare gli estremi della violenza morale).

(63) Cass. Civ. 29 marzo 2005, n. 6625, in *Giust. civ.*, 2006, I, 933. Di contenuto analogo una decisione di merito successiva: Trib. Caltanissetta 12 febbraio 2016, in *D&G*, 30 marzo 2016, con nota di Di Lallo. Qui la domanda proposta al tribunale aveva ad oggetto la revoca del consenso della moglie al divorzio congiunto, consenso che sarebbe stato prestato, all'atto della confezione del ricorso congiunto, pur non essendo la stessa “stata sufficientemente edotta dei reali redditi del ricorrente”, attesa altresì l'allegata “sussistenza di una rilevante sperequazione tra le condizioni patrimoniali delle parti, che renderebbe iniquo l'accordo raggiunto”. La domanda conteneva quindi una richiesta d'annullamento dell'accordo, per “errore di valutazione della moglie (che secondo la prospettazione della stessa, avrebbe potuto integrare un'ipotesi di annullabilità dell'accordo)”. Il tribunale osserva

Nel 2011 la stessa Corte ammette invece (per la prima volta, a quanto consta) la proponibilità della domanda di annullamento nel contesto, non già di una procedura “a parte”, bensì proprio di un processo di divorzio. Siffatto *petitum* può dunque essere introdotto e costituisce domanda riconvenzionale, da proporsi con la comparsa di risposta, pena la preclusione della medesima, ai sensi dell'art. 167 c.p.c. (64). Nel 2014, poi, viene stabilito che la pendenza di una lite sulla validità dell'accordo giustificativo della separazione consensuale tra coniugi - impugnato nella specie per errore - pregiudica, in senso tecnico giuridico, l'esito del giudizio, contemporaneamente pendente, di cessazione degli effetti civili del loro matrimonio, e ne comporta la sospensione *ex art.* 295 c.p.c., perché l'eventuale annullamento di quell'accordo determinerebbe il *venir meno*, con effetto *ex tunc*, di un presupposto indispensabile della pronuncia di divorzio (65).

Nel 2021, sempre in relazione ad una procedura di divorzio, viene infine emesso l'ultimo (ad oggi) pronunciamento di legittimità al riguardo.

La questione processuale che viene affrontata è, ancora una volta, quella dell'esistenza o meno di un rapporto di pregiudizialità tra la domanda di annullamento della separazione consensuale e quella di divorzio, che su tale separazione si fonda. Secondo la Corte, quindi, la prima “addirittura pregiudica, in senso tecnico-giuridico, l'esito del giudizio di divorzio, atteso che l'eventuale annullamento di quell'accordo comporterebbe il *venir meno*, *ex tunc*, del corrispondente presupposto del divorzio (...), sicché deve ritenersi configurabile tra quelle due domande una situazione di connessione ‘per subordinazione’ o ‘forte’ (atteso il palese nesso di pregiudizialità che lega quelle domande),

peraltro al riguardo che, fermo restando che “per la giurisprudenza assolutamente prevalente, l'accordo divorzile ha natura negoziale (cfr. Cass. Civ. n. 8010/04; n. 7450/08)”, con conseguente applicabilità “delle norme generali che disciplinano la materia contrattuale, nonché, in particolare, quella dei vizi della volontà”, la validità di un negozio “può essere inficiata solo in presenza di una causa di nullità o annullabilità dello stesso. E in particolare, il codice consente alla parte che ritenga viziato il proprio consenso di esperire un'azione avente natura costitutiva volta all'annullamento del contratto (artt. 1441 ss. c.c.). Ciò che si vuol dire è che il dedotto errore di valutazione della [moglie] (che secondo la prospettazione della stessa, potrebbe integrare un'ipotesi di annullabilità dell'accordo), non è elemento che può essere incidentalmente valutato da questo Tribunale nel corso del procedimento di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, trattandosi piuttosto di un fatto che consente l'esperimento di un'autonoma azione *ex art.* 1441 c.c. rimessa al giudizio ordinario (così Cass. Civ. n. 7450/08 cit.)”.

(64) Cass. Civ. 21 marzo 2011, n. 6343.

(65) Cass. Civ. 9 dicembre 2014, n. 25861, in *Giur. it.*, 2015, 849, con nota di Caporusso.

rendendo così certamente applicabile l'art. 40 c.p.c., comma 3, e salva ogni diversa determinazione del giudice di merito in ordine all'adozione di un eventuale provvedimento di sospensione, *ex art.* 295 c.p.c., della domanda (pregiudicata) di divorzio in attesa della definizione di quella (pregiudicante) sul richiesto annullamento dell'accordo di separazione" (66).

7. Impugnativa per vizi del consenso della separazione nel suo complesso o soltanto delle relative condizioni?

La decisione del 2021, di cui si è detto nel par. precedente, richiama in motivazione un precedente del 2014, sopra già citato (67), secondo cui la pendenza di una lite sulla validità dell'accordo giustificativo della separazione consensuale tra coniugi - impugnato nella specie per errore - pregiudica, in senso tecnico giuridico, l'esito del giudizio, contemporaneamente pendente, di cessazione degli effetti civili del loro matrimonio, e ne comporta la sospensione *ex art.* 295 c.p.c., perché l'eventuale annullamento di quell'accordo determinerebbe il venir meno, con effetto *ex tunc*, di un presupposto indispensabile della pronuncia di divorzio.

Ora, la motivazione di quest'arresto del 2014, pur nella sua brevità, contiene l'enunciazione di un principio di estremo interesse ai fini qui in esame.

Ed invero, in alcune decisioni (ma lo stesso vale per talune trattazioni dottrinali) sembra calare un velo di ambiguità sull'oggetto dell'impugnativa per annullamento; in particolare, sul fatto che esso possa essere costituito non solo (o non tanto) dalle intese patrimoniali, ma anche dall'accordo separatizio in sé. Ciò, invero, è quanto emerge, ad esempio, dall'ultima sentenza di legittimità (dell'anno 2022) - già ricordata - in tema di simulazione della separazione, laddove si afferma che oggetto della relativa azione potrebbe essere solo "il negozio patrimoniale di attribuzione immobiliare, contenuto nelle condizioni di separazione consensuale

omologate", laddove l'accordo separatizio in sé non sarebbe suscettibile d'impugnazione (68).

Orbene, nella sopra richiamata decisione del 2014 (69), la Corte rilevava invece che il ricorrente, convenuto rispetto alla domanda d'annullamento, si era difeso sostenendo "che in realtà la domanda proposta dalla [moglie] davanti al Tribunale di Vicenza non abbia ad oggetto la validità della separazione, bensì i connessi accordi economici. Sennonché dall'esame dell'atto di citazione davanti a quel Tribunale (...) risulta chiaramente che era stato impugnato proprio l'accordo di separazione e non soltanto i relativi accordi economici. Basti leggere le conclusioni di merito dell'atto, con cui si chiede, 'accertato e dichiarato che il consenso prestato dalla [moglie] alla separazione personale consensuale dal marito (...), espresso nel ricorso congiunto per separazione coniugale (...) era affetto da errore essenziale e riconoscibile, dichiararsi l'annullamento dell'accordo di separazione'".

Resta, naturalmente, da chiarire come l'accordo separatizio in sé possa essere impugnato, ad esempio, per errore essenziale, riconoscibile e determinante, essendo per definizione chiari alle parti gli effetti dell'intesa sul piano personale. Peraltro, qui il carattere determinante dell'errore va inevitabilmente riconosciuto quale effetto dell'intima connessione esistente tra la *separatio a mensa et thoro*, in sé considerata, in quel caso concreto, e le relative condizioni patrimoniali: condizioni che determinano il consenso alla separazione consensuale nel suo complesso, in assenza delle quali la separazione potrebbe intervenire solo per via contenziosa.

In altre parole, indispensabile risulta qui il riferimento a quel concetto di "condizioni della separazione", da chi scrive approfondito in altre sedi, come di quegli elementi la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi familiare (70). A ben vedere, e in fin dei conti, il rapporto tra impugnativa del negozio separatizio in sé, consistente nell'accordo sul fatto di dar vita allo *status* di coniugi separati, e quello sulle relative condizioni, appare

(66) Cass. Civ. 11 agosto 2021, n. 22700.

(67) Cass. Civ. 9 dicembre 2014, n. 25861, cit.

(68) Cfr. Cass. Civ. 11 agosto 2022, n. 24687, cit.

(69) Cfr. Cass. Civ. 9 dicembre 2014, n. 25861, cit.

(70) Il tema è, come noto, strettamente legato a quello dell'individuazione della causa dei contratti della crisi coniugale, o familiare; elemento, questo, formulabile come segue: "I contratti della crisi familiare sono quelli che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi familiare (contratto tipico della crisi coniugale, o contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa

(donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo 'postmatrimoniale', rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle condizioni della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa del contrasto coniugale" (cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 709 s.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 265 ss.).

riconducibile ad una logica analoga a quella che presiede alla regola di cui all'art. 1419 c.c., dettato, come noto, in materia di nullità, ma riferibile anche all'annullabilità (71). Ora, nel peculiare caso di specie, non appare immaginabile che i coniugi sarebbero arrivati a quella separazione consensuale in assenza delle (o anche di una sola delle) relative condizioni pattuite (72).

Consenso alla separazione consensuale è consenso a quelle condizioni, in assenza delle quali i coniugi sceglierebbero la via del contenzioso. Ne consegue che negozio separatizio in sé e condizioni di quella separazione, necessariamente, *simul stabunt, simul cadent*. Per cui, se c'è vizio del consenso in merito alle condizioni, non può non esservi vizio sulla separazione consensuale intesa come instaurazione dello *status* di coniugi separati, che tali sono proprio e solo per via di quelle condizioni. Così pure, naturalmente, se c'è vizio di consenso sul negozio separatizio in sé (cioè sull'intento di dar vita allo *status* di coniugi separati), le condizioni di una separazione "viziata" non possono certo autonomamente sussistere. E questo, naturalmente, a prescindere dall'avvenuta omologazione, la quale, una volta venuto meno il negozio sottostante, non può più produrre di per sé alcun effetto (73). Perciò non sembra possibile impugnare solo le condizioni patrimoniali (o personali) dell'intesa, laddove l'eventuale impugnativa anche solo di una di tali condizioni (se fondata, ovviamente) non potrebbe che travolgere l'intero negozio separatizio (o divorzile).

La regola andrà peraltro coordinata, dal punto di vista processuale, con il principio dispositivo. Secondo la Cassazione, invero, l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice, il quale, se pronuncia la nullità dell'intero contratto senza essere stato investito della relativa domanda, viola il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (74). In applicazione, dunque, delle regole enunciate dalla giurisprudenza riportata in nota, nella specie qui in esame, il giudice, a fronte di una domanda (fondata) di annullamento di singole condizioni della separazione non potrebbe di fatto pronunciare l'annullamento della separazione consensuale nel suo complesso, come invece sembrerebbe desumibile dall'art. 1419 c.c. "esteso" alla fattispecie dell'annullabilità.

L'annullamento andrebbe pertanto pronunciato (in presenza, ovviamente, dei relativi presupposti) solo se richiesto per l'intero negozio separatizio (o divorzile), dovendo altrimenti il giudice respingere la domanda, ove proposta solo in relazione ad una o più clausole. Ciò in base al "combinato disposto", per così dire, della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di principio della domanda e la già ricordata regola di cui all'art. 1419 cit., posto che, come sopra illustrato, non appare immaginabile che i coniugi sarebbero arrivati a quella separazione consensuale

(71) Si discute se la norma in tema di nullità parziale possa trovare applicazione analogica anche alla fattispecie dell'annullabilità. In senso favorevole Messineo, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 301; *contra*, Tommasini, *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 904. Per la soluzione positiva appare comunque orientata la dottrina maggioritaria: così Natucci, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 569 ss.; Sacco, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 544 ss.; Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 638; Gentili, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 85; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, rist. 1994, 475; Crisculi, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 269 ss. In giurisprudenza v. Cass. Civ. 10 marzo 1980, n. 1592, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1586; Cass. Civ. 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giur. agr. it.*, 1981, II, 479. Anche per Cass. Civ. 4 dicembre 1982, n. 6609, "Il principio *utile per inutile non vitiatur*, valido in tema di nullità del contratto, può trovare applicazione anche nel caso della annullabilità del medesimo con la conseguenza che il giudice deve procedere, attraverso la valutazione della volontà delle parti, all'accertamento della scindibilità o meno del negozio per evitare, se possibile, la totale caducazione del rapporto a cagione del riscontrato vizio cui si ricollega l'annullabilità".

(72) Utilizza l'art. 1419 c.c. per pervenire, però, a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle illustrate nel testo, Lupano, *Il giudice e la negoziazione assistita in materia familiare*, in *Giur. it.*, 2020, 2779 ss., secondo cui proprio il richiamo alla cennata norma consentirebbe di addivenire all'annullamento di

una o più condizioni, senza che tale decisione possa travolgere l'accordo di separarsi.

(73) Anche per Pagni, *op. loc. ultt. citt.*, l'accoglimento dell'azione con cui si fa valere l'invalidità sostanziale dell'atto omologato finisce necessariamente per trascinare con sé anche il provvedimento di omologa. E ciò allo stesso modo in cui, quando il giudice tutelare autorizza l'accettazione di una donazione nulla, la sentenza che dichiara la nullità della donazione accettata dal tutore travolge necessariamente il provvedimento autorizzativo.

(74) Cfr. Cass. Civ. 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, 133, con nota di Tisci. Cfr. inoltre Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di Adorno, Palmieri, Pardolesi, Di Ciommo, Pagliantini, Menchini e Proto Pisani, secondo cui, "Il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo". Secondo infine Cass. Civ. 18 giugno 2018, n. 16051, "Il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto, deve rilevarne d'ufficio la nullità solo parziale e qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano di proporre un'espressa istanza di accertamento di tale nullità, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo inammissibilmente sovrapporsi ad esse nelle valutazioni e determinazioni da loro espresse nel processo".

in assenza delle (o anche di una sola delle) relative condizioni pattuite.

Quanto, poi, alle situazioni concrete che potrebbero dar luogo all'annullamento, va considerato che (come emerge del resto dalla lettura dei precedenti) il caso più "classico" è quello della violenza morale di un coniuge verso l'altro. Violenza che, però, deve avere le caratteristiche di cui all'art. 1435 c.c. (e sul punto la riportata giurisprudenza è molto chiara). Dolo e errore sono certamente più difficili da ipotizzare (e da provare), soprattutto per ciò che attiene all'essenzialità dell'errore. Il caso più frequente è quello dell'allegato errore sulle disponibilità patrimoniali dell'altro coniuge; ciò che presuppone, però, che tale situazione possa essere qualificata alla stregua di una "qualità" della persona dell'altro contraente (cfr. art. 1429, n. 3, c.c.). Più "tranquilla", invece l'ipotesi in cui ad es. si sia previsto nell'accordo il trasferimento, da un coniuge all'altro, di un oggetto ritenuto di valore (es. un quadro d'autore), che si riveli poi di valore inconsistente (perché, ad es., il quadro è un falso): qui, invero, l'errore cade su di una qualità dell'oggetto della prestazione "che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso". L'errore che si determina nell'ipotesi del dolo, invece, non deve essere, come noto, necessariamente essenziale; peraltro appare difficile ipotizzare fattispecie rilevanti *ex art.* 1439 c.c., a meno di pensare al caso in cui, ad es., il marito simuli una crisi finanziaria della propria impresa, al fine di promettere un assegno di mantenimento o di divorzio inferiore a quelle che sarebbero, invece, le sue concrete e reali possibilità.

8. Impugnativa per vizi del consenso del divorzio su domanda congiunta

Quanto sino ad ora esposto in relazione alla separazione consensuale dovrebbe valere, in linea di principio, anche per il divorzio su domanda congiunta.

Per anni - più esattamente dal 1987, anno di nascita del divorzio su domanda congiunta, fino al 2023, anno di entrata in vigore della c.d. "riforma Cartabia" - i detrattori di questa comparazione avevano fatto perno sul fatto che il divorzio su domanda congiunta si perfezionava, non già con un decreto d'omologa (come accadeva per la separazione consensuale), bensì tramite un atto denominato espressamente "sentenza". Peraltro, il legislatore della citata riforma del 2022 (entrata in vigore nel 2023), ben consapevole, da un lato, dell'assoluto anacronismo oggi costituito dalla persistenza della separazione legale quale *condicio sine qua non* per il divorzio (75), ma privo, dall'altro, del coraggio necessario per attuare sino in fondo tale determinazione - quasi agendo come quel "volgo disperso", di manzoniana memoria, che... "tra tema e desire s'avanza e ristà" - ha ritenuto, quanto meno, di equiparare *in toto* i due rimedi (separazione e divorzio) sul piano delle procedure. Procedure che, oggi, terminano, entrambe, proprio con un provvedimento testualmente definito come... "sentenza": cfr. art. 473-bis.51, introdotto dall'art. 3, comma 33, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 28 febbraio 2023.

Ora, durante il lunghissimo lasso di tempo in cui la "sentenza" caratterizzò il solo divorzio su domanda congiunta, e non la separazione consensuale (76), si era ampiamente discusso sulla natura di tale provvedimento, che la più autorevole dottrina definiva, in modo del tutto convincente, come nulla più di una semplice "omologa data dal tribunale in camera di consiglio" (77).

Ed invero, già nella struttura impressa alla procedura in oggetto dalla riforma del 1987 e a parte le dispute dell'epoca sull'avvenuta introduzione, o meno, del divorzio consensuale (78), si tendeva a ribadire, già allora, la natura negoziale dell'accordo posto a base della richiesta congiunta di divorzio, rilevando il parallelismo e la connotazione causale identici all'accordo concluso tra coniugi separati (79). D'altro canto, svariati elementi inducevano e inducono a

(75) Sul punto specifico, *ex multis*, Danovi, *Pregiudizialità e necessaria riunione (quando non sospensione) tra divorzio e annullamento dell'accordo di separazione*, Nota a Cass. Civ. 11 agosto 2021, n. 22700, in questa *Rivista*, 2022, 501 ss., che prospetta un "affrancamento del divorzio dalla separazione".

(76) Se si escludono, ci si consenta di ricordarlo, alcune "Fourberies de Scapin", poste in atto, in anni ormai remoti, da fantasiosi uffici giudiziari di alcune parti del Belpaese, nei quali si procedeva all'omologa con sentenza, al solo fine di incrementare i dati statistici (che rilevavano, per l'appunto, le sole sentenze e non le ordinanze o i decreti).

(77) Così testualmente Trabucchi, *Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 127; *contra* Tommaseo, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini -

Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio. Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, 257 ss., 359 s., 367.

(78) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 372 ss., II, cit., 1063 ss.; *Id.*, *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. fam.*, 2000, 771 ss. Sull'introduzione del divorzio consensuale in Europa v. poi anche *Id.*, *Il divorzio in Europa*, cit., 118 ss.

(79) Cfr. per esempio Santangelo, *Il notaio e le procedure di separazione e di divorzio*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studi e materiali, I, Milano, 1985, 498; E. Russo, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge*

concludere in questo senso: basti pensare alla necessità di un'istanza congiunta e della compiuta indicazione in essa delle relative condizioni, all'assenza di una fase istruttoria (80), o di una valutazione sulla persistenza del matrimonio, o, ancora, del tentativo di conciliazione (81). In assenza di prole minorenni, poi, andava e va tenuto conto del fatto che il tribunale si doveva e si deve limitare a verificare l'esistenza dei presupposti di legge (82).

Ora, la "sentenza" cui fa riferimento l'attuale codice di rito, sia per la separazione consensuale, che per il divorzio a domanda congiunta, si presenta oggigià come un provvedimento con il quale il collegio, per usare le testuali parole della legge, "omologa o prende atto degli accordi intervenuti tra le parti" (art. 473-bis.51, comma 4, c.p.c.). Questa "vittoria postuma" di Alberto Trabucchi (83), pur venendo a configurare un vero e proprio ossimoro legislativo (posto che, secondo gli insegnamenti processuali tradizionali una sentenza non potrebbe, almeno di regola, chiudere se non una procedura contenziosa), squaderna nel modo più lampante l'evidente connotazione negoziale, che permea di sé la procedura in oggetto. Così, a dispetto della forma di "sentenza" prescritta nel caso in esame, non sembra possibile dubitare del carattere di volontaria giurisdizione del procedimento (84).

Quanto sopra appare confermato dal fatto che, anche in presenza di figli, l'ambito discrezionale della sentenza di divorzio, esattamente come per la separazione, era ed è estremamente ridotto: solo se le condizioni relative alla prole appaiono in contrasto con l'interesse di quest'ultima il tribunale può convocare le parti indicando loro le modificazioni da adottare e, in caso di inidonea soluzione, rigettare allo stato la domanda. Da ciò si desume che il tribunale non poteva e non può emettere, in queste procedure, una "sentenza", se non in maniera conforme alle conclusioni delle parti. In presenza dei presupposti di legge, dunque, il giudice non può rifiutare la separazione o il divorzio. In assenza dei presupposti la domanda è respinta; in presenza di una diversa valutazione sull'interesse dei figli minorenni la procedura consensuale cede il passo all'ordinaria procedura contenziosa (85).

Sembra dunque evidente che ci si trovi qui di fronte ad un'attività del tribunale sostanzialmente vincolata, avente ad oggetto l'accertamento di un "diritto soggettivo potestativo di divorzio", sussistente in presenza delle condizioni di legge (86), ancorché esprimendosi nella forma della sentenza. Si può quindi concludere sul punto manifestando piena adesione a quell'indirizzo dottrinale che, già da epoca ben anteriore alla riforma entrata in vigore

n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio), cit., 1094 ss.; Basilio, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 257 ss.; Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, 65; Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 88 ss.; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit., 1094 ss.; Federico, *Accordi di divorzio nel procedimento a domanda congiunta*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Milano, 1997, 96 ss.

(80) Sul punto cfr. Trib. Napoli 11 febbraio 1988, in *Corr. giur.*, 1988, 241, con nota di Catalano, secondo cui "il tribunale deve limitarsi a valutare soltanto gli elementi e le prove precostituite, ma non può d'ufficio accertare fatti e circostanze, come nel caso di domanda fondata sulla mancata consumazione del matrimonio"; in questo senso cfr. anche Capasso, *Il nuovo processo introdotto dalla nuova legge sul divorzio*, in *Corr. giur.*, 1987, 872; Trabucchi, *Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, cit., 128; Lapertosa, *Breve nota sul procedimento di divorzio non contenzioso*, in *Foro it.*, 1987, V, 492; *contra* però Cass. Civ. 14 ottobre 1995, n. 10763, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 512; Catalano, *Disco rosso per il divorzio congiunto*, nota a Trib. Napoli 11 febbraio 1988, in *Corr. giur.*, 1988, 243; Cipriani, *Disco verde per il divorzio congiunto*, Nota a Cass. Civ. 14 ottobre 1995, n. 10763, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 515 s.; Saletti, *Lo scioglimento del matrimonio: procedimento e sentenza di divorzio*, in *AA.VV.*, *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini - Cattaneo, I, Torino, 1997, 609. La considerazione sembra valere ancora oggi, alla luce del disposto del comma 3 dell'art. 473-bis.51 c.p.c., in cui la nomina di un relatore sembra dettata dal solo fatto di dover coordinare la procedura con il parere del P.M. e raccogliere

l'espressione dell'intenzione delle parti di non volere riconciliarsi. Il deposito di documentazione è, del resto, indicato come meramente eventuale.

(81) Lapertosa, *op. cit.*, 493; *contra* Catalano, *op. cit.*, 243; Cipriani, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, cit., 426. Oggi l'art. 473-bis.51, comma 3, cit., limita al riguardo i poteri del relatore a quello di "prendere atto della volontà dei coniugi di non riconciliarsi".

(82) Cfr. E. Russo, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1094 ss.

(83) V. la già ricordata definizione di tale provvedimento come di un'"omologa in camera di consiglio", in Trabucchi, *Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, loc. cit.

(84) Per non parlare poi, più in generale, di quella teoria - elaborata proprio con riguardo ai procedimenti camerale - che, facendo perno sulla natura sostanziale di sentenza inerente ai provvedimenti sulla competenza, ancorché emessi nella forma del decreto camerale, ammette contro di essi il rimedio del regolamento di competenza, superando quindi il *nomen iuris* attribuito dal legislatore: cfr., tra le tante, Cass. Civ. 19 febbraio 1987, n. 1789, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1742; Cass., SS.UU., 10 giugno 1988, n. 3931, in *Foro it.*, 1988, I, 1858; Cass., SS.UU., 17 giugno 1996, n. 5519; sul punto, anche per ulteriori richiami, cfr. per tutti Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 138 ss.

(85) Cfr. E. Russo, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1094 ss.

(86) Così Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 247.

nel 2023, riconduceva gli effetti della pronuncia all'accordo delle parti, anziché alla determinazione del giudice (87). Se ciò è vero, va pertanto ribadito che, nel divorzio su domanda congiunta, esattamente come nella separazione consensuale, gli effetti d'ordine patrimoniale derivano direttamente dal contratto di divorzio, o di separazione (88), concluso dai coniugi, rispetto al quale la pronuncia del tribunale assume il mero carattere di omologa, emessa all'esito di un procedimento di controllo sul rispetto delle norme inderogabili del vigente ordinamento (89), tanto più che oggi proprio in tali termini (omologa) la legge si esprime, trattando separazione e divorzio esattamente allo stesso modo.

9. Segue. L'accordo delle parti quale vera e unica fonte dello scioglimento del vincolo

In un caso risolto dalla Suprema Corte nel 2022 la Corte d'Appello aveva dichiarato inammissibile l'azione di simulazione (così come la domanda, proposta in via subordinata, di revocatoria) di un trasferimento immobiliare in sede di divorzio, rilevando che la sentenza di divorzio, che tale trasferimento "conteneva", era ormai passata in giudicato. La Cassazione invece afferma che ciò che determina il

trasferimento sono gli accordi tra coniugi e non la sentenza, per cui l'intesa traslativa è impugnabile sia per simulazione che, eventualmente, con revocatoria (90). Questa decisione, come altre (91), si iscrive nella corrente di pensiero che pone una distinzione tra la pronuncia di divorzio, in sé considerata, vale a dire la pronuncia di cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio, 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.

Peraltro, 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: 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.

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

(87) E. Russo, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1093 ss.; contra Cipriani, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, cit., 424 s., 427 ss.

(88) Rileva Arceri, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, Nota a Cass. Civ. 30 aprile 2008, n. 10932 e Cass. Civ. 8 maggio 2008, n. 11488, in questa *Rivista*, 2008, 1117 ss., che "Che piaccia o no, dunque, la separazione consensuale sta sempre più assumendo l'aspetto ed il vigore di un vero e proprio contratto tra marito e moglie, rispetto al quale non sono più ammessi smarrimenti sentimentali, o capricciosi ripensamenti dell'ultimo momento: con la formazione dell'assenso sulla decisione di interrompere la convivenza, e sulle pattuizioni accessorie, si crea, insomma, un vero e proprio vincolo, dal quale sarà difficile sciogliersi".

(89) L'argomento è stato trattato con specifico riguardo al tema dei trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione di divorzio: cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1338.

(90) Cass. Civ. 12 maggio 2022, n. 15169. In motivazione si legge, tra l'altro, che, in relazione alle intese patrimoniali, "l'accordo vive nel mondo del diritto solo quale atto di autonomia negoziale, del quale la sentenza si limita a prendere atto in quanto non ostativo al fine della nuova configurazione del loro *status* e della disciplina dei loro rapporti. (...) tale accordo, per tale parte, conserva la natura di atto contrattuale privato frutto della libera determinazione delle parti anche dopo la sentenza e come tale vive nel mondo del diritto in ragione e nei limiti di tale sua natura, rimanendo pertanto soggetto anche agli ordinari rimedi impugnatori negoziali a tutela delle parti".

(91) Cfr. Cass. Civ. 20 agosto 2014, n. 18066, 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. Ne consegue che i coniugi possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori. La sentenza resa a seguito di conclusioni comuni nell'ambito di un procedimento di divorzio originariamente contenzioso è assimilabile a quella intervenuta in un giudizio di divorzio congiunto, sicché non è impugnabile dai coniugi qualora il giudice abbia integralmente recepito le conclusioni, che persiste, invece, ove le stesse siano state, in tutto o in parte, disattese, mentre il M., ai sensi dell'art. 5, quinto comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, può in ogni caso impugnare la sentenza limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli". 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. Civ. 24/07/2018, n. 19540)".

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 (92), 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, come pure già anticipato, 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" (93).

Ma oggi vi è ben di più: mentre un tempo separazione e divorzio non erano comunque conseguibili per il solo mezzo dell'autonomia privata (94), il D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in 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 (95), a seguito del quale nulla è più come prima, non potendosi più dire oggi che, in materia di divorzio su domanda congiunta, l'intervento giurisdizionale possegga ancora un valore costitutivo.

Come pure osservato in dottrina (96), 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. 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 - e 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), 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.

10. Annullamento di separazione o divorzio a seguito di negoziazione assistita. La prescrizione della relativa azione

Quanto chiarito in precedenza porta all'inevitabile conclusione, che si tenta ora di riassumere in poche parole all'esito del presente studio, circa l'evidente ammissibilità di un'impugnativa per vizi del consenso (ma il discorso non sarebbe diverso se si parlasse di altri vizi del sinallgma genetico: dalla incapacità alla simulazione) di separazione o divorzio, anche quando

(92) Cfr. Al Mureden, *La domanda congiunta di separazione e divorzio tra privatizzazione del matrimonio e tutela inderogabile della parte debole*, Nota a Trib. Milano 5 maggio 2023, Trib. Vercelli 17 maggio 2023, Trib. Lamezia Terme 13 maggio 2023, Trib. Firenze 15 maggio 2023, Trib. Treviso 31 maggio 2023, in questa *Rivista*, 2023, 643 ss.

(93) Così, testualmente, Balestra, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 277 ss., 293.

(94) Prima della riforma 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 AA.VV., *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, II ed., Torino, 2011, 102 ss.; v. inoltre Lupoi, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 2007, 981.

(95) Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515. Anche per Filaurò, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, Nota a Cass. Civ. 20 agosto 2014, n. 18066, in questa *Rivista*, 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".

(96) Danovi, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 2014, 949.

siano il frutto di negoziazione assistita, proprio come avvenuto nella sentenza qui in commento (97). Inutile ricordare che pure in questo caso - come sopra già chiarito, in relazione alla separazione - l'impugnativa dovrà necessariamente investire il negozio nel suo complesso, atteso che, esattamente come avviene per le procedure che prevedono l'intervento di un giudice, consenso alla separazione o al divorzio non contenziosi significa consenso a quelle condizioni: ché, altrimenti, i coniugi sceglierebbero la via giudiziale.

In altre parole, se vi è vizio del consenso in merito alle condizioni, non può non esservi vizio sulla separazione consensuale nel suo complesso, così come, naturalmente, se c'è vizio di consenso anche sul solo negozio separatizio in sé, le condizioni di una separazione "viziata" non possono certo autonomamente sussistere. Per questo non sembra possibile impugnare solo le condizioni patrimoniali (o personali) dell'intesa. L'impugnativa anche solo di una di tali condizioni non potrà che travolgere l'intero negozio separatizio (o divorzile) (98). E ciò, per quanto di competenza del presente par., anche nell'ipotesi in cui separazione o divorzio siano il frutto di una procedura di negoziazione assistita.

Nel merito di questo tipo di controversie, poi, va qui considerata l'ulteriore circostanza data dal fatto che - nel caso previsto dall'art. 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014 - la negoziazione assistita è, per definizione, una procedura che deve svolgersi alla presenza di almeno un avvocato per parte. Ora, ciò non costituisce certo di per sé garanzia assoluta e inoppugnabile dell'integrità del consenso, esattamente come accade per l'omologa emessa dal tribunale, o per la forma dell'atto pubblico in relazione ad ogni contratto che sia oggetto di rogito notarile. Peraltro, in questo caso particolare, l'accordo non è già sottoposto ad un mero controllo di legittimità formale, come avviene per l'omologa, ma è (o, per lo meno, dovrebbe) essere il frutto di una seria discussione tra i legali delle parti. Da ciò deriva che l'accordo che di tale negoziazione costituisce l'esito, pur se certamente attaccabile sotto il profilo degli eventuali vizi del

sinallagma genetico negoziale, gode, se così si può dire, di una sorta di "presunzione d'integrità del consenso" certamente più intensa di quel semplice effetto delle regole generali in tema di onere della prova, cui il tribunale di Milano, nella sentenza qui in commento, fa ripetutamente (e correttamente) richiamo. In altre parole, ciò che l'attore deve dimostrare è non solo che vi furono nella specie concreti elementi di fatto riconducibili alle fattispecie note di errore, dolo o violenza, ma che tali elementi rimasero persistenti e determinanti del consenso, malgrado la presenza e l'intervento di (almeno) un legale a tutela della parte che si ritiene ora lesa dall'accordo impugnato.

Il diritto di chiedere l'annullamento della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta è sottoposto a prescrizione quinquennale, secondo quanto stabilito dall'art. 1442 c.c.

Vi è da chiedersi, a questo punto, se il decorso di questa prescrizione (in relazione, ovviamente, alla sola separazione, posto che per il divorzio il problema non si pone, non potendosi più considerare i divorziati come "coniugi") sia o meno sospeso, ai sensi dell'art. 2941, n. 1, c.c. Al riguardo occorre considerare che, sino al 2014, la giurisprudenza affermava senza esitazioni che la sospensione della prescrizione "trova applicazione anche durante il regime di separazione personale, il quale non implica il venir meno del rapporto di coniugio, ma solo una attenuazione del vincolo" (99). A partire dal 2014, invece, la Suprema Corte viene ad affermare che l'interpretazione della legge deve avere anche una funzione evolutiva ed adeguatrice, nel cui ambito ben può realizzarsi un risultato di tipo restrittivo, nel senso di ritenere che la norma contenuta nell'art. 2941 c.c., n. 1, si riferisca al vincolo coniugale pienamente inteso, con esclusione del regime della separazione personale (100). Tutta la giurisprudenza successiva di legittimità appare orientata ormai in tal senso, sottolineandosi al riguardo che tra coniugi separati "non è configurabile alcuna riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, essendo oramai conclamata la crisi della coppia e cessata la

(97) In questo senso v. anche Parini, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 602 ss.

(98) Peraltro anche tali conclusioni andranno coordinate con le osservazioni già svolte in merito al necessario rispetto del principio dispositivo: v. *supra*, par. 7 *in fine*.

(99) Cfr. ad es. Cass. Civ. 1° aprile 2014, n. 7533; v. anche Cass. Civ. 23 agosto 1985, n. 4502; Cass. Civ. 19 giugno 1971, n. 1883. Era stata la Corte costituzionale a impostare l'orientamento in questione, allorché aveva dichiarato "infondata la questione di

costituzionalità dell'art. 2941, n. 1, cod. civ., per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui dispone che rimane sospesa la prescrizione fra coniugi anche se legalmente separati" (Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 35).

(100) Cfr. Cass. Civ. 4 aprile 2014, n. 7981, in *Giur. it.*, 2014, 2137, con nota di Pecchia; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 890, con nota di De Pamphilis; nello stesso senso v. anche Cass. Civ. 20 agosto 2014, n. 18078, in questa *Rivista*, 2015, 350, con nota di Farolfi.

convivenza, a seguito dell'esperimento delle relative azioni" (101).

Dovendosi dunque seguire il principio secondo il quale dopo la separazione non sussistono più le ragioni che possono giustificare la sospensione

della prescrizione tra coniugi, dovrà considerarsi che il quinquennio in oggetto decorrerà, come stabilito dall'art. 1442 c.c., "dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo", senza sospensione.

(101) Cfr. Cass. Civ. 5 maggio 2016, n. 8987; Cass. Civ. 4 ottobre 2018, n. 24160; Cass. Civ. 2 novembre 2022, n. 32212.