

CAPITOLO 3

PATOLOGIE DEL RAPPORTO MATRIMONIALE:

LA SEPARAZIONE CONSENSUALE

(Amalia Menna)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La separazione personale dei coniugi. – 3. La separazione di fatto – 4. La separazione consensuale – 4.1. Limiti all'autonomia negoziale – 4.2. I soggetti dell'accordo – 4.3. Il contenuto dell'accordo di separazione – 4.3.1. Il contenuto necessario, la volontà di separarsi e l'accordo riguardante i figli – 4.3.2. Clausola che subordina il trasferimento di uno dei due coniugi in uno Stato diverso al consenso dell'altro – 4.3.3. Clausola di divieto assoluto di espatrio dei figli – 4.4. Natura giuridica dell'accordo di separazione e annullamento – 4.4.1. Orientamento pubblicistico – 4.4.2. Orientamento mediano – 4.4.3. Orientamento privatistico – 5. La separazione consensuale e l'azione di simulazione – 5.1. Orientamento minoritario – 5.2. Orientamento maggioritario – 6. La separazione consensuale e l'azione revocatoria fallimentare – 7. Gli accordi a latere – 7.1. Orientamento minoritario – 7.2. Orientamento maggioritario – 8. Ambito del controllo giudiziale e revisione – 9. La revocabilità del consenso – 10. Aspetti processuali.

1. Premessa.

A seguito della celebrazione del matrimonio fondato ex art. 29 Cost. sull'uguaglianza morale e giuridica di entrambi, i coniugi acquistano gli stessi diritti e doveri. Tali diritti e doveri, meglio specificati all'art. 143 c.c., consistono essenzialmente nel dovere di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione nell'interesse della famiglia, di coabitazione, di contribuzione, di pianificazione dell'indirizzo della vita familiare e di mantenimento, educazione ed istruzione della prole.

Più nello specifico l'obbligo di fedeltà, consiste nell'impegno di non tradire l'altrui fiducia ovvero il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra coniugi. In tale ottica la nozione di fedeltà si lega con quella di lealtà intesa come capacità di saper sacrificare le proprie scelte in favore di quelle imposte dal legame coniugale. Secondo tale qualificazione, pertanto, il concetto di fedeltà si amplia fino a ricomprendere le ipotesi più ampie di violazione del dovere di lealtà e solidarietà, come, ad esempio, il dovere di fedeltà patrimoniale che, se violato e come diremo di seguito, può compor-

tare, sussistendone gli estremi, giusta causa per la richiesta dichiarazione di addebito¹.

L'obbligo di assistenza assume la duplice fisionomia di assistenza morale e di assistenza materiale conseguente per certi versi all'adempimento dell'obbligo di fedeltà. Per assistenza morale deve intendersi ogni comportamento di cui i coniugi vicendevolmente si gravano al momento del matrimonio volto all'aiuto, conforto, comprensione, sostegno e rispetto della personalità dell'altro coniuge. Viceversa, per assistenza materiale, deve intendersi l'obbligo di rispetto e soddisfacimento dei bisogni quotidiani sia economici che materiali di cui l'altro coniuge abbisogna. Tale obbligo deve essere distinto dall'obbligo di mantenimento. Difatti, se quest'ultimo opera nel caso di mancanza di autosufficienza economica di uno dei coniugi, il primo si estende fino a ricomprendere la partecipazione dell'altro coniuge al "tenore di vita che i mezzi finanziari dovessero consentire a uno di essi"².

L'obbligo di collaborazione, specificazione del precedente obbligo di assistenza ed espressione del principio di solidarietà familiare, consiste, invece, nella cooperazione tra i coniugi finalizzata al perseguimento ed alla realizzazione dell'indirizzo familiare.

L'obbligo di coabitazione consiste nel divieto fatto ai coniugi di allontanarsi ingiustificatamente dalla residenza familiare per lunghi periodi ed in mancanza di ragioni di studio, cura e lavoro.

Infine, il dovere di contribuzione. Tale dovere (omologo del dovere di mantenimento previsto dalla previgente normativa) comporta che entrambi i coniugi contribuiscano ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze ed alla rispettiva capacità di lavoro casalingo o professionale.

2. La separazione personale dei coniugi.

A norma dell'art. 150 c.c. esistono due tipi di separazione: la **separazione**

¹ In questo senso App. Bologna, 16 maggio 2005, n. 546, secondo cui: "nel caso di specie, infatti, la signora XX non fonda la sua richiesta solo sulle c.d. infedeltà coniugali dell'YY, bensì anche su quelle definite "patrimoniali", ed individuate per l'appunto in una gestione non propriamente corretta dei comuni proventi di reddito, con la conseguenza che i rapporti di fiducia e di reciproca stima sono rimasti gravemente incrinati e tali da rendere non più tollerabile la convivenza. (omissis) D'altra parte, come già sottolineato anche dai giudici di prime cure, non si tratta, in questa sede, di accertare i limiti della fondatezza della pretesa patrimoniale, che sarà oggetto di autonomo giudizio, ma piuttosto il clima di scarsa fiducia e correttezza che ha certamente contribuito in maniera determinante, unitamente alle infedeltà coniugali, a far entrare in crisi la coppia ed a rendere intollerabile la convivenza. In sostanza l'esperita istruttoria ha evidenziato come la condotta dell'YY, che ha agito con scarso rispetto sia sul piano morale che economico nei confronti del coniuge e della famiglia minando la solidarietà che è alla base del rapporto di coppia, sia stata la causa principale del fallimento dell'unione: la pronuncia relativamente all'addebito per la separazione va, quindi, confermata".

² G. Cassano, in *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006.

consensuale, fondata essenzialmente sull'accordo tra i coniugi, e la **separazione giudiziale**, scaturente al contrario dal disaccordo tra i coniugi circa le condizioni della separazione stessa.

In realtà, però, è dato riscontrare nell'ordinamento e nella pratica almeno altri tre tipi di separazione: la **separazione temporanea**, la **separazione disposta in via provvisoria ed urgente** e la separazione di fatto. Orbene, mentre la prima ha carattere cautelare, efficacia interinale ed è condizionata dall'accoglimento o dal rigetto della domanda di nullità presentata dinanzi al Tribunale civile (ex art. 126 c.c.) o ecclesiastico (ex art. 19, legge n. 847/1929)³, la seconda trova il proprio fondamento nell'ordinanza con cui il Presidente

³ **Art. 8 l. 121/1985:** “1) Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazione nella casa comunale. Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi e redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile. La Santa Sede prende atto che la trascrizione non potrà avere luogo: a) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione; b) quando sussiste fra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile. La trascrizione è tuttavia ammessa quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta. La richiesta di trascrizione è fatta, per iscritto, dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre i cinque giorni dalla celebrazione. L'ufficiale dello stato civile, ove sussistano le condizioni per la trascrizione, la effettua entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto e ne dà notizia al parroco. Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione anche se l'ufficiale dello stato civile, per qualsiasi ragione, abbia effettuato la trascrizione oltre il termine prescritto. La trascrizione può essere effettuata anche posteriormente su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, sempre che entrambi abbiano conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, e senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi. 2) Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte di appello competente, quando questa accerti: a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo; b) che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano; c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere. La Corte di appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia. 3) Nell'accedere al presente regolamento della materia matrimoniale la Santa Sede sente l'esigenza di riaffermare il valore immutato della dottrina cattolica sul matrimonio e la sollecitudine della Chiesa per la dignità ed i valori della famiglia, fondamento della società. **Art. 19, legge n. 847/1929:** “La Corte di Appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza o il provvedimento di dispensa del matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile e ne ordina l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio”. Vedi Formula 4.

del Tribunale provvisoriamente provvede con ordinanza reclamabile ex art. 708⁴ c.p.c.⁴

Tale ultima forma di separazione è la risultante del combinato disposto tra l'art. 708³ c.p.c. e l'art. 189 disp.att.c.p.c. e si verifica quante volte, estintosi il giudizio di separazione, i provvedimenti provvisori mantengono la loro efficacia. Difatti, al contrario che per la separazione temporanea, l'ordinanza presidenziale *de quo* è autonoma rispetto alla sentenza di separazione, conservando la propria efficacia anche dopo l'estinzione del processo, fino a quando non sia sostituita con altro provvedimento emesso a seguito della presentazione di un nuovo ricorso per separazione personale dei coniugi.

In tutte le ipotesi predette, la separazione personale dei coniugi è una situazione che allenta, ma ancora non scioglie il vincolo matrimoniale.

3. Separazione di fatto.

Non di rado capita che coppie coniugate decidano di sciogliere il loro legame senza far ricorso al giudice. In tali casi, è d'uso qualificare la situazione conseguente come separazione di fatto, con tale locuzione intendendosi far riferimento ad una forma di separazione personale che non ha alcun rilievo e dignità dal punto di vista giuridico, se non con riferimento all'ipotesi, peraltro ormai di remotissima (per non dire inesistente) verifica, di cui all'art. 3, n. 2 lett. b), legge n. 898/1970, relativa al regime transitorio dello scioglimento del matrimonio e legittimante la proposizione della domanda di divorzio per le separazioni di fatto iniziate almeno due anni prima del 18 dicembre 1970.

Da ciò discende che una separazione di fatto, anche se protratta per lungo tempo, non può in nessun caso legittimare i coniugi a chiedere direttamente il divorzio. Difatti, l'accordo tra i coniugi di vivere separati di fatto, sebbene non sia illecito per l'ordinamento, viene considerato inesistente, nel senso che non è in grado di produrre gli effetti della separazione legale con conseguente cessazione dei diritti e dei doveri propri della coppia coniugale convivente. Al più, l'esercizio di tali diritti e doveri inerenti a situazioni soggettive privatistiche può essere consegnato, nell'*an* e nel *quomodo*, alla libera determinazione delle parti, con la conseguenza della liceità e rilevanza, anche per l'ordinamento, dell'accordo di separazione con cui i coniugi decidano di regolare il proprio assetto patrimoniale per il tempo della separazione di fatto, con l'unico limite dei diritti indisponibili del coniuge più debole e della prole⁵.

⁴ Per la formula del reclamo vedi sub Formula 5.

⁵ In questo senso Cass. Civ., Sez. I, 12 settembre 1997, n. 9034; Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1992, n. 7470.

4. La separazione consensuale.

Come anticipato, la separazione consensuale dei coniugi rappresenta, accanto alla separazione giudiziale, una delle due modalità di manifestazione della fase patologica del rapporto matrimoniale.

La differenza tra i due tipi di separazione attiene ai presupposti della domanda avanzata al Presidente del Tribunale competente. Difatti, mentre la separazione giudiziale presuppone uno stato di conflitto insanabile tra i coniugi che trova composizione nella sentenza del giudice, la separazione consensuale presuppone, al contrario, l'incontro delle volontà dei coniugi e acquista efficacia con l'omologazione dell'organo competente.

In entrambi i casi, tuttavia, la separazione personale dei coniugi determina la situazione di legale sospensione (peraltro, non definitiva, posto che la mera ripresa della convivenza è sufficiente a far cessare gli effetti della separazione) dei doveri reciproci dei coniugi, salvi quelli di assistenza e di reciproco rispetto.

La norma di riferimento, intesa anche come momento fondamentale di emersione della negozialità familiare è l'art. 158 c.c. che attribuisce ai coniugi la facoltà di disciplinare di comune accordo la volontà di far cessare la convivenza regolamentando gli interessi di natura personale e patrimoniale, salvo il limite inderogabile di cui al secondo comma del rispetto degli interessi morali e patrimoniali della prole.

L'art. 158 c.c. presuppone l'accordo dei coniugi in ordine all'affidamento e al mantenimento dei figli; allo stesso modo, l'art. 155 c.c. prevede che il giudice, sempre nelle disposizioni concernenti la prole, "prende atto degli accordi intervenuti tra i genitori"; ancora, l'art. 711 c. p. c. fa riferimento al "consenso dei coniugi alla separazione e alle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole" di cui si deve dare atto nel processo verbale in caso di mancata conciliazione.

Attualmente, il quadro degli accordi dei coniugi in occasione della crisi familiare appare diversificato.

Ad essi le parti ricorrono non solo per integrare o modificare un precedente accordo omologato ex art. 711 c.p.c., ma anche per disciplinare i loro rapporti prevalentemente di natura economica, indipendentemente dalla sussistenza di detto accordo e al di fuori di esso.

Risulta, pertanto, superato l'orientamento giurisprudenziale che riconduceva ogni accordo relativo alla separazione, anche a contenuto esclusivamente economico, nell'alveo del processo, considerando condizione necessaria per la sua efficacia, l'omologazione del tribunale. Il controllo giudiziale trovava la sua ragion d'essere nella rilevanza degli interessi sopraindividuali che fanno capo alla famiglia e, in particolare, nella necessità di tutelare valori fondamentali quali la solidarietà familiare di cui il giudice diventa garante in sede di omologazione.

Tale prospettiva è venuta progressivamente meno anche in considerazione della diversa considerazione riconosciuta alla dimensione comunitaria della famiglia.

Se, infatti, il principio di solidarietà assume un ruolo prevalente laddove si tratta di attribuire ai coniugi dei doveri *ex lege*, come quello di mantenimento, anche in un'ottica di tutela di altri membri del nucleo familiare, in altri casi, prendono maggiore vigore interessi più spiccatamente individuali, come quelli che sottostanno alla regolamentazione dei rapporti di natura patrimoniale.

4.1. Limiti all'autonomia negoziale.

Lo spazio di libertà di cui gode l'autonomia decisionale dei coniugi non è definibile in termini univoci attesa la necessaria distinzione che intercorre tra l'autonomia negoziale ampia relativa alla definizione dei rapporti tra i soli coniugi (pur nel rispetto dei diritti indisponibili) e l'autonomia negoziale ridotta relativa alla definizione dei rapporti familiari in presenza di figli minorenni o maggiorenni non ancora indipendenti.

Difatti, mentre nel primo caso è la volontà delle parti a formare l'accordo, insindacabile dal giudice che si limita a constatare il raggiungimento dell'accordo, nel secondo il controllo giudiziario è più intenso perché necessitato dalla tutela dell'interesse preminente dei figli stessi⁶.

Bisogna, dunque, distinguere gli accordi che riguardano i figli, rispetto ai quali si rende necessario il controllo giudiziale al fine di tutelare gli interessi di questi, dagli accordi che concernono esclusivamente i coniugi, dove l'autonomia negoziale riacquista importanza primaria.

Tanto premesso e prima di procedere ad un'analisi specifica dei singoli istituti generali traslabili all'autonomia negoziale in ambito familiare, è bene verificare quali siano le parti, il contenuto e la natura giuridica dell'accordo di separazione.

4.2. I soggetti dell'accordo.

Quanto ai soggetti, legittimati alla stipula degli accordi di separazione sono gli stessi soggetti a loro tempo legittimati a contrarre matrimonio, ovvero i coniugi.

La giurisprudenza si è peraltro occupata delle varie ipotesi in cui il soggetto legittimato non possa o non voglia intervenire personalmente alla stipula della convenzione.

⁶ Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. Civ., 3 maggio 1989 n. 2054 secondo cui "In tali sensi depono il comma 2 del vigente art. 158 c.c. in base al quale il regime patrimoniale del mantenimento dei figli minori sfugge all'autonomia contrattuale delle parti, tant'è che quando l'accordo dei coniugi relativamente al mantenimento ed all'affidamento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi, il giudice indica le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli, rifiutando nell'ipotesi d'inidonea soluzione, l'omologazione".

Nel caso di rappresentanza legale o volontaria si ritiene che la domanda di separazione possa essere proposta anche a mezzo di rappresentante speciale, salva la comparizione personale dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale⁷.

Diversamente è sostenuto per quel che concerne la posizione del coniuge incapace per il quale si ritiene che possa essere meramente convenuto in giudizio tramite rappresentante legale ovvero spiegare domanda riconvenzionale per la dichiarazione di addebito.

Quanto alla posizione del coniuge inabilitato o emancipato, muovendo dalla generale distinzione tra atti di ordinaria amministrazione che possono essere liberamente compiuti dal soggetto ed atti di straordinaria amministrazione per i quali è necessaria la presenza di un curatore, è necessario distinguere tra atti aventi conseguenze personali (per i quali la distinzione precedente non opera ed è, quindi, possibile che la domanda di separazione venga presentata personalmente dal soggetto inabilitato o emancipato) ed atti aventi conseguenze patrimoniali. In quest'ultima ipotesi trova applicazione estensiva la *ratio* di cui agli art. 165 e 166 c.c. secondo i quali l'inabilitato o l'emancipato sono legittimati alla stipula di convenzioni matrimoniali nonché alle stipulazioni e donazioni fatte nell'atto di matrimonio a condizione che gli atti *de quo* siano assistiti dalla presenza del curatore⁸.

4.3. Il contenuto dell'accordo di separazione.

In relazione al contenuto dell'accordo, l'orientamento prevalente è incline nel distinguere all'interno del verbale di separazione un contenuto necessario ed un contenuto meramente eventuale.

Il contenuto necessario si sostanzia nella manifestazione di volontà effettuata dalle parti di separarsi e nell'eventuale (ma sempre necessario se vi sono dei figli) accordo circa l'affidamento ed il mantenimento della prole. L'assenza di tali requisiti comporta l'impossibilità per il giudice di disporre l'omologazione.

Diversamente tutte le altre condizioni della separazione volte alla regolamentazione di interessi aventi contenuto patrimoniale o personale diverso integrano il contenuto eventuale dell'accordo.

Le intese che tipicamente rappresentano il contenuto della separazione riguardano, pertanto, la cessazione della convivenza, l'affidamento, l'educazione ed il mantenimento della prole, nonché la regolazione dei rapporti patrimoniali. A tali pattuizioni la Cassazione riconosce la natura giuridica di "convenzioni di famiglia".

⁷ Cass. Civ., 11 novembre 1981 n. 5973, in DF 1982: "Questo Collegio ritiene di dover confermare l'indirizzo secondo cui, se nei rapporti attinenti allo status delle persone, non è ammissibile la procura generale ad negoziare, può tuttavia aversi nei giudizi di separazione personale la rappresentanza volontaria ove essa sia conferita con procura speciale".

⁸ In questo senso C. Murgo, L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia, Giuffrè, 2006, 21-29.

FORMULARIO

ART. 158 c.c. e 711 c.p.c.: Ricorso per separazione consensuale dei coniugi senza prole.

TRIBUNALE DI ROMA RICORSO PER LA SEPARAZIONE CONSENSUALE

dei coniugi:

Sig.ri Paolo Rossi, nato a Roma il 01.01.1970 ed ivi residente alla via De Gasperi, 1, CF: RSS PLA 70A01 H501 R, e **Anna Bianchi**, nata a Roma il 10.10.1971 ed ivi residente alla via De Gasperi, 1, CF: NNA BCH 71R50 H501 V, entrambi domiciliati in Roma alla via Tuscolana, n. 30, presso e nello studio dell'Avv. Antonio Sansone, che li rappresenta e difende in virtù di mandato a margine del presente atto

PREMESSO

che in data 06.06.2000, in Roma, i ricorrenti hanno contratto matrimonio concordatario presso la Chiesa di S. Maria del Popolo;

che il matrimonio è stato trascritto all'ufficio dello stato civile, atti di matrimonio al n. 100 in Roma;

che dalla loro unione non sono nati figli;

che il venir meno dell'affectio coniugalitatis tra i detti coniugi ha determinato continui ed aspri litigi che hanno reso intollerabile e impossibile il protrarsi della convivenza coniugale;

che non vi è patrimonio immobiliare in comunione;

che il patrimonio mobiliare resterà diviso come da separato atto di inventario e divisione allegato e sottoscritto contestualmente alla firma del presente ricorso.

Tanto premesso, i sottoscritti coniugi

CHIEDONO

che la S.V.Ill.ma voglia fissare udienza presidenziale ex art. 711 c.p.c. ed all'esito dichiarare la separazione consensuale dei coniugi ai patti ed alle condizioni anzidette.

Si producono:

- 1) estratto atto di matrimonio;
- 2) certificato dell'ultima residenza comune dei coniugi;
- 3) stato di famiglia;
- 4) ultime tre dichiarazioni dei redditi presentate.
- 5) atto di inventario e divisione dei beni mobili;

Il sottoscritto difensore dichiara che il procedimento è esente da contributo di iscrizione a ruolo ex art. 10, DPR 115/2002.

Dichiara, altresì, di voler ricevere gli avvisi e le comunicazioni di cui agli artt. 133, comma 3, 134, comma 3, 170, ultimo comma, 176, comma 2, e 183, ultimo comma,

c.p.c. a mezzo fax al n. 06.12345678 oppure all'indirizzo di posta elettronica antonio-sansone@mail.it.

Roma, addì 16.10.2009

Avv. Antonio Sansone