

**Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo
simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607**

Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo
simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607

Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo simulatorio
(Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza non definitiva del 17 dicembre 1999-27 gennaio 2000, il Tribunale di Roma pronunciava lo scioglimento del matrimonio civile tra BxxxxxxRxxxxxx e M.Bxxxxxx

Avverso tale sentenza proponeva appello la Bxxxxxx dinanzi alla Corte di appello di Roma, denunciando il mancato accoglimento della propria eccezione pregiudiziale di improponibilità della domanda di divorzio per essere stata la separazione consensuale, intervenuta tra i coniugi il 22 novembre 1993 ed omologata il successivo 27 novembre, frutto di un accordo simulatorio, teso unicamente alla risoluzione di problemi fiscali.

Con sentenza del 18 gennaio-6 aprile 2001 detta Corte rigettava l'impugnazione, osservando in motivazione che correttamente il primo giudice aveva ritenuto l'inammissibilità dell'eccezione di simulazione, atteso che non poteva ritenersi applicabile in via analogica alla fattispecie della separazione consensuale omologata la normativa di cui all'art. 1414 c.c., dettata per disciplinare atti giuridici di contenuto patrimoniale, né esperibile la relativa azione di nullità con riguardo al complesso procedimento giurisdizionale nel quale detta separazione si realizza, tenuto conto della peculiarità del procedimento, delle richieste del PM, della funzione attiva del presidente del Tribunale al fini dell'accertamento della volontà delle parti e dell'espletamento del tentativo di conciliazione, nonché dell'efficacia costitutiva dell'omologazione del collegio, chiamato a svolgere un'opera di controllo sia sul piano della legittimità sia - nei limiti di cui al secondo comma dell'art. 158 c.c. - su quello del merito.

Appariva pertanto immune da censure la pronuncia dei primi giudici di inammissibilità sia della prova testimoniale articolata dalla Bxxxxxx (comunque dedotta in violazione del divieto di cui all'art. 2722 c.c.) sia dell'interrogatorio formale deferito al Rxxxxxx (peraltro vertente su circostanza non decisiva) sulla sua proposta alla moglie di simulare la separazione per motivi fiscali.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Bxxxxxx deducendo due motivi. Resiste con controricorso il Rxxxxxx Entrambe le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione e/o falsa applicazione degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., si deduce l'errore della Corte di appello per aver escluso la configurabilità della simulazione in relazione all'accordo di separazione consensuale: si osserva al riguardo che

**Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo
simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607**

entrambe le norme richiamate, disponendo che la separazione non ha effetto senza l'omologazione del Tribunale, non consentono di ricostruire l'accordo di separazione come fattispecie complessa in cui l'intervento del Tribunale si ponga quale elemento costitutivo. Si rileva altresì che il negare ai coniugi la possibilità di far valere l'invalidità dell'accordo comporterebbe una violazione dell'art. 24 Cost. e condurrebbe all'assurdo logico e giuridico di dar luogo ad una sentenza di divorzio sulla base di una separazione non voluta al momento in cui è stata apparentemente concordata. Si deduce ancora che con l'escludere l'impugnabilità dell'accordo una volta omologato si finisce con il confondere l'intesa con il successivo provvedimento giudiziale, negandole un autonomo significato e riducendola a mero atto processuale, così confondendo anche i rimedi esperibili contro il decreto di omologazione con quelli concernenti il negozio che il decreto tende semplicemente a controllare.

La censura è infondata, ma la motivazione resa dalla Corte di appello deve essere corretta nei termini che saranno di seguito precisati.

La questione sollevata nel motivo di ricorso investe i delicati problemi relativi alla natura giuridica dell'accordo che sorregge la separazione consensuale, al rapporto tra siffatto accordo ed il decreto di omologazione, alla natura e funzione dell'intervento giurisdizionale.

Tali problemi hanno lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza di merito, anche per le implicazioni in ordine alla possibilità di revoca del consenso alla separazione prima del provvedimento di omologazione, ed hanno trovato negli anni soluzioni diverse, ritenendosi da alcuni, orientati per una impostazione pubblicistica dell'istituto, che il consenso costituisca mero presupposto del provvedimento giudiziale, cui va attribuito il ruolo di unico fatto costitutivo della separazione, configurandosi da altri la separazione consensuale come fattispecie a formazione progressiva, nell'ambito della quale consenso dei coniugi ed omologazione del Tribunale costituiscono elementi parimenti necessari e concorrenti per il conseguimento dello stato di coniuge separato, sostenendosi ancora da altri, nell'ambito di una prospettiva privatistica della fattispecie ispirata ad una accentuata valorizzazione dell'autonomia dei coniugi, desunta dall'intero sistema delle relazioni matrimoniali tracciato nella legge di riforma del diritto di famiglia, che la causa della separazione sta nella volontà dei coniugi, mentre l'omologazione agisce come mera condizione legale di efficacia dell'accordo.

Tale ultima posizione appare condivisa dalla più recente giurisprudenza di legittimità, orientata nel senso che la separazione trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del Tribunale e che la successiva omologazione è unicamente diretta ad attribuire efficacia dall'esterno all'accordo di separazione, assumendo la funzione di condizione sospensiva della produzione degli effetti delle pattuizioni stipulate tra i coniugi, già integranti un negozio giuridico perfetto ed autonomo.

A fondamento di detto orientamento - che deve essere in questa sede riaffermato - si è richiamato il chiaro tenore letterale del primo comma dell'art. 158 c.c. e del quarto comma dell'art. 711 c.p.c., che espressamente riferiscono al momento della efficacia il decreto di

Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607

omologazione della separazione fondata sul solo consenso dei coniugi, e si è tratto ulteriore argomento dalla limitazione posta dal secondo comma dell'art. 158 c.c., introdotto dalla legge di riforma del diritto di famiglia, ai poteri del giudice nella fase di controllo: si è pertanto rilevato che l'accordo tra i coniugi costituisce l'elemento fondante della condizione di coniugi separati e del regolamento dei loro rapporti, mentre il provvedimento di homologazione svolge la funzione di controllare la compatibilità della convenzione rispetto alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico, nonché di compiere la più pregnante indagine circa la conformità delle condizioni relative all'affidamento ed al mantenimento dei minori al loro interesse, e quindi di imprimere efficacia giuridica all'accordo stesso (Cassazione 3390/2001, in motiv.; 9287/1997; 2700/1995; 8712/1990; 1208/1985; 14/1984).

In tale prospettiva questa Suprema corte ha in più occasioni qualificato l'accordo di separazione come atto essenzialmente negoziale, espressione della capacità dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente, tanto da definirlo, riprendendo una efficace espressione della dottrina, come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia (così Cassazione 657/1994; 2270/1993; v. altresì, sulla definizione della separazione consensuale come negozio di diritto familiare, Cassazione 4306/1997; 2788/1991; nonché la più remota Cassazione 4277/1978, che nel ricondurre l'accordo alla categoria dei negozi o convenzioni di diritto familiare ha osservato che esso rispecchia un originario e sostanziale parallelismo di interessi e volontà, concretantesi nell'intendimento di vivere separati nella convinzione di un comune vantaggio di una scelta siffatta e nella condivisa esigenza di garantire il mantenimento delle condizioni necessarie per il rispetto degli interessi generali e di quelli della prole).

Una linea di tendenza nel senso del riconoscimento del pieno dispiegarsi della negozialità dei coniugi e dell'espansione della sfera di operatività dell'autonomia privata anche in relazione ai negozi di diritto familiare è peraltro chiaramente ravvisabile nella giurisprudenza di questa sezione orientata a riconoscere, entro determinati e penetranti limiti ed in termini differenziati, la validità degli accordi non trasfusi nell'accordo omologato e di quelli successivi all'omologazione (v., tra le altre, Cassazione 5829/1998; 7029/1997; 4657/1994; 657/1994, cit.; 2270/1993, cit. 2788/1991, cit.).

Posta la distinzione tra consenso alla separazione, quale concorde volontà delle parti di separarsi legalmente, e accordo sulle condizioni della separazione, secondo le chiare indicazioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 158 c.c. e nei commi 3 e 5 dell'art. 711 c.p.c. e limitata l'indagine, ai fini che interessano il presente giudizio, all'accordo di separazione in senso stretto, ritiene la Corte che non vi sia ragione di dubitare della natura negoziale dell'atto che dà sostanza e fondamento alla separazione consensuale, atteso che in tale accordo si dispiega pienamente l'autonomia dei coniugi e la loro valutazione della gravità della crisi coniugale, con esclusione di ogni potere di indagine del giudice sui motivi della decisione di separarsi e di valutazione circa la validità di tali motivi, in piena coerenza con la centralità del principio del consenso nel modello di famiglia delineato dalla legge di riforma ed in ragione del tasso di negozialità dalla stessa legge riconosciuto in relazione ai diversi momenti ed aspetti della dinamica familiare.

Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607

L'esclusione della natura contrattuale dell'accordo di separazione ed il suo inquadramento nella categoria negoziale, se comporta la non operatività delle norme proprie del contratto che trovano ragione nella specifica natura di questo, non esclude che possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento, come quelle 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).

Non sembra assumere valore decisivo ai fini della non configurabilità in assoluto di una dicotomia tra volontà e manifestazione il rilievo che, nell'ambito del procedimento configurato dagli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., l'accordo deve essere confermato dinanzi al presidente del Tribunale, il quale, dopo aver ascoltato i coniugi e tentato di conciliarli, deve dare atto nel verbale del consenso e delle condizioni della separazione, così esercitando non una funzione meramente notarile di recepimento delle dichiarazioni dei predetti, ma un potere di intervento diretto a favorire la loro conciliazione ed a vagliarne la volontà, in termini di effettività ed attualità.

Va in contrario rilevato che gli adempimenti che il presidente è chiamato a svolgere, pur delicati e complessi, non si profilano di tale pregnanza da escludere di per sé un accordo simulatorio o un vizio della volontà delle parti, certamente possibili pur in assenza di segni apparenti della loro esistenza: è invero evidente che il presidente recepisce il consenso espresso dai coniugi nelle forme in cui si manifesta e nella misura in cui può essere percepito attraverso il loro comportamento esteriore, così che il ritenere che il suo intervento fornisca la certezza assoluta ed incontestabile circa la validità e genuinità della volontà manifestata significa attribuire a detto giudice un ruolo di garante non corrispondente alla natura ed ai limiti dell'attività a lui demandata.

È d'altro canto del tutto esatto che l'atto di omologazione non è legato da un rapporto diretto ed immediato con il negozio di separazione, non investendo l'accordo in sé e non svolgendo una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti: in quanto diretto a controllare, come innanzi rilevato, la validità dell'iter processuale, a tutelare l'interesse dei figli minori ed a verificare il rispetto delle norme di ordine pubblico, esso non governa l'autonomia dei coniugi e non si confonde, ma si combina in maniera estrinseca con la loro volontà, fissata nell'accordo da omologare.

E tuttavia i rilievi che precedono non appaiono risolutivi ai fini della soluzione del problema in esame, richiedendo la questione della ammissibilità della impugnazione per simulazione dell'accordo di separazione un'ulteriore riflessione non tanto sul piano della natura dell'accordo e del suo rapporto con il decreto di omologazione, quanto su quello degli effetti che l'ordinamento attribuisce al provvedimento giudiziale.

Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607

Occorre invero considerare che nel momento in cui i coniugi convengono, nello spirito e nella prospettiva della loro intesa simulatoria, di chiedere al Tribunale l'omologazione della loro (apparente) separazione esse in realtà concordano nel voler conseguire il riconoscimento di uno status dal quale la legge fa derivare effetti irretrattabili tra le parti e nei confronti dei terzi, salve le ipotesi della riconciliazione e dello scioglimento definitivo del vincolo. È qui appena il caso di ricordare che con la separazione giudiziale e con quella consensuale omologata vengono meno a carico dei coniugi gli obblighi di carattere morale derivanti dal matrimonio, come quelli di coabitazione, di fedeltà e di assistenza, prevedendo l'art. 156 c.c., nella formulazione introdotta dal legislatore della riforma del diritto di famiglia, soltanto obblighi di natura patrimoniale; che l'art. 232, comma 2, c.c. fa venir meno la presunzione di concepimento nel matrimonio del figlio nato decorsi trecento giorni dalla pronuncia della separazione giudiziale o dalla omologa di quella consensuale o dalla data di comparizione dei coniugi davanti al giudice quando sono stati autorizzati a vivere separati; che ai sensi dell'art. 191 c.c. la separazione personale determina lo scioglimento della comunione dei beni; ancora, che il regolamento per la revisione dell'ordinamento dello stato civile di cui al d.P.R. 396/2000 prevede all'art. 69, lett. d), che della omologazione della separazione consensuale sia fatta annotazione negli atti di matrimonio.

Nella situazione considerata la volontà di conseguire detto status è effettiva, e non simulata: l'iniziativa processuale diretta ad acquisire la condizione formale di coniugi separati, con le conseguenti implicazioni giuridiche, si risolve in una iniziativa nel senso della efficacia della separazione che vale a superare e neutralizzare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso. Appare invero logicamente insostenibile che i coniugi possano disvolere con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso volere l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione: l'antinomia tra tali determinazioni non può trovare altra composizione che nel considerare l'iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione.

Né può invocarsi a sostegno dell'opposta tesi il disposto dell'art. 123 c.c., il quale attribuisce a ciascuno dei coniugi l'azione di simulazione del matrimonio, atteso che al contrario tale specifica previsione normativa consente di argomentare che in materia di status l'accordo simulatorio possa esplicarsi solo nei casi e nei limiti riconosciuti dall'ordinamento.

Va infine osservato che non costituiscono precedenti in senso contrario alla soluzione accolta le pronunce di questa Suprema corte segnalate da alcuni autori a conforto dell'opinione della impugnabilità della separazione per simulazione: non la sentenza 7681/1986, che soltanto in via astratta e teorica e senza fornire alcuna motivazione sul punto - non richiesta dalla fattispecie al suo esame - ha fatto salva la facoltà del terzo di provare la simulazione della procedura di separazione; non la più recente sentenza 3149/2001, che in sede di giudizio di revisione delle condizioni di separazione ha affermato, con espressione certamente non assunta a ratio decidendi, che ogni questione relativa alla simulazione dell'accordo posto a base della separazione era estranea all'oggetto di quel giudizio e doveva essere prospettata in apposita sede.

**Separazione consensuale dei coniugi - Divorzio - Separazione frutto di accordo
simulatorio Corte di cassazione, Sezione I civile Sentenza 20 novembre 2003, n. 17607**

Nei termini sopra indicati va corretta la motivazione con la quale la Corte di appello ha rigettato l'eccezione della Bxxxxxx di simulazione della separazione.

Le osservazioni in diritto innanzi esposte soccorrono ai fini del rigetto del secondo motivo di ricorso, diretto a denunciare l'illegittimità della statuizione di inammissibilità dell'interrogatorio formale del Rxxxxxx e della prova testimoniale richiesti dalla Bxxxxxx

Al rigetto del ricorso segue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di cassazione rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate in euro 2.100,00 di cui euro 2.000,00 per onorario, oltre le spese generali e gli accessori come per legge.