

Separazione simulata?

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

Per la Cassazione così non è (anche se pare). Commento a Cassazione Civile-I sez.-20 novembre 2003, n. 17607 di Rossella De Franco

Cassazione Civile-I sez.-20 novembre 2003, n. 17607

E' inammissibile l'impugnazione della separazione per simulazione quando i coniugi abbiano chiesto al Tribunale l'omologazione del loro accordo di separazione, volendo con ciò conseguire il riconoscimento di uno status dal quale la legge fa derivare effetti irretrattabili tra le parti e nei confronti dei terzi.

E' logicamente insostenibile che i coniugi possano disvolere con detto accordo la condizione di separati e al tempo stesso volere l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione", è da considerare "l'iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione.

Separazione simulata? Per la Cassazione così non è (anche se pare).

Due coniugi, per motivi di carattere fiscale, decidono di simulare una separazione consensuale ed ottengono l'omologazione da parte del tribunale.

Decorso il termine previsto dalla legge, il marito propone domanda di divorzio alla quale la moglie si oppone, eccependo la simulazione dell'accordo di separazione. Il tribunale rigetta tale eccezione e pronuncia sentenza non definitiva di divorzio.

La moglie propone appello.

La Corte d'Appello rigetta l'impugnazione ritenendo non applicabile in via analogica, all'accordo di separazione, la normativa di cui agli artt. 1414 e ss. del codice civile, né esperibile l'azione di nullità con riguardo all'intero procedimento, tenuto conto della sua peculiarità, della funzione del presidente del tribunale ai fini dell'accertamento della volontà delle parti, nonché dell'efficacia costitutiva dell'omologazione da parte del collegio chiamato a vagliare la legittimità e, nei limiti del 2° comma dell'art. 158 cc, il merito degli accordi coniugali.

La moglie ricorre in Cassazione la quale, nella pronuncia in commento, conferma la sentenza d'appello, pur correggendone la motivazione.

La Cassazione, allineandosi alle tendenze più recenti, dopo aver riconosciuto che "la causa della separazione sta nella volontà dei coniugi", si discosta dalla sentenza d'appello affermando che

“l’omologazione agisce come mera condizione legale dell’accordo” ed evidenziando come tra l’omologazione e l’accordo di separazione non sussista un legame diretto ed immediato, in quanto l’atto di omologazione non investe il negozio in sé e non svolge una funzione integrativa o sostitutiva della volontà delle parti, essendo solo diretto a controllare, dall’esterno, la validità dell’iter processuale, a tutelare l’interesse dei figli minori ed a verificare il rispetto delle norme di ordine pubblico.

Di conseguenza, la Corte riconosce la natura essenzialmente negoziale dell’accordo di separazione quale espressione dell’autonomia privata nell’ambito familiare, cui applicare, nei limiti della loro compatibilità, le norme dettate in ambito contrattuale e, soprattutto, quelle in materia di consenso e di capacità delle parti.

Inoltre, a differenza della Corte d’Appello, riconosce come l’intervento del presidente del tribunale nel procedimento di separazione non sia idoneo a garantire la genuinità del consenso prestato e come non sia di per sé idoneo, per la natura della funzione che è chiamato a svolgere, ad escludere la presenza di una simulazione o di un vizio del consenso.

Tuttavia, pur partendo da tali premesse, la Corte, nel passare ad esaminare più da vicino l’applicabilità della simulazione in subjecta materia, esclude la rilevanza dell’accordo simulatorio della separazione consensuale.

Per la Corte occorre guardare, più che alla natura dell’accordo di separazione ed al suo rapporto con il decreto di omologazione, agli effetti che l’ordinamento attribuisce al provvedimento giudiziale, ed in tale prospettiva ritiene che solo il provvedimento di omologazione sia idoneo a costituire lo status di separati.

Infatti, secondo i Supremi Giudici, «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».

Secondo la Cassazione, poiché è “logicamente insostenibile che i coniugi possano disvolere con detto accordo la condizione di separati e al tempo stesso volere l’emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione”, è da considerare “l’iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione”.

Né giova, per la Corte, il richiamo all’art. 123 c.c. poiché ritiene che “in materia di status l’accordo simulatorio possa esplicarsi solo nei casi e nei limiti riconosciuti dall’ordinamento”[1].

Anche se occorre ricordare come proprio la Cassazione, nella stessa pronuncia, come si vedrà meglio in seguito, per sostenere la tesi della natura negoziale dell’accordo di separazione, abbia fatto riferimento proprio a quelle norme del codice relative alla materia familiare che espressamente disciplinano i vizi del consenso e capacità delle parti in tema di matrimonio e i riconoscimento dei figli naturali, interpretando la previsione espressa per tali istituti, ad adiuvandum piuttosto che ad escludendum, cioè più come lo spiraglio aperto all’autonomia privata per accedere alla normativa in ambito familiare, piuttosto che come lo steccato a difesa dalle intrusioni.

Così, dopo una chiara presa di posizione a favore degli orientamenti più innovativi in tema di rapporti tra autonomia privata e famiglia, passando a declinare sul piano concreto le teorie che ha mostrato di condividere, la Cassazione, contraddicendo se stessa, giunge ad affermare la non applicabilità della disciplina della simulazione all’accordo di separazione, ricorrendo, nel far ciò, ad argomentazioni tutt’altro

che soddisfacenti, sia sotto il profilo dogmatico che sotto il profilo sostanziale.

Da un punto di vista strettamente dogmatico non è dato capire la ratio in base alla quale la Corte, in antitesi con quanto da essa stessa affermato circa la natura di mera condizione di efficacia dell'omologazione e facendo, di fatto, assurgere tale atto ad elemento essenziale e costitutivo della separazione, giunga ad affermare che "l'autonomia dei coniugi è soggetta a limiti in ordine ad alcune situazioni soggettive che scaturiscono dal negozio familiare e che riguardano più da vicino, status di coniuge, interesse dei figli minori, rispetto delle norme di ordine pubblico. In tale materia, solo il provvedimento di omologazione è idoneo a costituire lo status di separati".

Infatti, i Giudici di legittimità, diversamente da quelli di secondo grado, affrontano il problema della natura giuridica dell'accordo di separazione in modo molto articolato e richiamano i vari orientamenti della dottrina e della giurisprudenza facendo notare, molto puntualmente, come ad una concezione "pubblicistica" della famiglia[2], che ravvisava nell'accordo dei coniugi un mero presupposto della separazione la cui causa era da rinvenire nel solo provvedimento di omologazione da parte del giudice, visto come unico fatto costitutivo della separazione[3], si sia sostituita una concezione della famiglia maggiormente aperta ai principi di autonomia privata[4], la quale, successivamente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, ha portato gli interpreti a riconoscere il ruolo fondamentale dell'accordo nei rapporti tra i coniugi[5] ed ha condotto a una concezione di separazione consensuale intesa come fattispecie a formazione progressiva[6], attraverso la quale si consegue lo status di separati sia in virtù del consenso dei coniugi che del decreto di omologazione da parte del tribunale[7].

Sono sempre gli stessi Giudici a rilevare come, in tempi più recenti, tanto la dottrina[8] quanto la stessa giurisprudenza[9] si siano venute sempre più attestando sulla qualificazione dell'accordo di separazione come atto negoziale, anzi, come "uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità del diritto di famiglia", rinvenendo la causa della separazione nella volontà dei coniugi, rispetto alla quale l'omologazione agisce come mera condizione legale di efficacia dell'accordo[10].

Secondo tale ultima concezione, l'accordo di separazione si presenta come un negozio giuridico perfetto e autonomo, al quale l'omologazione attribuisce efficacia dall'esterno[11].

Ora, se è vero quanto affermato dalla stessa Corte sulla scia della giurisprudenza più recente, che l'omologazione è mera condizione di efficacia, essa non può influire sulla validità dell'accordo, né può attenere al momento essenziale dell'atto, ma solo al suo momento di produzione degli effetti, come qualsiasi altra condizione.

Se l'elemento essenziale della fattispecie va individuato nell'accordo dei coniugi, rispetto ad esso l'omologazione è da ritenere mero atto di controllo che influisce solo sulla produzione degli effetti, così come emerge dal dato letterale degli artt. 158 c.c. e dell'art. 711 c.p.c., i quali, rispettivamente, ci dicono che "la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice" e che "la separazione consensuale acquista efficacia con l'omologazione del tribunale".

La stessa Corte, come si è visto, nella prima parte della sentenza, nel ricostruire le varie tesi, muove delle valide critiche alle concezioni "antiprivatistiche" ed offre ottimi spunti a favore della concezione negoziale dell'accordo di separazione laddove ricorda come la valorizzazione dell'autonomia dei coniugi possa desumersi da tutto il sistema delle relazioni matrimoniali scaturito dalla riforma del 1975, così che la Corte sembra chiaramente riconoscere nell'accordo dei coniugi l'unica fonte della separazione, già integrante un negozio giuridico perfetto ed autonomo.

L'omologazione, è sempre la Corte ad evidenziarlo, non è legato da un rapporto diretto ed immediato con il negozio di separazione, non investe l'accordo in sé, non governa e non si confonde con la volontà dei coniugi ma si combina con essa dall'esterno.

Alla luce di tale orientamento, la Corte, che, come si è visto, ritiene senz'altro sussistente la natura negoziale dell'accordo di separazione, riconosce come solo tale accordo dia sostanza e fondamento alla separazione consensuale, poiché è in esso che si esplica in pieno l'autonomia dei coniugi e escludendo qualsiasi potere giudiziale in ordine ai motivi ed alla validità dell'accordo.

Tale riconoscimento della natura negoziale dell'accordo di separazione porta la Corte ad ammettere, nei limiti della compatibilità, l'applicabilità anche in tale materia di quelle norme contrattuali che disciplinano il negozio giuridico in generale o che sono espressione di principi generali dell'ordinamento, quali quelli in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti[12] e che in materia familiare vengono spesso richiamate.

Affermare ciò implica riconoscere l'ininfluenza (ai fini della validità e della sussistenza della separazione) dell'omologazione che, se classificata come condizione "esterna", resta del tutto avulsa dalla volontà stessa dei coniugi i quali, peraltro, neanche partecipano alla fase di omologazione e che in nessun modo possono influire sulla stessa (a nulla varrebbe, ad esempio, la ferma e reale volontà dei coniugi di volere l'omologazione quando la stessa fosse rifiutata per violazione dei diritti dei figli minori). Né, d'altronde, in nessun modo, l'omologazione può influire sulla volontà dei coniugi (tranne i casi espressamente previsti di rifiuto nell'interesse dei minori e dell'ordine pubblico), né può essere ritenuto uno strumento idoneo a controllare o a garantire la validità e l'effettività di tale intento.

Né il tribunale, che, una volta conclusa l'udienza presidenziale, neanche vede fisicamente i separandi, ha gli strumenti, ed ancor meno il compito, di indagare l'effettiva volontà dei coniugi, già trasfusa nel verbale dell'udienza presidenziale; l'emanazione del decreto di omologazione che da efficacia all'accordo, infatti, avviene in camera di consiglio, su relazione del presidente e su quale sia l'effettivo ruolo del presidente si è sufficientemente soffermata la stessa Corte che, correggendo la sentenza di secondo grado, ha sottolineato come "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", per cui "ritenere che il suo intervento fornisca la certezza assoluta ed incontestabile circa la validità e la 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".

La stessa Cassazione, superando l'orientamento della prevalente giurisprudenza di merito[13] che vedeva nell'intervento del presidente una sufficiente garanzia della libertà di volere dei coniugi, afferma come gli adempimenti svolti dal presidente non sono di per sé idonei a garantire un controllo circa l'esistenza di un accordo simulatorio o un vizio del consenso.

Dopo tali premesse, alquanto perplessi lascia, dunque, la considerazione svolta dalla circa il duplice atteggiarsi della volontà dei coniugi che, simulata al momento dell'accordo, diventa, poi, reale al momento dell'omologazione, volta al conseguimento di quello status che solo l'omologazione può conferire.

Intanto, non si capisce perché questo duplice atteggiamento sia ritenuta caratterizzante la sola simulazione della separazione, infatti, l'incompatibilità tra la volontà reale e la volontà dichiarata è caratteristica della simulazione in quanto tale, si ritiene, infatti, che nell'intento simulatorio non si possa parlare di due volontà contrastanti o antitetiche, bensì si debba parlare di una sola volontà, comune ad

entrambi i coniugi, che diversamente atteggiata, è volta al conseguimento del fine prefissato.

A tal proposito non sembra fuori luogo il parallelo tra questa ipotesi e quella del matrimonio o dello stesso contratto.

Anche nell'atto di matrimonio simulato i coniugi vogliono sempre e solo una cosa: il perseguimento del fine per cui fanno finta di sposarsi e lo vogliono sia al momento dell'accordo simulatorio che al momento dell'esternazione della loro volontà, condizione necessaria e costitutiva dello status di coniuge, status di cui i coniugi rifiutano l'essenza costitutiva, ma del quale vogliono trarre determinati benefici o conseguire solo determinati effetti (si pensi, ad esempio, ad un beneficio ereditario, economico, politico, ecc.).

Anche nel matrimonio simulato i nubendi, pur non volendo lo status di coniuge sotto il profilo dei rapporti personali, vogliono, in realtà, il conseguimento di determinati effetti conseguenti a tale status..

Lo stesso dicasi per la simulazione del contratto, dove i contraenti vogliono il consenso manifestato, così come vogliono che appaia una certa situazione giuridica, ma non vogliono alcuni degli effetti ad essa collegati (mentre ne vogliono altri o non ne vogliono affatto).

L'incompatibilità tra la volontà reale e la volontà dichiarata è, quindi, caratteristica propria della simulazione e l'esperienza mostra, a dispetto di quanto sostenuto dalla Cassazione, come non sia affatto illogico ma più che rispondente alla logica simulatoria che due soggetti, nella fattispecie i separandi, pur non volendo la separazione intesa come sospensione dei rapporti personali, tuttavia, vogliono ottenere quegli effetti (prevalentemente di carattere patrimoniale) che lo status di separati comporta. Tanto che, in questo caso, si potrebbe parlare di simulazione assoluta per quanto riguarda l'istituto giuridico della separazione e relativa per quanto riguarda gli effetti.

D'altronde, è ovvio che l'accordo simulatorio il quale, nell'intento delle parti, ha lo scopo di vanificare, tra di essi, l'atto di separazione omologato, contrasti con la palese volontà di separarsi, ma ciò costituisce proprio la peculiarità del patto simulatorio e, a meno che non si sostenga che la successiva volontà di richiedere l'omologazione costituisca un mutamento di volontà rispetto all'originario intento simulatorio, i coniugi hanno sempre la stessa volontà e, sia nella fase programmatica che in quella attuativa, c'è un intento simulatorio e una non attuazione preordinata degli effetti.

Quel che è bene chiarire, dunque, è che qui non si tratta di due volontà antitetiche (non volere la separazione ma volere l'omologazione) in ordine allo stesso istituto, bensì di una sola volontà comune ad entrambi di porre in essere tutto l'iter necessario a costituire quell'apparenza necessaria ai coniugi per conseguire determinati effetti giuridici, volendo che lo status conseguito sia, appunto, un'apparenza, quando, in realtà, i loro rapporti personali si conviene che restino inalterati, essendo simulati i presupposti stessi della separazione e che soli potrebbero giustificare, se realmente sussistenti, la sospensione del vincolo matrimoniale, con le relative conseguenze, tra le parti e verso i terzi. Per usare una terminologia semplice, i coniugi vogliono un'efficacia esterna della separazione ma non una efficacia interna, potendosi, forse, in questo caso parlare di simulazione parziale, i coniugi, infatti, non vogliono gli effetti di un altro negozio né vogliono alcun effetto, bensì vogliono solo alcuni effetti del negozio posto in essere e che non potrebbero conseguire altrimenti o che potrebbero conseguire in modo più oneroso e con maggiori rischi di impugnazione da parte dei terzi danneggiati (si pensi, ad esempio, allo scioglimento della comunione mediante convenzione e successiva ricostituzione mediante lo stesso strumento, laddove, invece, gli effetti della separazione, limitatamente agli aspetti patrimoniali sono automaticamente revocati con la semplice riconciliazione).

A giustificazione di ciò non giova affermare, come fa la Corte, che si tratta di conseguenze irretrattabili, infatti, anche il contratto ed il matrimonio, di per sé, sono irretrattabili, ma ciò non toglie che gli stessi, in determinati casi, possano essere invalidati, anche per simulazione.

Lo stesso richiamo operato dalla Corte alla riconciliazione dimostra la fragilità dell'argomentazione circa l'irretrattabilità degli effetti della separazione.

Infatti, la stessa facoltà concessa dal legislatore ai coniugi separati di eliminare, gli effetti della separazione mediante la riconciliazione, con un loro atto di volontà e senza l'intervento del giudice, è dimostrazione palese di come gli effetti irretrattabili della separazione, in realtà, non siano tali.

Proprio l'istituto della riconciliazione[14] si presta, più che sufficientemente, a dimostrare come tutta la disciplina della separazione consensuale sia governata dal principio della volontà delle parti e della loro disponibilità. Ciò emerge chiaramente solo laddove si pensi come, mentre sia necessario l'intervento del tribunale che mediante l'omologazione attribuisce efficacia all'accordo di separazione, per rimuovere gli effetti conseguiti, sia necessaria e sufficiente la comune volontà dei coniugi di ricostituire la situazione ex ante, anche sotto il profilo del regime patrimoniale.

A tale proposito, analizzando un po' più compiutamente l'istituto della riconciliazione, la quale, secondo l'art. 157 c.c., può essere espressa o di fatto, emerge come, in entrambi i casi, essa, per volontà dei coniugi, produce degli effetti rilevanti in ordine ai rapporti familiari, quali, ad esempio, la restaurazione della comunione legale e la presunzione di concepimento ex art. 232 c.c. [15] ed anche in relazione alla riconciliazione può essere utile notare come la simulazione possa, ancora una volta, assumere un certo rilievo, essendo senz'altro ipotizzabile che i coniugi, che pure hanno posto in essere una separazione non fittizia, in seguito, riconciliatisi, si accordino per simulare il persistere della separazione, proprio al fine di eludere, nei rapporti esterni, gli effetti della riconciliazione, primo fra tutti la ricostituzione della comunione legale[16].

A questo punto, una considerazione a parte merita la riflessione, appena accennata dalla Corte, sugli effetti irretrattabili della separazione nei confronti dei terzi.

Se, per i motivi addotti dalla Corte, fosse ammissibile la non applicabilità della disciplina della simulazione alla separazione, si attuerebbe una grave violazione della tutela dei diritti dei terzi e dello stesso ordinamento.

La motivazione della Cassazione, estesa alle sue estreme conseguenze, porterebbe, inoltre, a conseguenze palesemente ingiuste, sotto un altro profilo, sottraendo tali negozi ai rimedi previsti per i contratti in frode alla legge di cui, molto spesso, presentano le caratteristiche.

Infatti, come una prassi molto diffusa documenta, le finalità che, il più delle volte (se non sempre), sottendono alla simulazione della separazione sono dovute ad intenti, per così dire, fraudolenti, se non proprio truffaldini.

Si va, infatti, dalla finalità di sottrarre beni della comunione o beni personali, alla soddisfazione dei creditori di uno dei due coniugi, al conseguimento di determinati benefici (ad esempio, al fine del rilascio della casa da parte del conduttore, o a preferenze in graduatorie per assegnazione di contributi o altri benefici).

Ammettere che simili accordi, una volta omologati, beneficino di una sorta di sanatoria significa sottrarre tali accordi a qualsiasi sindacato di liceità e di validità, nonché negare, in contraddizione con il resto del sistema normativo, tutela a quei terzi che da tale accordo vengono danneggiati, soprattutto laddove si

pensi che, spesso, tali accordi vengono fatti proprio al fine di aggirare le norme a tutela dei terzi. Infatti, anche se l'intento fraudolento non è elemento necessario della simulazione, il problema principale che la separazione simulata pone, prima ancora della tutela di un coniuge nei confronti dell'altro e dei suoi creditori o aventi causa, è quello della tutela dei creditori e dei terzi, sia di quelli pregiudicati dall'accordo simulato, sia di quelli che confidano sulla serietà di tale accordo.[17] Ora, poiché lo scopo dei soggetti è di creare un'apparenza di negozio con o senza il fine ulteriore di occultare un negozio diverso, l'ordinamento, pur assumendo, in linea di principio, una posizione neutra, allo stesso tempo, tende ad evitare che siano pregiudicati i terzi ed i creditori, e che siano, più in generale, occultati, dietro schemi leciti apparenti, negozi illeciti; [18]

Il sistema normativo privilegia la tutela dei terzi e dei creditori rispetto a quella delle parti, sia in tema di simulazione, artt. 1415, 1416 e 1417 c.c., sia, più in generale, in tema di opponibilità mediante l'istituto della trascrizione, anche con particolare riferimento ai rapporti patrimoniali tra coniugi[19].

Piuttosto, un problema che si pone rispetto all'effettività della tutela, tanto dei coniugi che dei terzi, riguarda la pubblicità del regime patrimoniale tra i coniugi che, com'è noto, per quanto riguarda la sentenza di separazione giudiziale, l'omologazione della separazione consensuale, nonché la dichiarazione espressa di riconciliazione[20], si realizza mediante l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, mentre, per quanto riguarda l'accertamento della simulazione, non è soggetta ad alcuna annotazione.

Per ovviare a tale inconveniente occorre che chi voglia agire per l'accertamento della simulazione ricorra alla trascrizione della relativa domanda giudiziale, trascrizione che, in questo caso, svolge quella funzione "integrativa" e "correttiva" rispetto alle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio già rilevata da tempo da qualche autore[21] e recepita anche dalla giurisprudenza[22].

Pertanto, è appena il caso di rilevare come l'ammissibilità della simulazione dell'accordo di separazione sia già stata riconosciuta dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, che ha senz'altro ritenuto configurabile, in astratto, l'accordo simulatorio e l'applicabilità della relativa disciplina, soprattutto in ordine alla salvaguardia dei diritti dei terzi danneggiati [23] (anche se, nella sentenza in commento, la Corte ritiene di non riconoscere dignità di precedenti a tali pronunce [24]).

La tutela dei terzi, ovviamente, deve essere duplice, sia nel senso di ammettere i terzi alla prova della simulazione senza limiti probatori, laddove l'accordo si stato fatto al fine di eludere la loro tutela, sia nel senso di richiedere un estremo rigore probatorio da parte dei coniugi che volessero avvalersi dell'azione simulatoria al fine di travolgere diritti acquisiti dai terzi in virtù dell'atto simulato: in tal caso, ovviamente, dovrebbero trovare piena applicabilità le limitazioni previste in tema di prova della simulazione dagli artt. 1415, 1416 e 1417 c.c..

Le stesse limitazioni, ovviamente, non si applicheranno se l'azione del coniuge è volta a far valere l'illiceità dell'accordo, come sarebbe, ad esempio, in caso di accordo volto ad aggirare norme imperative[25].

Strettamente correlato al tema dell'accertamento della simulazione della separazione è anche quello dell'esperibilità dell'azione revocatoria nei confronti del coniuge che, mediante l'accordo simulatorio della separazione, reca nocimento alle ragioni dei creditori[26].

Per ovvie ragioni, in questa sede, tale riferimento non può che essere accennato, seppure per riconoscere[27] come, in linea di principio, stante la natura negoziale dell'accordo di separazione, nulla osta all'esercizio dell'azione prevista dall'art. 2901 c.c., soprattutto laddove si pensi che, il più delle volte,

come già detto, l'intento è proprio quello di sottrarre determinati beni alla garanzia dei creditori, e di tale diminuzione patrimoniale entrambi i coniugi sono ben consapevoli[28].

Dott. Rossella De Franco

Assegnista di ricerca in Diritto Privato

Presso la facoltà di Scienze Politiche

dell'Università Federico II di Napoli

Note:

[1] Per un' esplicita dichiarazione di applicabilità in via analogica dell'art. 123 c.c. in tema di matrimonio, v. App. Bologna, 17 maggio 2000, in Foro it., 2000, I, c. 3616.

[2] Per la ricostruzione del diritto familiare in chiave pubblicistica è d'obbligo il riferimento a CICU, Il diritto di famiglia (Teoria generale), Roma, 1914; si veda anche DEGNI, voce "Separazione dei coniugi" in Noviss. Dig. It., vol. XII, Torino, 1939, p. 107 ss. Da tale impostazione deriva, inoltre, la qualificazione degli atti familiari come atti "i senso stretto", in quanto il privato si limiterebbe a volere l'atto, le sue conseguenze sarebbero, comunque, previste e disciplinate dalla legge. Per una vasta panoramica degli atti familiari nell'autonomia negoziale, si veda SANTORO-PASSARELLI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, in Dir. e giur., 1945, I, p. 3 ss. ed anche in Saggi di diritto civile, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.; RESCIGNO, voce "Atto giuridico", in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988, vol. II, p. 4.

[3] Si veda, in tal senso, STOLFI, "Diritto Civile, V, Torino, 1921, p. 262 ss.; CICU, La filiazione. Gli alimenti, Torino, 1939, p. 214 ss.; GANGI, Il matrimoni, Milano, 1969, p. 289 ss.. Per la giurisprudenza v. Cass. 18.marzo1940, n. 940, in Giur. it. 1940, I, 1, c. 482; Cass. 3 marzo1936 n. 740, in Foro it. 1936, I, c. 518.

[4] E' d'obbligo, a tal proposito, il riferimento a SANTORO PASSARELLI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, op. loc. ult. cit. .

[5] Si veda, tra gli altri, SANTORO PASSARELLI, Libertà e autorità nel diritto civile, Padova, 1977, p. 123 ss.; CIAN, Sui presupposti storici e sui caratteri del diritto di famiglia riformato, in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraio, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 23 ss.; RESCIGNO, I rapporti personali tra i coniugi, in Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996, p. 33 ss.; ZATTI, Diritti e doveri del matrimonio, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, vol. 3°, Torino, 1996, p. 80 ss.

[6] In tal senso, si veda, A. FINOCCHIARO, in Diritto di famiglia, a cura di A. e M. Finocchiaro, I, Milano, 1984, p. 689; CALIENDO, Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale, in Famiglia e diritto, 1996, p. 335; SANTOSUOSSO, Il matrimonio, in Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1989, p. 362; MOROZZO DELLA ROCCA, Separazione personale (dir. priv.), in Enc. Dir., XLI, Milano, 1989, p. 1380.

[7] Tale principio è stato anche recepito dalla giurisprudenza, si veda: Cass.18 settembre 1997 n. 9287, in Giust. Civ., 1997, I, p. 2383; Cass.13 febbraio1985 n. 1208, in Giur.it., 1986, I, 1, c.252; Cass.5 gennaio 1984, n. 14, ivi, 1984, I,1, c. 1691; Cass. 25 settembre 1978 n. 4277, in Foro it., 1979, I, c. 718.

[8] V. ZATTI, I diritti ed i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in Trattato di diritto privato, cit., p. 125 ss.; ZATTI e MANTOVANI, La separazione personale dei coniugi, (artt. 150-158 c.c.), Padova, 1983, p. 382; OBERTO, I contratti della crisi coniugale, I, Milano, 1999, p. 38 ss.-p. 195 ss.

A. CECCHERINI, I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento, Milano, 1996, p. 186 ss.; DORIA, Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Milano, 1996, p. 118; ANGELONI, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997, p. 221; BONILINI, Manuale di diritto di famiglia, Torino, 1998, p. 208.

[9] V. Cass. 4 febbraio 1993, n. 2270, in Giur. it., 1994, I, 1, c. 1476; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in Foro it., 1995, I, c. 2984.

[10] I tal senso BIANCA, Diritto Civile, 2, La famiglia-Le successioni, Milano, 2001. p. 220; RUBINO L., Gli accordi familiari, in I contratti in generale, diretto da G. Alpa e M. Bessone, II, 2, in Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, p. 1172 ss.; ALPA-FERRANDO, Quaestio, in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Padova, 1989, p. 509, DORIA, "Negozio" di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso, nota a Trib. Napoli 13 marzo 1989, in Dir. fam. pers., 1990, p. 510; GIACOBBE, Sulla revocabilità del consenso nella separazione consensuale, nota a Trib. Napoli 13 marzo 1989, in Rass. dir. civ., 1991, p. 707; DOGLIOTTI, Separazione e divorzio, Torino, 1995, p. 6 ; ZATTI, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, op. ult. cit., p. 139; ANGELONI, op. cit., p.229. Per la giurisprudenza si veda, Cass. 5.gennaio1984, n. 14, cit.; Cass. 13 febbraio1985 n. 1208, cit.; Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, in Fam. Dir., 1997, p. 417, con nota di Caravaglios; App. Milano, 18 febbraio1997, ivi, p. 439, con nota di Figone.

[11] V. Cass. 8 marzo1995, n. 2700, in Dir. fam. pers, 1995, p. 1390; Cass. 24 gennaio 1990, n. 8712, in Giust. Civ., 1990, I, p. 2826.; Cass. 5 gennaio1984, n. 14, cit. .

[12] Cfr., in tal senso, BIANCA, op. cit., p. 218.

[13] Cfr. Trib. Roma, 14 dicembre 1998, in Fam. Dir., 2000, 60; Trib. Napoli, 16 ottobre 1996, in Gius, 1997, 1536; Trib. Roma, 11 aprile 1996, in Arch. Civ., 1997, 410; App. Milano, 22 febbraio 1983, in Dir. fam., 1983, 578; Trib. Genova, 13 febbraio 1981, ivi, 1981, 798.

[14] Sull'estensibilità dell'art. 157 c.c. anche al decreto di omologa della separazione consensuale, v. GRASSETTI, Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi, in Commentario al diritto italiano della famiglia, Padova, 1992, tomo II, p. 717; SANTOSUOSSO, Il matrimonio, cit., p. 401 e segg..

[15] V. in tal senso GRASSETTI, op. ult. cit., p. 716 ed i riferimenti bibliografici ivi richiamati. Ovviamente, non è qui il caso di riportare i termini del dibattito relativo all' efficacia retroattiva della ricostituzione della comunione legale, né quelli riguardanti l'opportunità della stipulazione di una convenzione ad hoc ai fini della ricostituzione della comunione legale.

[16] In tema di simulazione del contratto, ad esempio, un caso simile può essere rinvenuto nell'ipotesi avanzata da GENTILI, Simulazione dei negozi giuridici, in Digesto delle Discipline Privatistiche (sez. civ.), vol. XVIII, Torino, 1998, p. 515, il quale, giustamente, fa notare come "un contratto validamente stipulato possa divenire successivamente simulato allorché tutti i suoi contraenti si accordino di occultare la modifica che ne dispongono, attraverso la quale tornano alla situazione preesistente o ne costituiscono una divergente".

[17] BIANCA, Diritto civile, 3, Milano, 1987, p. 657

[18]Vedi, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, Diritto civile, 1*, Torino, p. 733

[19] Si veda, ad esempio, gli artt 2647, 2652, n. 4 e 2653, n.4 c.c., nonché la pronuncia della Corte

Costituzionale del 27.7.89 n. 454 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 155 c.c. nella parte in cui non prevede (a differenza dell'art. 6 L. 1.12.1970, n. 898) la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare.

[20] Vedi art. 69, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

[21] Cfr. OBERTO, Pubblicità dei regimi matrimoniali, in Riv. Dir. Civ., 1990, II, p. 236 ss.; ID. La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia (1991-1995), ivi, 1996, p. 229 ss..

[22] V. Cass., 28 novembre 1998, n. 12098, in Nuova giur. civ. comm., 1999, I, p. 636 ss..

[23] Cfr., Cass. 5 marzo 2001, n. 3149, in Famiglia, 2001, p. 769, con nota di OBERTO, Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei); Cass. 18 dicembre 1986, n. 7681, in Mass. Giur. it., 1986; App. Bologna, 17 maggio 2000, in Foro it., 2000, I, c. 3616,; Trib. Bologna, 28 gennaio 1998, in Dir. Fam., 1998, 1047, con nota di CONTE, Sull'opponibilità ai terzi della riconciliazione di coniugi ritualmente separati; Trib. Genova, 9 marzo 1983, in Arch. Locazioni, 1983, 104.

[24] Per una puntuale ed approfondita critica a tale aspetto della sentenza in commento si veda OBERTO, Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere), in Corr. Giur., 2004, p. 309 ss..

[25] A modesto parere di chi scrive, proprio quest'ultimo aspetto in tema di prova meritava un più approfondito esame da parte della Corte (che, a dire il vero, non l'ha per niente affrontato), proprio perché esso costituiva l'unico vero, valido, motivo, nel caso concreto, per escludere, per difetto di prova, la simulazione.

[26] L'argomento è diffusamente trattato ed approfondito da OBERTO, in Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio, Milano, 2000, p. 214 ss..

[27] L'ammissibilità di tale azione è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di merito, v. Trib. Torino, 18 agosto 1999, in Giust. civ., 2000, I, p. 2762; Trib. Roma, 5 marzo 1999, in Nuovo dir., 1999, p. 827; Trib. Casale Monferrato, 14 dicembre 1998, in Gius, 1999, p. 7; Trib. Bologna, 6 febbraio 1995, ivi, 1995, p. 3881. Ammette, in astratto, l'esperibilità dell'azione, seppure respinge la domanda per difetto di prova, Trib. Milano, 29 gennaio 1996, in Fallimento, 1996, p. 781, con nota di Figone.

[28] Per l'approfondimento di tale aspetto, nonché per ogni altro riferimento agli accordi di separazione aventi intenti, comunque, fraudolenti, si rimanda a OBERTO, Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei), nota a Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, cit., 774 ss. .

<https://www.diritto.it/separazione-simulata/>