

## **Art. 158** (Separazione consensuale)

*La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice.*

*Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice riconvoca i coniugi indicando ad essi le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli e, in caso d'inidonea soluzione, può rifiutare allo stato l'omologazione.*

SOMMARIO: 1. Premessa: separazione consensuale e autonomia privata - 2. La natura giuridica e la funzione dell'accordo. - 3. La revocabilità del consenso alla separazione. - 4. Il contenuto dell'accordo. - 5. I patti non omologati. - 6. I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione. - 7. I poteri del giudice. - 8. La modifica delle condizioni successive all'omologazione.

1. Con la riforma del diritto di famiglia, che ha mantenuto in vigore l'istituto della separazione consensuale, si è manifestata la volontà legislativa di lasciare ai coniugi anche la regolamentazione del momento in cui il rapporto familiare entra in crisi. Ciò ha indotto la dottrina a superare posizioni previgenti incentrate su una concezione elusivamente pubblicistica dell'istituto, qualificato come atto del potere familiare a tutela di un superiore interesse all'unità del vincolo (A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Bologna, 1978, p. 224) accentuando vieppiù il ruolo dell'autonomia privata anche in ambito familiare, alla ricerca di un equilibrio tra i due momenti in cui la separazione si articola, quello dell'accordo tra le parti e quello del controllo giudiziale attraverso l'omologazione (M. MANTOVANI, *La separazione consensuale*, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, Torino, 2003, p. 134) Così, a fronte di soluzioni che ritenevano il consenso un mero presupposto del provvedimento del giudice, cui va attribuito il ruolo di unico fatto costitutivo della separazione, (G. STOLFI, *Diritto civile*, V, Torino, 1921, p. 262; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, pp. 287 ss.; F. DEGNI, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943, p. 252; A. BERTOLA, *Il matrimonio*, in *Trattato Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1963, p. 181; Cass. 5 gennaio 1984, n. 14, in FI, I, c. 401), si sono affiancate posizioni intermedie che hanno inquadrato la separazione consensuale in una fattispecie complessa (F. SANTOSUOSSO, *Il Matrimonio*, in *Commentario. cod. civ.*, Torino, 1981, p. 1084; P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in ED, XLI, Milano, 1989, p. 1380; A. e M. FIOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, I, Milano, 1984, p. 690) o a formazione progressiva (A. D'ANOTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in RDC, 1959, II, p. 458 ss.) in cui i due elementi del consenso dei coniugi e dell'omologazione sono entrambi necessari e concorrenti per conseguire lo status di coniuge separato. In una chiave

esclusivamente privatistica della fattispecie, invece, si articolano le tesi di quanti rinvergono la causa della separazione nella concorde volontà dei coniugi (ROSSI CARLEO, *La separazione consensuale*, in *Trattato Bessone*, IV, 1, Torino, 1999, p. 204; M. MANTOVANI, *La separazione consensuale*, cit., p. 139) operando l'omologazione come mera *condicio iuris* dell'efficacia dell'accordo (A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 78 ss.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1957, p. 442; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1996, pp. 63 ss.; C. GRASSETTI, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, II, Padova, 1992, art. 158, pp. 718 ss.). Dopo alcune oscillazioni la giurisprudenza sembra essersi attestata su tali ultime posizioni ritenendo il consenso l'unica fonte della separazione con l'omologazione in funzione meramente attributiva *ab externo* dell'efficacia dell'accordo già perfezionato. (Cass. 20 novembre 2003, n. 17607, in CG, 2004, III, c. 307, con nota di G. OBERTO; Cass. 1984, n. 14, in FI, 1984, I, c. 401).

2. Nella prospettiva da ultimo menzionata, l'accordo dei coniugi è stato qualificato, sotto il profilo strutturale, come atto essenzialmente di carattere negoziale, quale espressione della capacità dei coniugi di autoderminarsi responsabilmente (Cass. 11 giugno 1998, n. 5829, in RFI, 1998, voce *Separazione di coniugi*, n. 109; Cass. 21 gennaio 1994, n. 657, in FI, 1995, I, c. 2984; Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in CG, 1993, p. 820. In dottrina: P. ZATTI, *Separazione personale*, in *Trattato Rescigno*, II, Torino, 1996, p. 135). Ciò da un lato conduce ad escludere la sua ammissibilità alla figura del contratto, involgendo l'accordo di separazione interessi prevalentemente di natura personale, non solo dei coniugi, ma anche della prole (C. LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Trattato Zatti*, I, Milano, 2002, p. 971); dall'altro consente l'applicabilità delle norme proprie del modello contrattuale che riguardano in generale la disciplina di tutti i negozi giuridici bilaterali (M. MANTOVANI, *La separazione consensuale*, cit., p. 136 ss.; A. FALZEA, *o.c.*, p. 96) o esprimono principi generali dell'ordinamento. Così sono stati ritenuti rilevanti ai fini dell'annullamento della separazione consensuale omologata, eventuali vizi del consenso, (Cass. 4 settembre 2004, n. 17902, in VN, 2005, p. 273) ovvero vizi che attengono alla capacità delle parti (C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, Milano, 2005, p. 248; A. C. JEMOLO, *o.c.*, p. 442), così come, altre volte, si è fatta applicazione delle regole di ermeneutica contrattuale (Cass. 5 luglio 1988, n. 4420, in DFP, 1988, p. 1650). Sul piano funzionale si è posta la distinzione tra il vero e proprio consenso alla separazione, *id est* la manifestazione di volontà dei coniugi di separarsi legalmente, dall'accordo sulle condizioni di separazione, quale complesso di regole pattizie volte a regolare le relazioni tra i coniugi per il tempo successivo alla separazione (C. LUMIA, *La separazione consensuale*, cit., p. 972).

3. Il consenso alla separazione, cui si riferisce propriamente il primo comma dell'art. 158, costituisce l'essenza stessa dell'istituto, in quanto espressione della libera ed autonoma volontà dei coniugi che incide direttamente sullo status coniugale. L'aspetto più problematico risiede nella possibilità o meno da parte di uno dei coniugi di revocare il consenso prestato prima che intervenga l'omologazione del tribunale. Accanto alle opinioni della prevalente dottrina, favorevole alla tesi della irrevocabilità del consenso (F. CARNELUTTI, *Separazione per accordo dei coniugi*, in RDPC, 1936, II, p. 298; A. FALZEA, *o.c.*, p. 116 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 691; A. C. JEMOLO, *o.c.*, p. 445 ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *o.c.*, p. 1381; F. SCARDULLA, *o.c.*, p. 92 ss.; ROSSI CARLEO, *o.c.*, p. 211; *contra*: C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 250; C. GANGI, *o.c.*, p. 288 ss.), la giurisprudenza, specie di merito, ha continuato a sostenere la revocabilità incondizionata del consenso fino all'intervento del giudice (App. Bari 30 agosto 1993, in FI, 1994, I, c. 589; App. Venezia 11 giugno 1983, in GI, 1984, I, 2, c. 666; Trib. Milano, 10 novembre 1982, in DFP, 1983, p. 1359 ss.; Trib. Napoli, 13 marzo 1989, *ivi*, 1990, p. 135).

4. Quanto agli aspetti contenutistici, tradizionalmente si distingue un contenuto "necessario" e un contenuto "eventuale" dell'accordo (A. FALZEA, *o.c.*, p. 98). Nel primo vengono ricompresi tutti i patti indispensabili perché possa validamente costituirsi lo stato di separazione e così, specificando, il consenso alla separazione, le pattuizioni relative alla prole e il mantenimento del coniuge privo di adeguati mezzi (P. ZATTI, *o.c.*, p. 142). Nel contenuto eventuale rientrerebbero, invece, tutte le altre pattuizioni, che solo occasionalmente vengono inserite nel verbale di separazione, di talché la loro assenza non pregiudica la validità del negozio (A. FALZEA, *o.u.c.*, *ibidem*). Tale distinzione non è condivisa dalla giurisprudenza che ritiene essenziale il solo consenso alla separazione, tutte le altre pattuizioni essendo relegate nell'ambito del contenuto eventuale (Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in FDi, 1988, p. 81). Tra queste sono da considerarsi nulle, perché contrarie a norme imperative, tutte quelle clausole che mirassero ad escludere o a limitare la potestà di una delle parti, come la rinuncia al c.d. diritto di visita o di vigilanza sull'istruzione e sull'educazione dei figli (A. FALZEA, *o.c.*, pp. 105 ss.; F. SCARDULLA, *o.c.*, pp. 98 ss.). Parimenti inammissibili sarebbero le clausole miranti a porre uno dei due coniugi in condizioni di inferiorità o tendenti a far conseguire al verbale di separazione un'efficacia non consentita dalla norma (A. C. JEMOLO, *o.c.*, p. 448; F. SCARDULLA, *o.u.l.c.*; A. e M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 443). Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali, mentre sarebbe nulla la clausola di rinuncia agli alimenti, stante l'indisponibilità del relativo diritto (C. GRASSETTI, *o.c.*, p. 720; F. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 470), è valida la previsione con cui le parti rinunzino *rebus sic stantibus* al mantenimento (Cass. 26 maggio 1967, n. 1146, in RFI, 1967, voce *Separazione di coniugi*, c. 2320, n. 34), quella con cui

stabiliscano che l'obbligo di mantenimento venga adempiuto, anziché mediante l'erogazione periodica di una somma di denaro, attraverso l'attribuzione *una tantum* della proprietà di beni, mobili o immobili, o di un capitale (Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in GC, 1995, I, c. 202; App. Milano, 6 maggio 1994, in FDi, 1994, p. 667), quella che stabilisca una prestazione di mantenimento eccedente il minimo dovuto, o quella che preveda la cessazione dell'obbligo in caso il beneficiario instauri un rapporto di convivenza *more uxorio* (Cass. 5 giugno 1997, n. 5024, in GCM, 1997, p. 922). Di recente è stata ritenuta, altresì, la liceità del patto con cui le parti, in occasione della separazione, regolino i loro rapporti patrimoniali in caso di nullità del matrimonio (Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in GI, 1993, I, c. 1670, con nota di M. CASOLA), mentre sarebbero nulli, per illiceità della causa, quelli relativi ad un eventuale divorzio (Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in FI, 2001, I, c. 1318). Sul piano dell'efficacia la sorte di detti accordi è stata analizzata sia per il caso della riconciliazione che per quello di mutamento del titolo della separazione (su cui *retro*, *sub* artt. 150 e 151 c.c.). Nel primo caso, ponendosi fine allo stato di separazione, vengono a cadere tutti gli accordi che necessariamente la presuppongono (A. FALZEA, *o.c.*, p. 104; P. ZATTI, *o.c.*, p. 141), mentre continueranno a produrre effetti tutti quei patti che sono stati solamente occasionati dalla separazione, avendo con questa un legame meramente estrinseco (F. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 471); nel caso di mutamento del titolo, invece, tutta la materia oggetto degli accordi tra i coniugi viene rimessa alle determinazioni del giudice, chiamato ad una nuova qualificazione del rapporto coniugale (P. ZATTI, *o.u.c.*, *ibidem*; F. FINOCCHIARO, *o.u.c.*, *ibidem*).

5. Considerazione a parte meritano gli accordi relativi alle condizioni della separazione che non venga di poi omologata dal tribunale, nonché le ipotesi di pattuizioni che non siano trasfuse nel verbale di separazione, situandosi quali pattuizioni *a latere* dello stesso, ovvero vengano adottate successivamente alla separazione omologata, regolando il rapporto tra i coniugi in modo diverso o ulteriore. La mancata omologazione non fa venir meno l'efficacia degli accordi riguardanti i rapporti patrimoniali fra le parti (A. FINOCCHIARO, *o.l.c.*) a meno che l'intero accordo non possa dirsi subordinato alla tacita condizione dell'omologazione (P. ZATTI, *o.l.c.*). Nel caso degli accordi non trasfusi nel verbale di omologazione, a posizioni assai rigorose che negavano una simile possibilità, sul rilievo dell'insufficienza della volontà delle parti a produrre qualsivoglia effetto giuridico al di fuori della sede processuale (Cass. 5 gennaio 1984, in FI, 1984, I, c. 401; Trib. Napoli, 3 aprile 1979, in DG, 1979, p. 323; Trib. Firenze, 12 marzo 1980, in DFP, 1981, p. 512.), si è dato sempre maggior spazio all'autonomia dei coniugi, arrivando a ritenersi valide ed efficaci le modificazioni pattuite successivamente all'omologazione, anche a prescindere dallo speciale procedimento di cui agli artt. 710 e 711 c.p.c., con il solo limite della derogabilità consentito

dall'art. 160 c.c. (Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in DFP, 1994, p. 571, con nota di G.F. DORIA; Trib. Piacenza, 6 febbraio 2003, n. 89, in AC, 2004, p. 494). Le pattuizioni anteriori o coeve al decreto di omologazione e non trasfuse nel verbale, sono operanti, invece, allorché si collochino in posizione di non interferenza con questo, sia perché attengano ad aspetti non presi in considerazione nell'accordo formale e, comunque non incompatibili con esso, sia perché integrino mere specificazioni di tale accordo ovvero, in caso di difformità, assicurino una maggiore rispondenza rispetto all'interesse tutelato (Cass. 10 ottobre 2005, cit.; Trib. Lecce 15 aprile 2003, in RFI, 2003, voce *Separazione di coniugi*, n. 78; Cass. 28 luglio 1997, n. 7029, in RFI, 1997, voce *Separazione di coniugi*, n. 57; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in GC, 1994, I, c. 912). Diversamente, qualora gli accordi riguardino anche i figli, specie se minori, l'orientamento prevalente ritiene imprescindibile il controllo giudiziale, subordinando in ogni caso l'efficacia dei patti, in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti, all'omologazione del tribunale (Cass. 13 febbraio 1985, n. 1208 in NGCC, 1985, I, p. 658, con nota di P. ZATTI; Trib. Genova, 2 giugno 1990, in GM, 1992, p. 58, con nota di M. GIORGIANNI; in dottrina ROSSI CARLEO, *o.c.*, p. 205; C. LUMIA, *o.c.*, p. 1003 ss.; U. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, p. 264 ss.; *contra*: M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 19).

6. Tra gli accordi che i coniugi possono adottare in vista della separazione, una rilevanza sempre maggiore nella prassi hanno acquistato i negozi con cui, senza corrispettivo, viene trasferita la proprietà di beni immobili o vengono costituiti diritti reali, quali l'usufrutto l'uso o l'abitazione, in favore di un coniuge o dei figli. Nell'ottica della crescente valorizzazione dell'autonomia dei coniugi in ambito familiare, la giurisprudenza ha costantemente riconosciuto la validità di tali clausole, accentuandone la loro individualità, quale espressione di libera autonomia contrattuale delle parti (cfr. Cass. 2 dicembre 1991, n. 12897, in Q, 1993, p. 799, con nota di A. PALAZZO), le quali darebbero vita a veri e propri contratti atipici, con particolari presupposti e finalità, non riconducibili né allo schema delle convenzioni matrimoniali né a quello della donazione, ma diretti comunque a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. (Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in GC, 2005, I, c. 415; Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in DFP, 1993, p. 471; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in GC, 1988, c. 144, con nota di V. MARICONDA). Su questa scorta una parte della dottrina si è spinta oltre e, analizzando sistematicamente il problema della qualificazione giuridica degli atti traslativi, è arrivata ad individuare un autonomo profilo causale, comune a tali negozi e rinvenuto nella funzione peculiare di definizione della crisi coniugale, il che svelerebbe una loro intrinseca tipicità (G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in Fmi, 2006, p. 190 s.; ID. *I contratti della crisi coniugale*, Milano,

1999, p. 709 s.; Cass. 23 marzo 2004, n. 5741, in AC, 2004, p. 1026). Il trasferimento può essere programmato tanto in sede giudiziale che stragiudiziale. Nel primo caso il negozio verrà posto in essere dinanzi al giudice e contenuto nel verbale di separazione, il quale, una volta riconosciuta la sua natura di atto pubblico, costituisce titolo idoneo a soddisfare l'esigenza della forma scritta e l'esecuzione delle formalità pubblicitarie ex art. 2657 c.c. (Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in RN, 1998, p. 171, con nota di V. GAMMONE). Nel secondo caso l'atto traslativo si compierà al di fuori di questo contesto, spesso quale adempimento di un obbligo a trasferire assunto in sede giudiziale. Sotto questo aspetto, in caso di inadempimento all'obbligo precedentemente assunto, è pacifica la possibilità di ricorrere in forma specifica ex art. 2932 c.c. (M. DOGLIOTTI, *o.c.*, p. 11; G. OBERTO, *I trasferimenti*, cit., p. 213, ove ulteriore richiami alla dottrina. Cass. 2 dicembre 1991, n. 12897, cit.; Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, cit.; Trib. Potenza 14 marzo 1991, in DFP, 1991, p. 1031; App. Torino, 9 maggio 1980, in GI, 1981, I, 2, c. 19). Non vi è univocità di vedute, invece, in ordine alla qualificazione giuridica dell'impegno a trasferire il diritto reale immobiliare qualora il beneficiario sia un figlio minore (su cui Cass. 2 febbraio 2005, n. 2088, in RFI, 2005, voce *Separazione di coniugi*, n. 97). In questo caso, mentre la giurisprudenza ha qualificato simili fattispecie come contratto preliminare a favore di terzo, individuando il contratto definitivo quale contratto con obbligazioni del solo proponente, ai sensi dell'art. 1333 c.c., il quale perfezionerebbe in mancanza del rifiuto del figlio destinatario dell'attribuzione (Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in GC, 1988, I, c. 1237, con nota di M. COSTANZA e in CoG, 1988, p. 146 ss., con nota di V. MARICONDA), la dottrina maggioritaria ha preferito ricostruire la fattispecie in termini di atipicità, richiamando la costruzione del c.d. pagamento traslativo (A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi "solvendi causa"*, in RDC, 1989, II, p. 233 ss.; A. SCIARRONE ALIBRABDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in RDC, 1989, II, p. 525 ss.; *contra*: G. OBERTO, *I trasferimenti*, cit., p. 213). Nel caso, poi, l'atto di disposizione si riveli lesivo dell'interesse dei creditori personali del coniuge disponente all'integrità della garanzia patrimoniale, è stata ritenuta ammissibile l'esperimento dell'azione revocatoria, tanto ordinaria, quanto fallimentare (Cass. 12 aprile 2006, n. 8516; Cass. 23 marzo 2004, n. 5741, in AC, 2004, p. 1026).

7. In considerazione dell'evidenziato ruolo di centralità che l'autonomia dei coniugi svolge all'interno del procedimento, l'intervento del giudice previsto dall'art. 158 è stato inteso come mero potere di controllo in funzione garantistica, volto, cioè, ad imprimere efficacia *ab externo* all'accordo privato previa verifica dell'osservanza del rito e della conformità della convenzione alle norme imperative ed ai principi di ordine pubblico (U. AZZOLINA, *o.c.*, p. 217; F. SCARDULLA, *o.c.*, p. 89 ss.; Cass. 8 marzo 2001, n. 3390, in NGCC, 2002, I, p. 422, con nota di R. BARBANERA). Ciò

porta ad escludere ogni forma di intervento di merito, integrativo o modificativo della volontà negoziale, sia in relazione al consenso alla separazione che alle condizioni della separazione riguardo ai coniugi (Cass. 8 marzo 1995, n. 2700, in DFP, 1995, p. 1390; App. Napoli, 29 gennaio 1996, *ivi*, 1996, p. 335), con l'unico limite dato dalla non omologabilità di clausole nulle per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *o.c.*, p. 1381; Cass. 24 agosto 1990, n. 8712, in GC, 1990, I, c. 2826) o, secondo altri, di pattuizioni da cui emerga una posizione di manifesta inferiorità di un coniuge verso l'altro (P. ZATTI, *o.c.*, p. 140; F. SCARDULLA, *o.c.*, p. 97 ss.). Nel caso dei figli, invece, l'art. 158, secondo comma, autorizza un intervento più pregnante, che investa anche il merito della domanda, potendo il giudice sindacare in concreto la rispondenza degli accordi presi ai loro interessi. Tuttavia, nel caso tale indagine abbia esito negativo, il giudice, non può sostituire la propria volontà a quella delle parti, ma dovrà riconvocare i coniugi al fine di suggerire misure più adeguate e, e nel caso le parti non accolgano tali indicazioni, rifiutare l'omologazione.

8. Nessun dubbio sussiste sulla possibilità di modificare le condizioni della separazione omologata in pendenza di circostanza sopravvenute che ne giustifichino la revisione. In proposito l'art. 711 c.p.c., rinviando al precedente art. 710 c.p.c., richiama le forme del rito ordinario. Si è ritenuto, tuttavia, che il procedimento contenzioso non sia necessario qualora tra i coniugi sussista accordo sulla modifica delle condizioni, potendo in questi casi giungersi all'omologazione dei nuovi accordi con una procedura analoga a quella che ha condotto alla separazione consensuale (F. SANTOSUOSSO, *o.c.*, p. 1095; A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *o.c.*, p. 695 ss.; P. ZATTI, *o.c.*, p. 143 ss.; *contra*: Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, *cit.*). Diverso è il problema dell'efficacia di accordi modificativi delle condizioni di separazione adottati consensualmente dai coniugi e non sottoposti ad alcun vaglio giurisdizionale. Sul punto valgono le considerazioni già espresse *sub* 5, in ordine agli accordi non omologati. Quanto alle circostanze che giustifichino la modifica esse sono le stesse che operano nella separazione giudiziale. Così dovrà trattarsi di sopravvenienze, di fatto o di diritto, che presentino elementi di novità, in quanto abbiano alterato la situazione preesistente, mutando i presupposti in base ai quali le condizioni della separazione erano state determinate (Cass. 5 marzo 2001, n. 3149, in RFI, voce *Separazione di coniugi*, n. 3149). In ogni caso tali circostanze non dovranno essere tali da incidere sul consenso alla separazione, ponendosi, all'uopo, la diversa questione del mutamento del titolo della separazione (su cui *retro*, *sub* artt. 150 e 151 c.c.).