

NUMERO 3 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ROSARIA GIORDANO

Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	440
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)</i>	443
FRANCESCO MACARIO	
<i>Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica</i>	509
ENRICO MOSCATI	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato</i>	547
ROBERTA TISCINI	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica</i>	571
ROSARIA GIORDANO	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve</i>	605
ROBERTO MARTINO	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale</i>	623

Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve

La legge 6 maggio 2015, n. 55, sul divorzio c.d. breve è intervenuta solo su alcune delle questioni processuali più dibattute in tema di separazione e cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedendo, ad esempio, che la comunione coniugale si scioglie sin dalla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c.: da tale disposizione sorge l'interrogativo in ordine alla cumulabilità, sinora non ammessa dalla stessa giurisprudenza di legittimità, della domanda di separazione (o di divorzio) con quella di divisione dei beni.

Restano poi irrisolti – sebbene la riduzione del termine per la proposizione della domanda di divorzio renderà i relativi fenomeni più frequenti nella prassi – altri tradizionali problemi, come quello del rapporto tra i procedimenti di separazione e di divorzio, ove contestualmente pendenti.

The Law of 6 May 2015, n. 55, on divorce short is intervened only on some of the most debated procedural issues in separation and termination of the civil effects of marriage, providing, for example, that the conjugal communion melts since the ruling of the measures referred to in Article 708 c.p.c: the question arises as to the cumulation the question of separation (or divorce) with that of the division of property.

Then they remain unresolved – although the reduction of the time limits for the application for divorce will make its most frequent phenomena in prac-

tice — other traditional issues, such as the relationship between the processes of separation and divorce, when simultaneously pending.

Sommario: 1. Premessa – 2. Decorrenza del termine per la proposizione della domanda di scioglimento del vincolo coniugale – 3. Contemporanea pendenza dei giudizi di separazione e divorzio tra le medesime parti – 4. Scioglimento della comunione legale e domanda di divisione – 5. Il problema del cumulo tra domanda di separazione o divorzio e domanda di divisione.

1. - Premessa.

La legge 6 maggio 2015, n. 55, in tema di divorzio c.d. breve¹, ha inciso, in alcuni casi direttamente, in altri indirettamente, su alcune delicate questioni processuali che, da lungo tempo, agitano il dibattito, in dottrina come in giurisprudenza.

In questa sede tali problematiche saranno ripercorse in una prospettiva ricostruttiva allo scopo di individuare possibili soluzioni.

606

2. - Decorrenza del termine per la proposizione della domanda di scioglimento del vincolo coniugale.

L'art. 1 della legge 6 maggio 2015, n. 55, intervenendo sull'art. 3 della legge sul divorzio, prevede che la domanda di scioglimento del vincolo coniugale o di cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere proposta decorsi dodici mesi dalla comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente in caso di separazione giudiziale e trascorsi sei mesi da tale comparizione nell'ipotesi di separazione consensuale (ovvero qualora la separazione giudiziale si converta in consensuale).

¹ Sulla quale v., tra i molti, con riguardo alle problematiche che si andranno ad esaminare, F. DANONI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Fam. e dir.*, 2015, n. 6, 607 ss.; G. DOSI, *I tempi ora indicati non variano in caso di figli minori*, in *Guida dir.*, 23 maggio 2015, n. 23, 15 ss.; G. FERRANDO, *Il divorzio breve: un'importante novità normativa nel solco della tradizione*, in *Corr. giur.*, 2015, n. 8-9, 1041; R. LOMBARDI, *Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio: la l. 6 maggio 2015, n. 55*, in *Dir. fam. e pers. (It)*, 2016, n. 1, 325; F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 6, 1079.

In realtà, il testo inizialmente approvato alla Camera prevedeva che tali termini decorressero dal deposito del ricorso: ciò avrebbe evitato talune disarmonie derivanti dalla circostanza che il momento di fissazione dell'udienza presidenziale può essere più o meno distante rispetto a quello del deposito del ricorso, in ragione del carico del ruolo degli uffici giudiziari nei quali le procedure vengono incardinate ².

Occorre poi domandarsi, nell'ipotesi di conversione della separazione giudiziale in consensuale, se il termine di sei mesi per la proposizione della domanda di scioglimento del vincolo coniugale decorra dall'udienza *ex art. 711 c.p.c.* ovvero, comunque, dalla prima udienza "contenziosa" di cui all'art. 708 c.p.c., interpretazione che, per alcuni, si lascia preferire al fine di evitare di elidere del tutto il vantaggio previsto onde incentivare una soluzione concordata della crisi coniugale ³.

Sotto altro profilo, il legislatore resta silente circa l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione della domanda di divorzio nell'ipotesi in cui le parti siano pervenute alla separazione mediante uno degli strumenti stragiudiziali introdotti dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

A riguardo, possono essere essenzialmente due le impostazioni interpretative.

In particolare, si potrebbe ritenere, con riguardo alla negoziazione assistita, che il termine decorra soltanto dal momento nel quale, nei procedimenti senza prole minorenni, portatrice di handicap o economicamente non indipendente, viene dato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale il nulla osta alla separazione ovvero quando viene emesso il provvedimento di autorizzazione, se a separarsi sono coniugi con prole minorenni o in condizioni di difficoltà.

Analogamente, nell'ambito dei procedimenti stragiudiziali di separazione dinanzi all'ufficiale di stato civile, in accordo con tale tesi, il termine per proporre domanda di divorzio decorre non già dal momento nel quale i

² Cfr. F. DANOVÌ, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 608.

³ Così F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1080.

coniugi manifestano per la prima volta allo stesso la loro volontà di separarsi, bensì all'atto della conferma della medesima nei successivi trenta giorni⁴. Secondo una diversa impostazione, invece, in entrambi i casi, *i.e.* sia nell'ipotesi di negoziazione assistita che di separazione dinanzi all'ufficiale di stato civile, il termine in questione dovrebbe essere individuato in quello del raggiunto accordo tra le parti⁵, sicché la mancanza di nulla osta o di autorizzazione o l'omessa reiterazione del consenso dinanzi all'ufficiale di stato civile opererebbero, piuttosto, quali condizioni risolutive. Più in generale, non si può trascurare che nel nostro sistema processuale, peraltro, resta fermo il principio per il quale, di regola, non è ammesso il divorzio c.d. immediato, sicché la domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere in concreto decisa solo ove sia stata pronunciata sentenza di separazione contenziosa o omologata la separazione consensuale⁶.

Questo può, specie nel primo caso, ridurre significativamente gli effetti "euristici" della riforma in esame⁷, salvo un ricorrente utilizzo nella prassi giudiziaria dello strumento della sentenza non definitiva⁸ sull'*an* della

⁴ Per questa posizione G. Dosi, *I tempi ora indicati non variano in caso di figli minori*, cit., 15 ss.; F. Tiva, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1080.

⁵ Nell'ipotesi di negoziazione assistita per come certificato dai rispettivi difensori e nel caso di sottoscrizione dell'accordo tra i coniugi dinanzi al sindaco (F. DANOVI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 608).

⁶ Questo deriva dalla circostanza che la nuova legge non ha preso posizione in ordine ai presupposti necessari per richiedere il divorzio tra i quali rimane quindi ineludibile *ex art.* 3, primo comma, lett. b), n. 2, l. div., la previa pronuncia di un provvedimento definitivo sullo status (F. DANOVI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 608). Su tale aspetto v. le considerazioni critiche di G. Ferrando, *Il divorzio breve: un'importante novità normativa nel solco della tradizione*, cit., 1042, sull'anomalia del sistema processuale italiano nel quale viene conservata, a differenza di altri ordinamenti europei, la duplicità di procedimenti per addivenire allo scioglimento del vincolo coniugale con un indubbio aggravio per gli uffici giudiziari.

⁷ Stimolando, peraltro, allo stesso tempo, l'interesse delle parti a ricercare un accordo, atteso che, invece, i tempi per il divorzio sono davvero significativamente ridotti nell'ipotesi di separazione personale (F. DANOVI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 608).

⁸ Espressione impropria, non trattandosi di sentenza non definitiva in senso stretto su questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, bensì di decisione parzialmente definitiva su una delle domande cumulate nel procedimento (cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2015, 327 ss.).

separazione *ex art. 709-bis c.p.c.*⁹, con prosecuzione del giudizio sulle domande accessorie relative alle questioni economiche ed all'eventuale domanda di addebito.

3. - Contemporanea pendenza dei giudizi di separazione e divorzio tra le medesime parti.

La riforma sul c.d. divorzio breve nulla prevede in ordine ai rapporti, tradizionalmente controversi, tra giudizio di separazione e giudizio di divorzio ove gli stessi siano entrambi pendenti¹⁰.

In realtà, nell'originaria formulazione del testo approvato alla Camera si stabiliva che, se alla data di instaurazione del giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio era ancora pendente il giudizio di separazione con riguardo alle domande accessorie, la causa doveva essere assegnata al giudice della separazione personale.

Tale soluzione, ritenuta comunque non risolutiva da autorevole dottrina¹¹, è poi venuta meno.

Occorre quindi interrogarsi sulla complessa problematica utilizzando gli strumenti tradizionali.

È noto che la giurisprudenza, anche di legittimità, è incline a negare che tra

⁹ In tema di separazione, invero, è solo mediante tale disposizione normativa, introdotta dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, che si è prevista espressamente la possibilità di una sentenza non definitiva sullo *status*, espressamente regolata in precedenza soltanto per il giudizio di divorzio. Peraltro, anche prima dell'emanazione dell'art. 709-bis c.p.c., la giurisprudenza si era ormai orientata in senso affermativo sulla questione, facendo leva sul disposto dell'art. 23, comma 1, della legge n. 74 del 1987 e sulla compatibilità di siffatto istituto con il procedimento di separazione (tale orientamento, inaugurato da Trib. Vercelli, 27 maggio 1992, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 624, con nota di G. NAPPI, *Separazione personale con sentenza non definitiva*, è stato successivamente avallato dalla Corte di Cassazione: v., ad esempio, Cass. 18 luglio 2005, n. 15157). La Suprema Corte ha sottolineato che l'art. 709-bis c.p.c. sancisce in maniera esplicita, in materia di pronuncia immediata sullo *status*, la già ritenuta equiparazione fra il procedimento di separazione tra i coniugi e quello di divorzio, volendo evitare condotte processuali dilatorie, suscettibili di incidere negativamente sul diritto di una delle parti ad ottenere una pronuncia sollecita in ordine al proprio *status* (Cass., 22 giugno 2012, n. 10484).

¹⁰ Problema che tende oggi ad aggravarsi considerata l'abbreviazione dei termini per proporre domanda di divorzio (F. DANOVÌ, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 608).

¹¹ Cfr. i rilievi di F. DANOVÌ, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 609, specie per l'ipotesi di pendenza del giudizio di separazione in grado di appello.

i due giudizi sussista un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra cause idoneo a giustificare, se pendenti di fronte a giudici diversi¹², la sospensione *ex art.* 295 c.p.c.¹³ dell'uno in attesa della definizione dell'altro¹⁴.

Tale ipotesi riguarda, in particolare, il procedimento di separazione che prosegue sulle sole domande accessorie ed il giudizio di divorzio¹⁵.

Sul punto, si ritiene, invero, che tra il processo di divorzio e quello di separazione personale non sussiste alcun rapporto che giustifichi una pronuncia di litispendenza o di sospensione necessaria del primo in attesa

¹² Ossia ad uffici giudiziari diversi, non trovando applicazione l'art. 295 c.p.c. quando le cause pendono dinanzi a due giudici persone fisiche diversi all'interno del medesimo ufficio giudiziario. In dette ipotesi il meccanismo è quello della riunione dei fascicoli *ex art.* 273 e 274 c.p.c.

¹³ La dottrina sembra concorde nel ritenere che il nesso di pregiudizialità dipendenza è quello che si ritrova, nell'ambito di un rapporto tra diritti soggettivi distinti l'uno dall'altro ma legati da un nesso tale per cui vi è un diritto di carattere pregiudiziale per la definizione della questione oggetto del giudizio. Volendo riprendere un noto esempio si può pensare alla questione relativa all'esistenza di un rapporto di parentela tra le parti ove sia dedotto in giudizio il diritto alla percezione degli alimenti *ex art.* 443 ss. c.c. Tali sono le questioni pregiudiziali in senso tecnico (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2015 160 ss.). Molto più discussa è, peraltro, la categoria delle questioni pregiudiziali in senso logico. A tal proposito, non appare superfluo ricordare che l'attuale disposto dell'art. 34 c.p.c. si ritiene sia dovuto all'adesione del legislatore all'insegnamento del G. Chiovenda (o la radicalizzazione dello stesso: cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987, 95), in omaggio al quale, sull'assunto della necessità di distinguere ciò che è semplicemente precluso, nel senso che non può essere riproposto nel medesimo processo, e ciò che è passato in giudicato, la risoluzione nel corso del processo di questioni logiche che non conducono direttamente alla decisione della causa e quindi all'attribuzione o negazione del bene della vita concretamente richiesto nella stessa, non esclude che la questione possa rinnovarsi in successivi giudizi «tutte le volte che ciò possa farsi senza attentare alla integrità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso» (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, 3 ss). Nell'assetto descritto, è agevole osservare, non esisteva spazio, se non a fini essenzialmente descrittivi, per un'eventuale distinzione tra questioni pregiudiziali c.d. tecniche e c.d. logiche, distinzione sorta dall'osservazione per la quale non potevano ricondursi all'art. 34 c.p.c. alcune questioni di per sé pregiudiziali alla decisione semplicemente perché rientranti a pieno titolo nell'oggetto del giudizio o, meglio, pose in evidenza che la «pregiudizialità inizia laddove finisce l'oggetto del giudizio» (S. SATTA, *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 66). Peraltro, la distinzione tra questioni pregiudiziali in senso tecnico ed in senso logico, tendente ad ampliare l'ambito oggettivo del giudicato, è ormai avallata dalla giurisprudenza maggioritaria (v., tra le altre, Cass. 9 luglio 2004, n. 12739).

¹⁴ V., *ex ceteris*, Cass. 16 dicembre 1985, n. 6372, in *Dir. fam.*, 1986, 475; Cass. 22 febbraio 1979, n. 1128, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 163 ss., con note di S. COSTA, *Sulla pregiudizialità tra procedimento di divorzio e procedimento di separazione personale* e di F. CIPRIANI, *Giudicato di divorzio e processo di separazione*. In senso difforme, in sede di merito, Trib. Milano 29 settembre 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 744 ss.

¹⁵ Atteso che il divorzio comporta la cessazione della materia del contendere nel procedimento ove si discuta della sola separazione (Cass. 16 ottobre 1975, n. 3358); così anche S. COSTA, *Sulla pregiudizialità tra procedimento di divorzio e procedimento di separazione personale*, *cit.*, 164.

della decisione sul secondo, data l'autonomia dei due procedimenti, sia per la diversa struttura, finalità e natura dell'assegno di divorzio rispetto a quello determinato nel giudizio di separazione personale, sia per la cessazione di ogni efficacia, della sentenza di separazione personale con la pronuncia di divorzio¹⁶.

La Suprema Corte ha osservato che, in particolare, se è stata pronunciata sentenza di separazione giudiziale passata in giudicato, questa fa stato tra le parti e, oltre a determinare l'ampiezza del termine per la proposizione della domanda, può influire sulla determinazione dell'assegno, ma, se tale decisione non esiste ancora, non vi è alcuna necessità di attenderla procrastinando la pronuncia di cessazione degli effetti civili ed i fatti adottati nel giudizio di separazione potranno essere liberamente apprezzati e valutati dal giudice del divorzio¹⁷.

La dottrina che, anche a seguito della recente riforma, accede a questa impostazione dominante rileva che, pure in presenza di domande identiche nei due procedimenti (ad esempio, di assegnazione della casa familiare e di affidamento), gli stessi possono proseguire indipendentemente l'uno dall'altro, con un'armonizzazione da realizzarsi *ex post*, attraverso la prevalenza della prima decisione idonea a passare in giudicato¹⁸.

Peraltro, in un sistema normativo nel quale il divorzio c.d. immediato è limitato a particolari fattispecie di carattere residuale, è anche vero che la cessazione degli effetti civili del matrimonio è "dipendente" dall'avvenuta separazione, alla stregua di quanto si è già accennato, di talché, fino a quando la decisione sull'*an* della separazione non è stata emanata, non sarà possibile pronunciare il divorzio.

Anche per quanto attiene alle domande accessorie occorre interrogarsi, inoltre, sull'effettiva utilità e, quindi, sul permanere del necessario requi-

¹⁶ Cass. 9 aprile 1983, n. 2514. Nella recente giurisprudenza di legittimità si è riconosciuto che, invece, la pendenza di una lite sulla validità dell'accordo giustificativo della separazione consensuale tra coniugi pregiudica, in senso tecnico giuridico, l'esito del giudizio, contemporaneamente pendente, di cessazione degli effetti civili del loro matrimonio, e ne comporta la sospensione *ex art.* 295 c.p.c., perché l'eventuale annullamento di quell'accordo determinerebbe il *venir meno*, con effetto *ex tunc*, di un presupposto indispensabile della pronuncia di divorzio (Cass. 9 dicembre 2014, n. 25861, in *Giustiziacivile.com*, 2015, con nota di G. IANNI).

¹⁷ Cass. 8 aprile 1981, n. 2009, in *Dir. eccl.*, 1981, II, 557.

¹⁸ F. DANOLI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, *cit.*, 609.

sito dell'interesse ad agire ed a contraddire in giudizio, di una decisione sulle domande stesse nel giudizio di separazione, una volta che sia intervenuta la pronuncia di divorzio ¹⁹.

Consideriamo, a riguardo, in primo luogo la domanda di addebito della separazione.

Come noto, in un sistema che non conosce più esclusivamente la separazione c.d. per colpa, come quello successivo alla riforma del diritto di famiglia del 1975, nel quale è consentita la separazione coniugale anche in ragione dell'intollerabilità della convivenza e del grave pregiudizio per la prole, la pronuncia di addebito è funzionale soprattutto all'anticipazione del venir meno dei diritti successori del coniuge "colpevole" ed alla possibilità per lo stesso di ottenere soltanto un assegno alimentare in luogo di quello di mantenimento ²⁰.

Potrebbe allora ritenersi, alla stregua di quanto lucidamente evidenziato da lungo tempo da autorevole dottrina, che la sopravvenienza del divorzio nelle more di un processo sull'addebito sottrae in ogni caso ragion d'essere al processo stesso, in quanto tutte le conseguenze che l'addebito potrebbe produrre sono state già superate o assorbite dal divorzio ²¹. Per vero, una volta che è stata pronunciata la sentenza di divorzio, vengono in ogni caso meno i reciproci diritti successori degli *ex* coniugi e l'assegno che può essere concesso in sede di divorzio avrebbe, in ogni caso, una mera funzione assistenziale ²².

Pertanto, laddove il giudizio sulla separazione – ovviamente definito sull'*an* – prosegua limitatamente alla domanda di addebito, non mi sembra peregrina la tesi per la quale, pronunciata la sentenza di divorzio, debba

¹⁹ In senso contrario Cass. 22 febbraio 1979, n. 1128, cit., secondo cui la pronuncia di divorzio, operando *ex nunc*, dal momento del passaggio in giudicato, non determina la cessazione della materia del contendere del giudizio di separazione personale, in quanto non fa venir meno la necessità e, quindi, l'operatività, fino a quel momento, della pronuncia di separazione e dei relativi provvedimenti patrimoniali.

²⁰ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IV, *Il diritto di famiglia*, I, Torino, 1999, 197; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, II, Torino 1982, 162.

²¹ Così F. CIPRIANI, *Giudicato di divorzio e processo di separazione*, in *Foro it.*, 1981, I, 167; ID., *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, in *Foro it.*, 2002, I, 385.

²² Perviene ad analoghe conclusioni F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1081.

cessare nell'ambito dello stesso la materia del contendere per insussistenza di interesse alla prosecuzione²³.

Più complessa è la questione afferente le altre domande di natura economica, specie dopo l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità nel senso che l'assegno che può essere posto a carico di uno dei coniugi con il divorzio ha natura assistenziale e non già "mista", come era in precedenza²⁴.

È invero evidente che, ancor più alla luce di ciò, la domanda di mantenimento formulata nel giudizio di separazione e quella volta ad ottenere l'assegno divorzile sono distinte ed autonome, con conseguente possibilità di prosecuzione indipendente, almeno in astratto, dei due giudizi. Nondimeno, non può neppure trascurarsi, ai fini della valutazione di un interesse *ex art.* 100 c.p.c. alla prosecuzione del procedimento di separazione in ordine alla domanda di mantenimento che, una volta pronunciato il divorzio e le relative statuizioni economiche, non sembra neppure avere senso disquisire di una domanda volta ad ottenere un assegno di mantenimento correlato ad un rapporto di coniugio ormai venuto meno²⁵.

4. - Scioglimento della comunione legale e domanda di divisione.

La riforma di cui al divorzio c.d. breve ha inciso espressamente, invece, sul momento dal quale si verifica lo scioglimento della comunione legale prevedendo, mediante una modifica dell'art. 191 c.c., che ciò avvenga a

²³ *Contra*, pur nella consapevolezza della complessità della problematica, F. DANOVÌ, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 609-610.

²⁴ Cfr. Cass. 12 febbraio 2013, n. 3398, in *Foro it.*, 2013, n. 5, 1464, con nota di G. CASABURI, per la quale, ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno divorzile, che svolge una funzione eminentemente assistenziale, il giudice deve limitarsi a valutare all'attualità, con riferimento al momento della domanda, se i mezzi di cui dispone il coniuge richiedente siano adeguati e sufficienti alla conservazione almeno tendenziale del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo invece irrilevanti sia il tempo trascorso dalla cessazione della convivenza, sia la circostanza che il deterioramento delle condizioni economiche del richiedente medesimo è dipeso da sue scelte di vita, anche economico-patrimoniali, mentre – ai soli fini della quantificazione e del contenimento dell'importo dell'assegno – potranno essere valutati i criteri legislativi della durata del rapporto coniugale e delle ragioni della decisione.

²⁵ Per quest'impostazione cfr. F. DANOVÌ, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, cit., 610 ed, ancora più nettamente, F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1081.

seguito della pronuncia dei provvedimenti *ex art.* 708 c.p.c.²⁶ ovvero della sottoscrizione del verbale di separazione consensuale dinanzi al Presidente, purché omologato²⁷.

Resta silente, ancora una volta, il legislatore con riguardo al momento nel quale si determina lo scioglimento della comunione coniugale ove le parti decidano di separarsi mediante procedure stragiudiziali come la negoziazione assistita o le relative dichiarazioni dinanzi all'ufficiale di stato civile: il problema che si pone non è di poco momento, non essendo prevista alcuna comparizione delle parti in udienza dinanzi ad un giudice. Una soluzione potrebbe essere, come argomentato in dottrina, quella di ascrivere tale effetto alla sottoscrizione degli accordi di negoziazione assistita certificati dai difensori (ovvero alla dichiarazione della volontà di separarsi formulata dinanzi all'ufficiale di stato civile), che *ex art.* 6 d.l. n. 132 del 2014 sono equiparati ai relativi provvedimenti giudiziali, fermo l'operare della condizione risolutiva determinato dalla mancanza di nulla osta o autorizzazione²⁸.

Differente era il "diritto vivente" antecedente alla novellazione normativa. Invero, sebbene fossero state affermate, sia da parte di autorevole dottrina che nella giurisprudenza di merito, anche altre tesi²⁹, costituiva *jus recep-*

²⁶ Si stabilisce da parte dell'art. 191, comma 2, seconda parte, c.c. che, pertanto, la relativa ordinanza è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione.

²⁷ Si è osservato che la locuzione "purché omologato" deve intendersi nel senso che mediante la sottoscrizione del verbale dinanzi al Presidente si verifica immediatamente la condizione dello scioglimento della separazione coniugale, assoggettata alla condizione risolutiva della mancata omologa (F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1082). In senso opposto cfr. M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 522 ss.

²⁸ F. TIZI, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, cit., 1082.

²⁹ In effetti, una parte della dottrina e della giurisprudenza riteneva, già prima della recentissima riforma, che lo scioglimento della comunione tra coniugi si verificasse con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali, attesa la stabilità dell'ordinanza *ex art.* 708 c.p.c., che conserva la propria efficacia, ai sensi dell'art. 189, comma 2, disp. att. c.p.c. anche dopo l'estinzione del processo (Trib. Ravenna 17 maggio 1990, in *Giust. civ.*, 1991, con nota di M. FINOCCHIARO, *Autorizzazione a vivere separati e preteso scioglimento del regime di comunione dei beni dei coniugi* ed in *Rass. dir. civ.*, 1991, 952, con nota adesiva di F. CIPRIANI, *Sullo scioglimento della comunione "optimo iure" ex art. 708 c.p.c.*; Trib. Genova 17 luglio 1986, in *Dir. fam.*, 1988, 256; Trib. Milano 20 giugno 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, 101; in dottrina v., tra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino 1995, 102 ss.). Per altri, invece, sebbene lo scioglimento della comunione si verifica dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di

tum in sede di legittimità il principio in forza del quale lo scioglimento della comunione legale si determina con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale (ovvero con la definitività del decreto di omologa)³⁰. Sul punto, è stato più volte ribadito che, poiché l'art. 191 c.c. prevede le cause di scioglimento della comunione e, tra essi, la separazione personale (giudiziale o consensuale), lo scioglimento si perfeziona con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o l'omologa di quella consensuale, sicché nel passaggio in giudicato o nell'omologa si individua il momento nel quale sorge l'interesse ad agire, concreto ed attuale, volto allo scioglimento della comunione ed alla divisione, ma esso può anche riguardarsi come il fatto costitutivo del diritto ad ottenere tale scioglimento e la conseguente divisione³¹.

Peraltro, evidenti erano gli inconvenienti cui lo stesso dava luogo (e che orientavano molti ad optare per il regime della separazione dei beni), "costringendo" i coniugi che ormai avevano da tempo vite separate e spesso

separazione detto evento ha effetti retroattivi, in applicazione analogica o diretta dell'art. 193, quarto comma, c.c., sin dal momento della proposizione della domanda di separazione (Trib. Milano 20 luglio 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, n. 3, 262, con nota adesiva di P. SCHLESINGER; nel medesimo senso la dottrina prevalente: v., tra gli altri, P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 439; L. BARBIERA, *La comunione legale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 3, II, Torino, 1996, 586).

³⁰ Il consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sulla questione era stato favorito anche da una decisione della Corte Costituzionale la quale, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.c. nella parte in cui non avrebbe consentito lo scioglimento della comunione legale che dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione, aveva osservato che i provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.* hanno una natura solo provvisoria che non consente agli stessi di incidere sulla comunione tra i coniugi (Corte Cost. 7 luglio 1988, n. 795).

³¹ Tale orientamento è stato inaugurato da Cass. 29 gennaio 1980, n. 560, in *Dir. fam. e pers.*, 1990, 1124, con nota di F. DALL'ONGARO, *La separazione dei coniugi ed il momento nel quale debba venir meno il regime della comunione legale dei beni*, la quale ha fatto riferimento, per avallare tale impostazione, oltre che ai principi affermati da Corte Cost. 7 luglio 1988, n. 795, *cit.*, anche al vuoto legislativo in tema di pubblicità di detto regime patrimoniale; cfr., tra le tante, Cass. 26 febbraio 2010, n. 4757, in *Giust. civ.*, 2010, n. 5, 1081, con nota di M. FINOCCHIARO, *Qualche considerazione sulla domanda di scioglimento della comunione*; Cass. 27 febbraio 2001, n. 2844; Cass. 23 giugno 1998, n. 6234, in *Foro it.*, 1999, I, 655, con nota di F. CIPRIANI; Cass. 17 febbraio 1993, n. 1252, in *Fam. e dir.*, 1994, 424, con nota di G. CALIENDO. La tesi dominante era argomentata in dottrina facendo leva sulle seguenti considerazioni: lo scioglimento della comunione costituisce effetto legale della separazione personale; la separazione personale è pronunciata con sentenza o omologata con decreto; detti provvedimenti hanno effetti costitutivi sul vincolo coniugale e non possono essere anticipati (cfr. M.G. CIVININI, *Sulla cumulabilità delle domande di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, in *Foro it.*, 1998, I, 1598).

erano in conflitto tra loro a conservare, sino al passaggio in giudicato della sentenza sulla separazione, il regime della comunione dei beni ³².

Nel sistema riformato, invece, una volta che il Presidente abbia pronunciato i provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c. ovvero sia sottoscritto il verbale di separazione consensuale, potrà essere proposta domanda di divisione giudiziale dei beni, essendo venuta meno la comunione legale degli stessi *ex art. 191 c.c.* ³³.

Occorre ricordare, sulla questione, che sinora la giurisprudenza ha sempre affermato, in coerenza con l'interpretazione dell'art. 191 c.c. avallata *in parte qua*, che la domanda di divisione poteva invece essere formulata soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza sulla separazione giudiziale (ovvero dopo l'omologazione di quella consensuale), con conseguente improponibilità della stessa ove proposta prima di quel momento ³⁴.

Tuttavia, era stato al contempo chiarito che il passaggio in giudicato della sentenza sulla separazione non costituiva presupposto processuale ai fini della proposizione della domanda di divisione, bensì condizione di tale azione, sicché, se prima della definizione del giudizio di divisione maturava tale condizione, il giudice adito poteva decidere sulla divisione dei beni coniugali ³⁵.

Volendo applicare i principi sopra enunciati nel sistema oggi novellato possiamo quindi dire che: *a)* la domanda di divisione dei beni può essere proposta solo dopo la pronuncia dei provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.*; *b)*

³² Così, pur ritenendo nell'assetto normativo pregresso tale soluzione normativa come l'unica percorribile, G. OBERTO, "Divorzio breve", *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2015, n. 6, 615.

³³ Come evidenziato dalla dottrina più autorevole, l'art. 191 c.c. elencando le cause di scioglimento della comunione non intende infatti riferirsi al venir meno della stessa con il fenomeno "divisionale" in senso stretto, quanto al preliminare effetto della cessazione del regime di cui agli artt. 177 e ss. c.c. (P. SCHLESINGER, *cit.*, 266).

³⁴ Cass. 23 giugno 1998, n. 6234, in *Corr. Giur.*, 1999, 63, con nota di M. MONTANARI, *Dipendenza di cause "per successione cronologica" e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c.*

³⁵ Cass. 26 febbraio 2010, n. 4757. Questa tesi era stata già argomentata efficacemente in dottrina sull'assunto per il quale la sentenza di separazione passata in giudicato non costituisce un presupposto processuale dell'azione di divisione dei beni della comunione, in quanto la separazione personale e l'effetto dello scioglimento della comunione sono invece fatti costitutivi del diritto di chiedere la divisione dei beni e la loro insussistenza dà luogo ad una pronuncia di merito, sicché la proposizione della relativa domanda prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione implica un rigetto nel merito della stessa (M.G. CIVININI, *Sulla cumulabilità delle domande di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, *cit.*, 1599).

peraltro, ove il giudizio divisorio proposto prima di detto momento non sia stato ancora definito, atteggiandosi l'emanazione dei provvedimenti presidenziali alla stregua di una condizione dell'azione di divisione, la pronuncia degli stessi consentirà una decisione sul merito di detta azione. Sul piano sostanziale, poi, l'anticipata cessazione della comunione legale consente anche di evitare che i beni acquistati dai coniugi nelle more del giudizio di separazione ricadano, ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. a), c.c., nella comunione legale.

5. - Il problema del cumulo tra domanda di separazione o divorzio e domanda di divisione.

La circostanza che sinora si ritenesse da parte della giurisprudenza di legittimità assolutamente dominante che la domanda di divisione non potesse essere proposta prima del passaggio in giudicato della sentenza sulla separazione ³⁶ portava con sé, quasi come effetto "naturale", che era impedito il cumulo originario tra tali domande ³⁷.

Tuttavia, tale argomentazione appare di per sé insufficiente per predicare l'inammissibilità del cumulo tra le domande in questione (o per pervenire alla soluzione opposta), atteso che è ammesso il cumulo subordinato tra domande ³⁸.

Inoltre una tesi siffatta trascura che potevano esservi ipotesi nelle quali le parti erano addivenute già prima della proposizione della domanda di separazione a sciogliere convenzionalmente la comunione coniugale ³⁹.

In realtà, in mancanza di un intervento normativo sul punto ⁴⁰, la possibi-

³⁶ Non impedita, tuttavia, dall'impugnazione esperita con limitato riguardo al capo dell'addebito (Cass. 31 maggio 2008, n. 14639).

³⁷ Così G. OBERTO, "Divorzio breve", *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, cit., 622, poiché il relativo diritto non era ancora sorto.

³⁸ Esempio tipico e ricorrente è costituito proprio dalla domanda di addebito, logicamente subordinata a quella di separazione (F. CIPRIANI, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, cit., 385).

³⁹ A. FRASSINETTI, *Ancora sul cumulo oggettivo tra giudizi di separazione e domande restitutorie*, in *Fam. e dir.*, 2005, n. 3, 261 ss., spec. 265.

⁴⁰ Intervento che pure era stato previsto dal testo unificato della Commissione Giustizia della Camera che prevedeva che nel comma secondo dell'art. 191 c.c. doveva essere introdotta la previsione della possibilità di proporre contestualmente la domanda di divisione della comunione legale tra coniugi e quella di separazione o di divorzio.

lità di un cumulo tra domanda di separazione personale e domanda di divisione (nonché delle domande restitutorie connesse) ⁴¹ deve essere esaminata avendo riguardo al disposto dell'art. 40, comma 3, c.p.c.

Tale previsione è intesa nel senso che è ammesso il *simultaneus processus* tra cause sottoposte a riti diversi soltanto in ipotesi qualificate di connessione, c.d. forte o per subordinazione, *i.e.* nei rapporti di accessorietà, garanzia, incidentalità, compensazione e riconvenzionale ⁴².

Appare dominante nella giurisprudenza di legittimità l'impostazione volta a negare che tale cumulo possa essere predicato nell'ipotesi in esame in quanto la trattazione congiunta di cause soggette a riti diversi è dall'art. 40 c.p.c. consentita solo nei casi di cui agli art. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., di talché le uniche domande, di contenuto patrimoniale ammissibili nel giudizio di divorzio sono quelle di cui agli art. 4, 5 e 6, l. n. 898 del 1970, domande strettamente attinenti all'oggetto del giudizio, in quanto consequenziali alle statuizioni ivi emanande in tema di rapporti personali tra le parti e di rapporti tra queste e la prole, con conseguente inammissibilità della domanda di scioglimento della comunione di beni sussistente tra i coniugi ⁴³.

Soltanto in un precedente rimasto isolato la Suprema Corte, sull'assunto per il quale la domanda riconvenzionale che non determini spostamento di competenza, può essere proposta anche quando non ricorra la connessione specifica prevista dall'art. 36 c.p.c., allorché sia ravvisabile un collegamento obiettivo tra la domanda principale e quella riconvenzionale, tale da rendere opportuno lo svolgimento del *simultaneus processus*, ha ritenuto ammissibile la trattazione congiunta della domanda di divorzio con quella,

⁴¹ Ai fini di un corretto inquadramento della questione in esame, è opportuno ricordare, in termini generali, che la legge sul divorzio prevede espressamente la trattazione congiunta nel relativo procedimento (così come avviene per la separazione) di una serie di domande accessorie come, ad esempio, quelle sull'assegnazione della casa coniugale ed il mantenimento. Il problema è se negli stessi giudizi possano essere proposte altre domande in cumulo oggettivo (all'interrogativo fornisce un'autorevole risposta affermativa, C. PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano 1973, 836).

⁴² In arg. E. MERLIN, *Connessione di cause e pluralità di "riti" nel nuovo art. 40 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1021 ss., spec. 1039 ss.

⁴³ Cass. 12 gennaio 2000, n. 266, in *Fam. e dir.*, 2000, 593, con nota di F. PORCARI, *Sono cumulabili ex art. 40 c.p.c. domanda di divorzio e domanda di divisione di beni comuni?*; Cass. 29 maggio 1996, n. 4987, in *Foro it.*, 1998, I, 1597, con nota di M.G. CIVININI, *Sulla cumulabilità delle domande di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*.

proposta dal coniuge convenuto, volta a ottenere lo scioglimento della comunione legale ⁴⁴.

Peraltro, a nostro sommo parere, la tesi dominante potrebbe essere rivisitata.

Già prima della riforma in esame, una parte della dottrina aveva evidenziato, a riguardo, che la domanda di separazione e quella di divisione dei beni sono avvinte da un nesso di pregiudizialità tecnica, poiché la separazione personale ed il conseguente scioglimento della comunione sono elementi costitutivi della fattispecie dalla quale deriva il diritto di procedere a divisione, con conseguente possibilità di cumulo delle due domande in un unico processo, essendo l'accoglimento dell'una condizionato a quello dell'altro ⁴⁵.

Tale nesso di pregiudizialità si concreta, in particolare, in un rapporto di accessorieta' ex art. 31 c.p.c. che lega la domanda di divisione a quella principale di separazione personale.

È invero opportuno ricordare che il vincolo di accessorieta' si connota in termini di rapporto di consequenzialità logico-giuridica per il quale la pretesa oggetto della domanda accessoria, pur essendo autonoma, trova il suo titolo e la ragione della sua esistenza nella pretesa che forma oggetto della domanda principale ⁴⁶. In dottrina è stato precisato che la caratteristica propria dell'accessorieta' rispetto ad altre forme di connessione è costituita dalla partecipazione di fattispecie, *i.e.* dalla circostanza che il diritto fatto valere con la domanda accessoria nasce da una fattispecie complessa che comprende anche quella da cui sorge il diritto che forma oggetto della domanda principale ⁴⁷.

Orbene, se anche altre possono essere le cause di scioglimento della comunione legale tra coniugi ex art. 191 c.c., non pare dubbio che, quando la

⁴⁴ Cass. 19 settembre 1997, n. 9313, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 883, con nota di E. VULLO, *Sull'ammissibilità del simultaneus processus tra domanda di divorzio e domanda riconvenzionale di scioglimento della comunione legale*.

⁴⁵ Così M.G. CIVININI, *Sulla cumulabilità delle domande di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, *cit.*, 1599, per la quale a ciò non ostante la natura costitutiva dell'azione di separazione e l'efficacia *ex nunc* della sentenza in quanto identica natura ed efficacia hanno, ad esempio, l'azione di risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta che ben possono essere cumulate a domande risarcitorie e restitutorie.

⁴⁶ Cfr. Cass. 30 agosto 1990, n. 9036; Cass. 4 febbraio 1981, n. 756, in *Foro it.*, 1981, I, 2236.

⁴⁷ T. SEGRÉ, *Sul concetto di domanda accessoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 723 ss.

domanda di divisione è proposta contestualmente a quella di separazione personale tra i coniugi, è detta separazione a costituire il presupposto logico-giuridico – oggi mediante lo scioglimento della comunione legale per effetto dei provvedimenti presidenziali – della domanda di divisione.

Analogamente, è stato osservato che sussiste un vincolo di accessorietà tra la domanda di separazione giudiziale o divorzio e le domande restitutorie conseguenti allo scioglimento della comunione legale, la cui *causa petendi* si identifica con il *petitum* della domanda principale che ha invero determinato il venir meno della comunione ⁴⁸.

Peraltro, la circostanza che lo scioglimento della comunione venga ancorato alla pronuncia dei provvedimenti presidenziali implica che, in accordo con la disciplina dei procedimenti di separazione e divorzio successiva alle modifiche introdotte dalla legge n. 80 del 2005, la domanda cumulata di divisione potrebbe essere proposta da ciascuna delle parti in causa successivamente alla comparizione dinanzi al Presidente ed all'emanazione dell'ordinanza *ex art.* 708 c.p.c., ossia mediante le memorie integrative antecedenti alla comparizione di fronte al giudice istruttore, memorie con le quali solo scattano le preclusioni per la proposizione di nuove domande ad iniziativa delle parti.

Ciò comporta, tuttavia, che la trattazione delle domande divisorie (o restitutorie) non implicherebbe neppure l'utilizzo di un rito diverso rispetto a quello già previsto per la fase contenziosa delle procedure di separazione e divorzio, che è stato astrattamente equiparato, almeno in primo grado, a quello ordinario di cognizione, al quale pure può essere ricondotto il giudizio di divisione, pur con talune peculiarità previste dagli artt. 784 e ss. c.p.c. ⁴⁹.

Ragionando in questi termini, potrebbe allora affermarsi che, attraverso la

⁴⁸ A. FRASSINETTI, *Ancora sul cumulo oggettivo tra giudizi di separazione e domande restitutorie*, *cit.*, 265.

⁴⁹ Invero, come rilevato in dottrina, il quesito in ordine all'effettiva presenza di un rito speciale contrapposto a quello ordinario ai sensi e per gli effetti del terzo comma dell'art. 40 c.p.c. può porsi anche in quelle ipotesi nelle quali il processo è disciplinato da un complesso di regole speciali, che, tuttavia, non siano tali da determinare una radicale autonomia rispetto al modello originario dal quale lo stesso è "gemmato" (E. MERLIN, *Connessione di cause e pluralità di "riti" nel nuovo art. 40 c.p.c.*, *cit.*, 1046).

novellazione dell'art. 191 c.c. e l'anticipazione dell'effetto dello scioglimento della comunione coniugale, è persino venuto meno il problema dell'esigenza, ai fini del cumulo tra le domande, di una connessione qualificata, trattandosi per la fase rilevante di trattazione congiunta di procedimenti entrambi assoggettati al rito ordinario di cognizione ⁵⁰.

In ogni caso, anche ove si volesse accedere all'opposta e dominante tesi in virtù della quale è inammissibile il cumulo delle domande nella fattispecie in esame, tuttavia *ex art. 40 c.p.c.* la relativa questione può essere dedotta dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice entro la prima udienza, ossia quella di comparizione e trattazione dinanzi al giudice della separazione ai sensi dell'art. 709 c.p.c. ⁵¹.

⁵⁰ Cfr. L. LIBERTI, *L'assegnazione della casa familiare: un contrasto perpetuo*, in *Dir. fam.*, 2001, I, 76 ss., in ordine alla circostanza che la specialità dei procedimenti di separazione e divorzio attiene solo alla preventiva fase presidenziale.

⁵¹ Sicché, in mancanza di tempestiva eccezione o rilievo d'ufficio, il *thema decidendum* si cristallizza definitivamente: Cass. 6 dicembre 2006, n. 26158.