

## Soggetto minorene nel giudizio di primo grado

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 3 gennaio 2008, n. 7 - Pres. Luccioli - Est. San Giorgio

*Impugnazioni civili - Appello - Raggiungimento della maggiore età verificatasi nel giudizio di primo grado - Mancata dichiarazione dell'evento interruttivo - Notifica dell'appello al rappresentante legale - Nullità dell'atto d'appello - Rinovazione dell'atto d'appello - Inammissibilità*

(C.p.c.artt. 164, 299, 300, 328, 330 e 359)

Nell'ipotesi in cui il soggetto minorene, attore in primo grado tramite il proprio genitore, rappresentante legale, raggiunga la maggiore età prima della chiusura del giudizio di primo grado, in difetto di dichiarazione o notificazione di tale evento, l'atto d'appello va indirizzato e notificato alla parte oramai maggiorenne, e non al genitore, pena la nullità della citazione d'appello. Tale nullità non è sanabile con la rinnovazione dell'atto ai sensi dell'art. 164 c.p.c., essendo questa possibile solo a fronte d'un errore incolpevole dell'appellante. Questo è da escludersi in riferimento ad un evento, quale il compimento della maggiore età del minore, che per sua natura è accadimento inevitabile nell'*an* e agevolmente riscontrabile dall'appellante nel *quando*.

... *Omissis* ...

### Motivi della decisione

1. - Con l'unica censura sulla quale si fonda il ricorso, si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 164 e 359 c.p.c. e art. 38 disp. att. c.c.. Il nuovo testo dell'art. 164 del codice di rito distingue i vizi relativi alla *vocatio in ius* da quelli relativi all'*editio actionis*: la disciplina delle nullità conseguenti ai primi, contenuta nei primi tre commi della citata disposizione codicistica, è assimilata a quella della notificazione, mentre lo stesso art. 164, comma 2, stabilisce che nelle ipotesi in esame la citazione è nulla e, ove il convenuto non si costituisca in giudizio, il giudice, rilevata la nullità della citazione, ne dispone la rinnovazione entro un termine perentorio. Ciò posto, il ricorrente sostiene che, in forza della generale norma di rinvio contenuta nell'art. 359 c.p.c., l'art. 164 trovi applicazione anche con riguardo all'atto introduttivo del giudizio di appello, quanto meno per le nullità che si verifichino in quella sede. Conseguentemente, i vizi riguardanti la c.d. *vocatio in ius* che si realizzino in appello con modalità identiche rispetto al giudizio di primo grado dovrebbero considerarsi ormai sanabili in ogni caso *ex tunc*, indipendentemente dalla circostanza che la rinnovazione dell'atto nullo o la costituzione dell'appellato intervenga prima della scadenza del termine per la impugnazione ovvero successivamente ad essa. Il ricorrente richiama, poi, la giurisprudenza che ha ammesso l'applicabilità dell'art. 164 c.p.c., in via analogica, anche al procedimento camerale cui, a norma dell'art. 38 disp. att. c.c., è soggetto il giudizio di merito relativo alla dichiarazione di paternità naturale anche in sede di gravame. La sentenza impugnata, pervenuta a conclusioni opposte, sarebbe sorretta da un rigore e formalismo che precluderebbe un riesame volto a garantire i risultati conformi a giustizia, particolarmente

in tema di riconoscimento di paternità, che necessita di un accertamento che, nella specie, sarebbe stato precluso per una coincidenza che non avrebbe consentito al ricorrente di sottoporsi all'esame ematologico.

Nel ricorso viene, conclusivamente, formulato il seguente quesito di diritto: se l'art. 164 c.p.c. sia applicabile al giudizio di appello, e se, conseguentemente, il giudice del riesame, qualora sussista un vizio della *vocatio in ius*, debba o meno disporre la rinnovazione degli atti.

2.1. - La doglianza è infondata, anche se la motivazione della sentenza adottata dalla Corte di merito deve, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma ultimo, essere corretta nella parte in cui esclude l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 164 del codice di rito. Nonostante la rinvenibilità, nella giurisprudenza di legittimità, di un precedente nel senso della inapplicabilità della citata norma, sia nel testo precedente che in quello attuale, risultante dalla l. n. 353 del 1990, art. 9, al giudizio di secondo grado (v. Cass., sent. n. 3809 del 2004), deve richiamarsi l'indirizzo contrario - cui il Collegio intende prestare adesione, fornendo così risposta al quesito sottoposto al suo esame -, affermato da questa Corte con le sentenze n. 6541 del 2001 e n. 11607 del 2005, e fatto proprio anche dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 15783 del 2005, alla stregua del quale il nuovo testo dell'art. 164 c.p.c., offre la possibilità di sanatoria dell'eventuale errore incolpevole nella individuazione del soggetto nei cui confronti deve essere esercitato il potere di impugnazione attraverso la rinnovazione della citazione.

2.2. - La sentenza da ultimo citata delle Sezioni Unite da conto altresì della infondatezza della censura sollevata alla decisione impugnata. Con la richiamata pronuncia, si è, infatti, affermato che, qualora uno degli eventi idonei a determinare l'interruzione del processo (nella specie, il raggiungimento della maggiore età da parte di

minore costituitosi in giudizio a mezzo dei suoi legali rappresentanti) si verifichi nel corso del giudizio di primo grado, prima della chiusura della discussione (ovvero prima della scadenza dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ai sensi del nuovo testo dell'art. 190 c.p.c.), e tale evento non venga dichiarato né notificato dal procuratore della parte cui esso si riferisce a norma dell'art. 300 c.p.c., il giudizio di impugnazione deve essere comunque instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati: e ciò alla luce dell'art. 328 c.p.c., dal quale si desume la volontà del legislatore di adeguare il processo di impugnazione alle variazioni intervenute nelle posizioni delle parti, sia ai fini della notifica della sentenza che dell'impugnazione, con piena parificazione, a tali effetti, tra l'evento verificatosi dopo la sentenza e quello intervenuto durante la fase attiva del giudizio e non dichiarato né notificato. È pur vero, e lo si è già sottolineato, che il nuovo testo dell'art. 164 c.p.c., come sostituito dalla l. n. 353 del 1990, consente la rinnovazione, con efficacia *ex tunc*, della citazione (e dell'impugnazione) in relazione alle nullità riferibili ai nn. 1 e 2 dell'art.

163 c.p.c. Tuttavia, come pure affermato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 15783 del 2005, non si pone una esigenza di tutela della parte incolpevole, da realizzare attraverso la possibilità di detta rinnovazione, con riguardo alla ipotesi del raggiungimento della maggiore età nel corso del processo, che non costituisce un evento imprevedibile, ma, al contrario, un accadimento inevitabile nell'"*an*" - essendo lo stato di incapacità per minore età "*naturaliter*" temporaneo - ed agevolmente riscontrabile nel "*quando*".

2.3. - Nella specie, P.F. aveva raggiunto la maggiore età nel corso del giudizio di primo grado. Pertanto, essendo stato l'atto di appello notificato a P.E., nella qualità di esercente la potestà genitoriale nei confronti della stessa, in data nella quale era ormai cessata tale rappresentanza legale, esso, per quanto sopra esposto, non era suscettibile di rinnovazione.

3. Il ricorso deve, pertanto, essere rigettato. Non essendo stata spiegata attività difensiva da parte dell'intimata, non v'è luogo a provvedimenti sulle spese del presente giudizio.

... *Omissis* ...

## SUGLI EFFETTI PROCESSUALI DEL RAGGIUNGIMENTO DELLA MAGGIORE ETÀ LITE PENDENTE

di Silvana Dalla Bontà

*Con questa sentenza la Cassazione torna sull'annosa questione relativa all'individuazione del legittimo destinatario dell'impugnazione e della sua notificazione, quando la parte nei cui confronti si intende impugnare sia stata colpita da un evento interruttivo del processo nella fase attiva del precedente grado di giudizio, ma esso non sia stato ivi dichiarato o notificato dal difensore costituito. La pronuncia si pone sulla scia del recente orientamento delle Sezioni Unite volto ad individuare, in casi simili, il destinatario dell'impugnazione e della sua notificazione nel soggetto divenuto oramai "vera" parte del rapporto sostanziale oggetto di causa. A corollario di tale assunto, la sentenza tratta le conseguenze di un eventuale mancato "adeguamento" della realtà processuale a quella sostanziale da parte dell'impugnante, avanzando soluzioni interpretative che, per le loro importanti ricadute pratiche, meritano qui attenta verifica.*

### Il caso

La sentenza in commento s'innesta in una vicenda processuale che ha frequenti riscontri. Una minorenni proponeva, con la rappresentanza legale della madre,

domanda di dichiarazione giudiziale di paternità verso l'asserito padre, che, rimasto contumace, veniva dichiarato suo effettivo genitore. Nel corso del giudizio di primo grado, la minorenni raggiungeva peraltro la maggiore età senza che tale evento interruttivo, estintivo della rappresentanza legale della madre, venisse dichiarato o notificato dal suo procuratore ai sensi dell'art. 300 c.p.c.

Il dichiarato padre appellava, indirizzando e notificando l'atto di impugnazione alla madre, quale esercente la potestà sulla figlia. Nel rilevare subito dopo come questa avesse raggiunto la maggiore età, l'appellante provvedeva a chiedere in prima udienza termine per notificare l'impugnazione alla figlia, a rinnovazione di quello precedentemente notificato alla madre. Tale richiesta veniva respinta dal giudice d'appello, negando la possibilità di rinnovare l'atto d'appello per l'inapplicabilità in tale giudizio dell'art. 164 c.p.c., e dichiarava inammissibile il gravame per erronea individuazione del destinatario dell'impugnazione.

Ricorreva per cassazione il padre, contestando l'assunto della non applicabilità in appello dell'art. 164 c.p.c. e denunciando come i motivi addotti nel caso di specie all'inammissibilità del gravame fossero sorretti da eccessivo rigore e formalismo. La Corte, nel respingere tali censure, prendeva una posizione articolata rispetto

alla sentenza del giudice d'appello e, pur condividendone il risultato raggiunto, ne correggeva infatti la motivazione, offrendo un peculiare inquadramento della fattispecie concreta verificatasi.

L'inammissibilità dell'appello doveva essere fondata, a giudizio della Corte, non già sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 164 c.p.c. ai giudizi d'appello - una norma la cui applicazione non troverebbe ostacoli anche nel giudizio di secondo grado - quanto piuttosto per le caratteristiche del caso di specie che avrebbero impedito l'applicazione della regola generale sulla rinnovazione degli atti introduttivi.

Nel richiamare una recente pronuncia delle Sezioni Unite (1), per cui è onere dell'impugnante adeguare la realtà processuale alle "variazioni intervenute nelle posizioni delle parti", la Corte statuisce che, pur essendo la destinazione dell'impugnazione al soggetto oramai non più "effettivamente legittimato" un vizio della *vocatio in jus* dell'atto d'appello, la sua rinnovazione ai sensi dell'art. 164 c.p.c. può aver luogo solo quando la parte abbia *incolpevolmente* errato nell'individuare il destinatario. Non è questo il caso d'un atto d'appello rivolto al rappresentante legale d'un minore divenuto maggiorenne nel giudizio di primo grado, essendo il compimento della maggiore età "evento naturale e prevedibile" per l'impugnante. Si deve conseguentemente escludere nella fattispecie concreta la rinnovazione ex art. 164 c.p.c. dell'atto d'appello viziato.

### Applicabilità dell'art. 164 c.p.c. ai giudizi d'appello, cessazione della rappresentanza legale e destinatario dell'atto d'appello

Nel decidere sul ricorso proposto, la Cassazione risolve in senso affermativo la questione dell'applicabilità dell'art. 164 c.p.c. al giudizio d'appello, contrariamente a quanto affermato dalla corte di merito, un'applicazione consentita dal rinvio operato dall'art. 359 c.p.c. alle norme del procedimento di primo grado davanti al tribunale, in quanto compatibili. La Corte ritiene, infatti, compatibile la disciplina della nullità della citazione con le regole che governano il giudizio d'appello e ciò in adesione a un orientamento dottrinale e giurisprudenziale che sembra consolidato (2).

In questa cornice si colloca l'ulteriore questione riguardante l'individuazione dei soggetti legittimati a ricevere l'atto di impugnazione, qualora un evento interruttivo si sia verificato nel giudizio di primo grado, ma non sia stato ivi dichiarato o notificato, un evento che, nel caso di specie, era dato dal raggiungimento della maggiore età dell'attore e dalla conseguente perdita della legittimazione rappresentativa del genitore che stava in giudizio in nome e per conto del figlio.

A ben vedere, la sentenza si inserisce nel più ampio dibattito sul regime da applicarsi alle vicende interruttrive riguardanti la parte, verificatesi nello *spatium temporis* che va dall'inizio del giudizio di primo grado all'impugnazione della sua sentenza conclusiva.

La Corte mostra d'aderire al principio, da tempo emerso in dottrina e giurisprudenza, del necessario adeguamento del processo di impugnazione alle variazioni intervenute nelle parti del giudizio. Secondo tale principio sarebbe onere dell'impugnante - a fronte di qualsiasi evento interruttivo, anche verificatosi nella fase attiva del giudizio e ivi non dichiarato o notificato - adeguare la realtà processuale del giudizio di impugnazione a quella sostanziale, notificando l'atto di impugnazione alla *parte reale* del rapporto controverso.

Ne deriva che è nullo l'atto d'appello indirizzato al rappresentante legale del minore che, per effetto del raggiungimento della maggiore età della parte rappresentata, abbia perso la propria legittimazione processuale rappresentativa; una nullità della *vocatio in jus*, precisa la Corte, riguardante l'individuazione del soggetto destinatario della proposta impugnazione.

Una qualificazione questa che pur consentendo in astratto l'applicazione dell'art. 164 c.p.c., e quindi la rinnovazione dell'atto d'appello, deve confrontarsi con le caratteristiche del caso di specie, un confronto che induce la Corte ad indicare una soluzione singolare. Essa, infatti, ritiene di circoscrivere l'ambito applicativo dell'art. 164 c.p.c., ammettendo la rinnovazione dell'atto d'appello viziato soltanto in ipotesi di *errore incolpevole* da parte dell'impugnante nell'indicazione del legittimato passivo all'impugnazione. In caso contrario, l'appellante non potrebbe che subire la tranciante conseguenza della sua erronea e colpevole individuazione, consistente nell'inammissibilità dell'impugnazione proposta.

Ed è proprio a siffatto esito che riconduce la fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte. Qui, infatti, l'impugnante ben avrebbe potuto adeguare la realtà processuale a quella sostanziale, rivolgendo e notificando l'atto di impugnazione all'effettivo legittimato, dal momento che gli sarebbe stato facile conoscere il compimento della maggiore età della sua controparte, an-

#### Note:

(1) Cass. SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15783, in *Foro it.*, 2006, I, 131 ss., con nt. di Ruggieri e R. Caponi; nonché in *Giur. it.*, 2006, 87 ss. e in *Corr. Giur.*, 2006, 678 ss., con nota di Gasperini.

(2) In dottrina sull'applicabilità della disciplina della nullità della citazione anche a quella d'appello seppur con gli opportuni adattamenti, si vedano De Cristofaro, *Sanatoria (e giustizia) negata: dell'ostinazione contra legem della Suprema Corte a considerare insanabili i vizi dell'atto d'appello concernenti i vizi della vocatio in ius*, in *Corr. giur.*, 2004, 754; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 498; Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 413 ss.; in giurisprudenza in questo senso da ultimo Cass., 13 maggio 2002, n. 6820; Cass., 5 maggio 2004, n. 8539, in *Foro it.*, 2005, I, 183. Di tenore contrario, invece, Cass., 25 febbraio 2004, n. 3809, *ivi*, 2005, I, 283, con nt. di Balena, ove l'A. però sottolinea come una simile affermazione di inapplicabilità dell'art. 164 c.p.c. al giudizio d'appello venga desunto dalla Suprema Corte in virtù di un richiamo erroneo ad un proprio precedente (Cass., SS.UU., 29 gennaio 2000, n. 16, *ivi*, 2000, I, 1606, con nt. di Balena, Barone e Proto Pisani; in *Corr. giur.*, 2000, 750, con nt. di De Cristofaro), che riguardava però l'annosa questione della qualificazione dell'omessa indicazione dei motivi specifici d'appello.

corché avvenuto in primo grado ma ivi non dichiarato. Il compimento della maggiore età, infatti, quale evento naturale e prevedibile, escluderebbe la possibilità per l'impugnante di addurre un errore incolpevole nella sua destinazione dell'atto di impugnazione.

La decisione della Corte introduce quindi un elemento di novità nell'applicazione del principio di 'necessario adeguamento dell'impugnazione alla realtà sostanziale elaborata dalla già citata sentenza delle Sezioni Unite del 2005 con riferimento al rapporto tra eventi interruttivi del processo ed esercizio del potere di impugnare (3). Un elemento di novità che emerge là dove l'annotata sentenza subordina l'applicazione della rinnovazione ex art. 164 c.p.c. dell'atto d'appello viziato alla sussistenza d'un errore incolpevole dell'impugnante: sotto questo profilo, la sentenza non pare condivisibile, prestando il fianco a critiche che, per essere correttamente intese, rendono opportuno uno sguardo al contesto a cui essa si è ispirata.

### Orientamenti e disorientamenti giurisprudenziali anteriori alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2005

È noto come costituisca da sempre questione spinosa individuare le conseguenze sull'esercizio del potere di impugnare, derivanti da eventi interruttivi concernenti la parte, verificatisi nello spazio temporale che va dallo svolgimento della fase attiva del processo al momento dell'impugnazione della sentenza.

Questione resa difficile da risolvere data l'esistenza di una disciplina piuttosto frammentata e discontinua (v. artt. 286, 299, 300 e 328 c.p.c.) che, nel prendere in esame da un lato momenti temporali diversi di accadimento dell'evento interruttivo e dall'altro profili differenti di sua incidenza, finisce per non offrire chiare indicazioni sui rapporti tra la vicenda interruttiva e la proposizione dell'impugnazione (4).

La legge, infatti, si limita a disciplinare per un verso, le modalità di notificazione della sentenza quando l'evento interruttivo avvenga dopo la discussione della causa (art. 286 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 285 c.p.c.); per l'altro, il decorso del termine per impugnare quando la vicenda interruttiva si verifichi in pendenza del termine stesso (art. 328 c.p.c.).

Tra le varie incertezze causate da sì lacunosa disciplina, particolare rilievo hanno quelle sull'individuazione del legittimato passivo dell'impugnazione, quando nel corso del precedente grado di giudizio la parte sia stata colpita da un evento interruttivo non dichiarato o notificato. Di qui, l'emergere di una giurisprudenza assai varia che ha tentato di ricavare dalla frammentaria disciplina esistente, principi generali capaci di guidare nella soluzione della specifica ipotesi in esame.

Secondo un orientamento che ha trovato compiuta formulazione nella triade di sentenze della Cassazione del 1984 (le nn. 1228, 1229 e 1230) (5), i citati artt. 286, 299, 300 e 328 c.p.c. non risponderebbero ad un

criterio unitario, ma offrirebbero una pluralità di discipline tra loro autonome e alternativamente operanti in relazione al momento del processo nel quale l'evento interruttivo ha luogo (6): verificatasi una vicenda interruttiva in una determinata fase del giudizio e prodottosi l'effetto previsto dall'ordinamento con riferimento a quella specifica fase, tale effetto resterebbe regolato dalla stessa disposizione per tutto il tempo successivo, senza che su di esso possa incidere la disciplina prevista in un'altra disposizione (7).

Importanti conseguenze venivano tratte da siffatta lettura della normativa in questione. Così, in particolare, veniva affermata la capacità espansiva dell'art. 300 c.p.c. anche oltre la chiusura del giudizio di primo grado, quando l'evento interruttivo ivi verificatosi non sia stato comunicato nei termini di legge e ciò con la conseguente persistente irrilevanza ai fini processuali dell'evento stesso: ad esempio, quanto all'ultrattività sia del mandato *ad litem* del difensore conferito per tutti i gradi di giudizio, sia dell'eventuale rappresentanza legale e ciò quando mandato e rappresentanza, dal punto di vista civilistico, avrebbero dovuto ritenersi estinti (8).

#### Note:

(3) Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15783, cit.

(4) V. sul punto analiticamente Montanari, *Rilievi critici intorno ad uno schema di sistemazione globale dell'incidenza degli eventi ex art. 299 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1984, 39 ss., prec. 41 e 42, che nell'esaminare le norme in questione allo scopo di offrirne una rigorosa ipotesi interpretativa, evidenzia da un lato discontinuità e assenza di una precisa delimitazione temporale tra fasi processuali rispettivamente oggetto di operatività di dette norme, dall'altro la non coincidenza (né omogeneità) degli effetti potenzialmente scaturenti da eventi interruttivi da esse presi in esame.

(5) Si tratta precisamente di Cass., 21 febbraio 1984, nn. 1128, 1129 e 1230, in *Foro it.*, 1984, I, 664, con nt. Proto Pisani; in *Giust. civ.*, 1985, I, 169, con nt. di A. Finocchiaro. Spec. Cass., 21 febbraio 1984, n. 1129, in *Giur. it.*, 1984, 39, con nt. di Montanari. Su questa stessa linea si vedano più recentemente Cass., 9 dicembre 1995, n. 12632, in *Corr. giur.*, 1996, 1138, con nt. di Morelli; Cass., 5 giugno 1997, n. 5002, in *Foro it.*, 1998, I, 2235, con nt. di R. Caponi; con riguardo ad un evento interruttivo verificatosi in appello e la successiva proposizione del ricorso per cassazione: Cass., 6 ottobre 2004, n. 19047, in *Foro it.*, 2005, I, 392.

(6) Così precisamente nella motivazione delle citate Cass. 21 febbraio 1984, nn. 1228, 1229 e 1230, in *Foro it.*, 1984, I, 674, secondo cui "nel vigente codice di rito, l'incidenza della morte o della perdita della capacità di una delle parti nel rapporto giuridico processuale, non è regolata in modo unitario, ma ha discipline discriminate, con diversità di effetti, a seconda che l'evento si verifichi in una delle diverse fasi di quel rapporto".

(7) In questo senso espressamente in motivazione delle citate Cass. 21 febbraio 1984, nn. 1228, 1229 e 1230, in *Foro it.*, 1984, I, 676, secondo cui le menzionate "normative discriminate [...] non interferiscono e non si sovrappongono l'una all'altra", con la conseguenza che prodottosi l'effetto corrispondente ad una normativa, questo permane "senza che su di esso possano influire le altre discriminate normative che regolano gli effetti dell'evento verificatosi negli ulteriori diversi momenti del rapporto". Per un'attenta e puntuale ricostruzione e lettura dell'articolata motivazione delle menzionate pronunce, vedi Montanari, *op. cit.*, 41.

(8) Tali corollari trovano manifesta espressione nella motivazione delle citate Cass. 21 febbraio 1984, nn. 1228, 1229 e 1230. Precisamente, con riguardo alla permanente irrilevanza dell'evento interruttivo verificatosi nella fase attiva del processo, ma ivi non dichiarato o notificato ai sensi

(segue)

Una lettura questa delle norme che se da un lato pareva meglio rispondere a quella concezione unitaria del rapporto processuale per cui esso continuerebbe e sussisterebbe identico anche tra una fase e l'altra del giudizio (9), dall'altro lato mostrava di privilegiare nettamente il valore della certezza del diritto. Chiari risultavano, infatti, i vantaggi pratici da essa dischiusi, non da ultimo con riguardo all'esercizio del potere di impugnare (10). Nell'esperire impugnazione, infatti, la parte non colpita dall'evento interruttivo avrebbe sempre trovato nel soggetto sua 'controparte' nella precedente fase di giudizio, il possibile e legittimo destinatario del proprio atto impugnatorio (11).

Evidenti le conseguenze di tale orientamento in un caso analogo a quello oggetto della sentenza in commento. La perdita della rappresentanza legale, verificatasi nella fase attiva del processo, rimasta processualmente irrilevante ai sensi dell'art. 300 c.p.c. per non essere stata ritualmente comunicata, tale resterebbe anche nelle successive fasi del processo, almeno fino ad apposita comunicazione nei termini di legge della vicenda interruttiva. 'Stabilizzatasi' in questo modo la posizione del soggetto-rappresentante legale, questi sarebbe il legittimo destinatario dell'atto di impugnazione non ostando il fatto che la parte rappresentata, avendo raggiunto l'età maggiore, abbia acquisito la capacità processuale (12).

Ad un simile orientamento, rimasto per un certo tempo prevalente, parte della giurisprudenza ne ha però progressivamente contrapposto un altro, invero preannunciato da una serie di accorte riflessioni dottrinali, attente a evidenziare debolezze sistematiche e difficoltà applicative dell'interpretazione fatta propria dalle menzionate sentenze della Cassazione del 1984 (13).

#### Note:

(continua nota 8)

dell'art. 300, commi 1 e 2 c.p.c., esse affermano che «unica disciplina normativa da applicare [...] è quella di cui all'art. 300 c.p.c.; e determinato l'effetto prodotto, in senso positivo o negativo, in applicazione di quella disposizione normativa [...], l'effetto, prodottosi in un senso o nell'altro, permane in tutto l'ulteriore svolgimento del rapporto processuale, potendosene produrre la modificazione sempre e soltanto in base a quell'unica disciplina normativa applicabile».

(9) In linea col risultato raggiunto dalle tre citate sentenze del 1984 si vedano anche, precedentemente, Cass. 6 luglio 1971, n. 2116, in *Foro it.*, 1972, I, 965, con nt. redazionale di Andrioli, che ricorda come "il processo continua a sussistere tra una fase e l'altra e, in particolare, nel periodo intermedio tra la sentenza di primo grado e l'instaurazione del giudizio di appello, con la conseguenza che [...] il principio della non automaticità dell'interruzione [...] trova senz'altro applicazione in tale periodo"; nonché Cass., 24 luglio 1971, n. 2445, *ivi*, 685, con osservazioni di Andrioli, che, a premessa di un simile risultato, ribadisce come "il processo ha carattere unitario e va riguardato nella interezza del suo ciclo fino a quando non intervengano a chiuderlo provvedimenti giurisdizionali definitivi non impugnabili". Il richiamo delle premesse di tali pronunce, come delle tre del 1984 cit., è chiaramente alla concezione chiovendiana di unitarietà del processo. Dice, infatti, Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1913, I, 3 ss., che il rapporto giuridico processuale, che comincia con la domanda giudiziale e dura finché una parte può pretendere un provvedimento

dell'autorità giudiziaria, "significa efficacemente [...] unità del processo nella indefinita varietà dei suoi atti, delle sue fasi e delle sue vicende" (corsivo mio), in netto contrasto con "una concezione unilaterale e frazionaria del processo".

(10) Evidenzia puntualmente tale profilo Montanari, *op. cit.*, 41 e 45, il quale sottolinea come l'orientamento abbracciato dalle menzionate sentenze della Cassazione del 1984, privilegi chiaramente esigenze applicative, rispondendo a intenti eminentemente pratici, e proprio la sua comoda utilizzabilità pratica potrebbe indurre a ritenere "istintivamente" meritevole di adesione la via interpretativa offerta da tale indirizzo. Un attento vaglio sistematico porta però l'A. a non condividerla. Sottolineano la certezza del diritto assicurata da un simile orientamento anche Ruggieri, *Capacità della parte, eventi modificativi ed impugnazione della sentenza*, in *Foro it.*, 2005, I, 1548 ss. e Id., *Eventi interruttivi del processo e notificazione di atti di impugnazione alle parti legittimate: l'attesa svolta delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, 133, nonché R. Caponi, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, *ivi*, 2006, I, 136.

(11) In questo senso concludeva espressamente Cass., 21 febbraio 1984, n. 1230, secondo cui "deceduta o divenuta incapace, nel corso del primo grado del processo di merito, prima della chiusura della discussione, una parte costituita a mezzo di procuratore, il quale non abbia dichiarato in udienza, né notificato alle parti l'evento, è ammissibile l'atto di impugnazione notificato ai sensi del comma 1 dell'art. 330 c.p.c., presso il procuratore, alla parte deceduta o divenuta incapace". Esattamente di questo avviso, più recentemente, anche Cass., 9 dicembre 1995, n. 12632, in *Corr. giur.*, 1996, 1138, con nt. di Morelli; Cass., 5 giugno 1997, n. 5002, in *Foro it.*, 1998, I, 2235, con nt. di R. Caponi; con riguardo ad un evento interruttivo verificatosi in appello e la successiva proposizione del ricorso per cassazione: Cass., 6 ottobre 2004, n. 19047, in *Foro it.*, 2005, I, 392.

(12) Precisamente in questo senso da ultimo Cass., 29 novembre 2001, n. 15220, in *Giur. it.*, 2002, 1597; Cass., 9 gennaio 2004, n. 116, in *Giur. it.*, 2004, 1286, nonché in *Giust. civ.*, 2004, I, 1250, secondo cui il raggiungimento della maggiore età da parte del minore costituito nel processo per mezzo del suo legale rappresentante, se non fosse stato formalmente dichiarato o notificato dal difensore a norma dell'art. 300 c.p.c. resterebbe privo d'incidenza nel processo. Questo sarebbe così regolarmente proseguito nei confronti del suo rappresentante legale, al quale pertanto bene verrebbero notificate le impugnazioni avverso le sentenze pronunciate nelle diverse fasi di giudizio, senza alcun rilievo della conoscenza o conoscibilità che di tale evento la parte impugnante abbia o possa avere aliunde, ancorché prima della proposizione dell'impugnazione.

(13) Si fa qui riferimento a quelle riflessioni dottrinali che già prima della citata triade di sentenze del 1984 e poi a seguito della loro emissione, si espressero contrariamente all'indirizzo da queste accolto e sviluppato. Prima di dette pronunce si vedano le articolate considerazioni di Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1972, I, 1269 ss.; Id., *Ancora sugli art. 328 e 330 c.p.c.*, *ivi*, 1973, I, 2906 ss., in cui l'A. giunge ad un risultato diametralmente opposto a quello successivamente fatto proprio dalle sentenze del 1984, aprendo così la strada all'indirizzo ad esse contrario. A seguito dell'emissione delle tre contestuali sentenze del 1984, si vedano le critiche di Montanari, *op. cit.*, 39 ss. e A. Finocchiaro, *L'intervento delle sez. un. non dissipa le ombre sugli effetti, dopo la chiusura della discussione, degli eventi interruttivi o esclusivi della capacità della parte verificatisi in precedenza e non comunicati né notificati al procuratore*, in *Giust. civ.*, 1985, 182 ss., ove tali AA., seppur seguendo percorsi argomentativi diversi, giungono a evidenziare la non condivisibilità sul piano sistematico e valutativo dell'interpretazione adottata dall'orientamento condiviso dalle sentenze in esame. Tra le pronunce influenzate da simili riflessioni dottrinali si vedano in particolare Cass., SS. UU., 19 dicembre 1996, n. 11394, in *Foro it.*, 1997, I, 2544, con nt. di R. Caponi, con riguardo alle conseguenze sull'esercizio del potere di impugnare derivanti dalla morte della parte dopo la pubblicazione della sentenza; nonché, con riguardo alle conseguenze della perdita della rappresentanza legale sulla proposizione dell'impugnazione, Cass. 15 ottobre 1997, n. 10111; Cass., 24 aprile 1996, n. 3847, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1423; Cass., 16 dicembre 1998, n. 12610, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2742, che danno quanto meno rilievo alla conoscenza della perdita della rappresentanza legale avvenuta aliunde.

Nel criticare la forza persuasiva dell'interpretazione data agli artt. 286, 299, 300 e 328 c.p.c. quali disposizioni autonome ad applicazione alternativa e dei suoi conseguenti corollari, si muta radicalmente la lettura di tali norme. In particolare, viene attribuita centrale rilevanza a quanto dispone l'art. 328 c.p.c. e al principio, da questo ricavabile, del necessario adeguamento del giudizio di impugnazione alla nuova situazione soggettiva determinatasi per una delle parti.

Questa norma, infatti, non avrebbe soltanto la funzione di disciplinare il corso dei termini per impugnare, ma anche quella, più generale, di individuare i soggetti legittimati a proporre e ricevere l'atto di impugnazione. Dal tenore dell'art. 328 si evincerebbe che questi vanno identificati in quanti a cui compete proseguire il giudizio e ciò indipendentemente dal fatto che l'evento interruttivo abbia colpito la parte dopo la pubblicazione della sentenza ovvero durante la fase attiva del precedente grado di giudizio, ma esso non vi sia stato dichiarato o notificato (14).

Da ciò una serie di corollari, di tenore opposto a quelli ricavati dal primo orientamento. Così veniva affermata l'efficacia espansiva dell'art. 328 c.p.c., per essere questo applicabile anche in caso d'eventi interruttivi verificatisi, ma non dichiarati, prima del decorso dei termini d'impugnazione (15). Ancora, si negava l'ultrattività del mandato *ad litem* (nonché della rappresentanza legale ove questa di fatto fosse venuta meno), oltre lo *spatium temporis* che va dalla costituzione in giudizio all'emanazione della sentenza, con la conseguente necessità di indirizzare e notificare l'eventuale atto di impugnazione ai soggetti cui compete proseguire il giudizio (16).

Premesse sistematiche e scelte di valore affatto diverse rispetto a quelle poste alla base del primo orientamento, animavano questo nuovo indirizzo. Sotto un profilo sistematico, esso attribuisce una posizione centrale all'art. 328 c.p.c. nel contesto normativo in esame (17) e sembra essere influenzato dal pensiero chiovendiano per cui le parti, terminato un grado di giudizio, tornerebbero nella condizione antecedente all'instaurazione del processo, con conseguente automatica operatività di eventi interruttivi anche verificatisi durante la fase attiva del precedente grado di giudizio, ma ivi non dichiarati o comunicati (18). Ancora, questo orienta-

#### Note:

(14) In questo senso si veda quanto sostenuto da Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 cod. proc. civile* cit., 1272; nonché da Montanari, *op. cit.*, 43 e 46 ss.

(15) Ad una simile conclusione le argomentazioni di Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 c.p.c. cit.*, 1272, secondo cui poiché l'art. 328 c.p.c. impone la rinnovazione della notificazione della sentenza ai soggetti cui spetterebbe proseguire il processo anche allorché la prima notificazione fosse stata fatta ai soggetti al tempo legittimati a contraddire, si deve "a maggior ragione [...] pretendere che la notificazione della sentenza debba effettuarsi a coloro ai quali spetta di proseguire il giudizio in grado di impugnazione, ove l'evento si sia verificato in un qualsiasi momento anteriore alla notificazione medesima e non sia stato

dichiarato o notificato secondo le regole dell'art. 300". In tale ottica, pertanto, la mancata dichiarazione o notificazione dell'evento da parte del procuratore durante la fase attiva del processo sarebbe un "fatto capace di spostare nel tempo la rilevanza dell'evento interruttivo [...] e parifica, quindi, *quoad effectum* l'evento anteriore non dichiarato o notificato a quello accaduto dopo la pubblicazione o la notificazione della sentenza". Di qui, l'efficacia espansiva dell'art. 328 c.p.c., per la quale si esprime anche Montanari, *op. cit.*, 46 ss., che giunge però ad un simile risultato seguendo un diverso percorso argomentativo. A suo dire, infatti, la c.d. capacità espansiva dell'art. 328 c.p.c. anche ad eventi ex art. 299 c.p.c. verificatisi nella fase attiva del processo ma ivi non formalmente comunicati, deriverebbe dall'impossibilità di accettare che tali eventi e quelli verificatisi nel decorso dei termini per impugnare, siano sottoposti a discipline differenziate. Poiché a fronte del verificarsi degli eventi ex art. 299 c.p.c. durante la pendenza del termine d'impugnazione, si può dire che non sussista più il potere del procuratore costituito di ricevere e compiere (in via esclusiva o concorrente) gli atti che di regola rientrano nel suo mandato, non si vede come si potrebbe ammettere una simile possibilità a fronte di eventi interruttivi verificatisi nella fase attiva del processo ed ivi non dichiarati o notificati. Ne discenderebbe una discriminazione ingiustificata, evitata, invece, dall'applicazione, in tutti i casi, dell'art. 328 c.p.c.

(16) Vedi in questo senso Montanari, *op. cit.*, 45 e 47; nonché A. Finocchiaro, *L'intervento delle sez. un. non dissipa le ombre* cit., 184, il quale critica l'idea di un'ultrattività del mandato sostenendo che "se il citato art. 300, commi 1 e 2 c.p.c., si presenta per certi effetti [...] come norma eccezionale in quanto deroga agli artt. 1722 n. 4 e 1396 c.c. e se tale norma disciplina espressamente l'ultrattività della procura *ad litem* dopo la morte del mandante limitatamente alla fase attiva del rapporto processuale, l'eccezionalità della disposizione impedisce *ex se* che la stessa possa operare anche nella successiva fase di quiescenza del processo, dopo la pubblicazione della sentenza, e di riattivazione dopo la proposizione dell'impugnazione".

(17) Sulla centralità dell'art. 328 c.p.c. vedi Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 c.p.c. cit.*, 1273, secondo cui tale disposizione "contiene un principio generale, proprio della fase che va dalla pubblicazione della sentenza alla proposizione dell'impugnazione; nonché Montanari, *op. cit.*, 44, ove l'A. offre di tale disposizione una "lettura che [...] ne estenda la portata precettiva nella direzione di imporre l'adeguamento alla nuova situazione soggettiva creatasi riguardo a taluna delle parti, tanto ai fini della notificazione della sentenza che dell'atto di impugnazione".

(18) Così si esprime Chiovenda, *op. cit.*, 16-17, dicendo che nel periodo della litispendenza che va dalla pubblicazione della sentenza alla proposizione del gravame "non si applicano le norme [...] del Codice riguardanti l'interruzione del procedimento". L'A. afferma, infatti, che «*conviene riconoscere che esse si riferiscono esclusivamente alle fasi del rapporto processuale che corrono fra una citazione e una sentenza*», con la "conseguenza, *più grave e meno facile a spiegare*, [...] che, dopo la pubblicazione della sentenza se anche il fatto nuovo (morte d'una parte, cambiamento di stato, cessazione d'ufficio) non viene notificato, l'altra parte deve ugualmente tenerne conto, deve, cioè, nel continuare i suoi rapporti con l'avversario, dirigere i suoi atti (notificazione della sentenza, appello, ecc.) agli eredi, al nuovo rappresentante e così via. [...] Dopo questo momento le parti tornano nella situazione in cui si trova l'attore prima di proporre la domanda, cioè di dover conoscere la condizione di colui col quale intende contrarre il rapporto processuale» (corsivo mio). Al riguardo di simili considerazioni, emergono peraltro due ordini di riflessioni. Da un lato, vi è da notare come le affermazioni chiovendiane quanto a inapplicabilità delle norme sull'interruzione del processo si riferiscano solo, a rigore, ad eventi interruttivi verificatisi durante la pendenza del termine per impugnare - il che certo non esclude, comunque, una loro riferibilità anche ad eventi interruttivi verificatisi antecedentemente nella fase attiva del giudizio ma ivi non formalmente dichiarati (lo potrebbe indurre a credere il fatto che per l'A. dopo la pubblicazione della sentenza le parti tornino in una condizione parificabile a quella antecedente all'instaurazione del processo). Dall'altro vi è da sottolineare come l'A. offra una simile interpretazione palesando egli stesso una certa debolezza delle argomentazioni a suo favore, che ben si mostra d'altronde ove si confrontino tale interpretazioni con le premesse chiovendiane (v. prec. nt. 9) in tema di unitarietà del rapporto giuridico processuale.

mento fa prevalere la tutela del diritto di difesa di coloro cui spetterebbe proseguire il giudizio, rendendo soltanto tali soggetti i legittimi destinatari degli atti compiuti dopo la pubblicazione della sentenza nonché dell'impugnazione stessa (19).

In questo contesto interpretativo, la soluzione data al caso di specie diveniva necessariamente diversa rispetto a quella data seguendo l'antecedente orientamento giurisprudenziale. Si riteneva, infatti, che il verificarsi di un evento interruttivo non reso formalmente noto nella fase attiva del processo di primo grado, quale la perdita della legittimazione processuale del rappresentante legale data la raggiunta maggiore età del rappresentato, tale evento assumerebbe comunque automatico rilievo nello *spatium temporis* tra la discussione della causa e la proposizione del gravame, con conseguente onere dell'impugnante di indirizzare e notificare l'impugnazione, a pena di inammissibilità, al soggetto cui spetterebbe proseguire il giudizio (20).

Pur assai diversi nelle premesse e nelle ricadute pratiche, i due orientamenti hanno presto mostrato la limitatezza delle loro soluzioni interpretative. Queste, infatti, non solo non riuscivano a superare definitivamente i dubbi sollevati da un dato positivo scoordinato e discontinuo, ma non offrivano nemmeno un soddisfacente bilanciamento tra i diversi valori meritevoli di tutela nella materia in esame (21). Di qui, la ripetuta, quanto inutile, sollecitazione di un intervento della Corte Costituzionale o del legislatore, capace di risolvere tali incertezze (22).

La giurisprudenza, oscillando tra i due orientamenti descritti, ha tentato di individuare correttivi per mitigare gli effetti negativi dell'uno e dell'altro. Questo specie per temperare la rigida applicazione del principio per cui esiste l'onere di individuare quanti sono effettivamente i legittimati passivi dell'impugnazione, un onere il cui inadempimento ne comporterebbe l'inammissibilità.

Così si è deciso che l'impugnazione, pur non indirizzata e notificata ai legittimati passivi, sarebbe comunque da considerare ammissibile ogni qual volta l'impugnante abbia ignorato l'evento interruttivo modificativo della situazione soggettiva delle parti. Si è data quindi specifica rilevanza alla buona fede dell'impugnante con qualche incertezza sull'individuazione della parte gravata dell'onere della relativa prova: in qualche caso è stato posto a carico dell'impugnante dare la prova della propria incolpevole ignoranza, in altri si è deciso che fosse la controparte a dover dare la prova dell'ignoranza colpevole dell'impugnante (23).

### Le Sezioni Unite del 2005 e la pronuncia in commento

In tale contesto si inseriscono la citata sentenza delle Sezioni Unite del 2005 e, sulla sua scia, la pronuncia commentata in queste pagine. Le Sezioni Unite per dirimere i contrasti giurisprudenziali germinati fra i due

esposti e contrastanti orientamenti, con la sentenza n. 15783 del 2005, si orientano decisamente a riaffermare, traendo argomento dall'art. 328 c.p.c., il principio del necessario adeguamento della realtà processuale del giudizio di impugnazione alla realtà sostanziale delle parti, con il conseguente onere per l'impugnante di indirizzare il proprio atto impugnatorio al soggetto cui compete proseguire il giudizio.

Si pongono così le premesse per quanto ora statuisce la sentenza in commento, che trae giustificazione

#### Note:

(19) Richiamano espressamente la conformità dell'orientamento prospettato al dettato dell'art. 24, comma 2 Cost., e precisamente la "piena salvezza dei diritti delle persone legittimate a proseguire il giudizio", Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 c.p.c. cit.*, 1274 - 275; Id., *Ancora sugli art. 328 e 330 c.p.c. cit.*, 2908-2909; nonché Montanari, *op. cit.*, 45 che pur non manca contestualmente di evidenziare (v. anche 48-49) come l'indirizzo ivi descritto possa porre il fianco, sotto altri profili, alla critica di possibile illegittimità costituzionale (v. *infra* nel testo ed in nota).

(20) Esattamente in questo senso si vedano Cass. 15 ottobre 1997, n. 10111; Cass., 24 aprile 1996, n. 3847, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1423; Cass., 16 dicembre 1998, n. 12610, in *Corr. giur.*, 1999, I, 2742, anche se in tali pronunce già emerge la possibilità di dare rilievo, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, quanto meno alla conoscenza, ovvero alla colposa ignoranza della cessazione della rappresentanza legale.

(21) In questo senso si vedano Acone, *Spunti sulla posizione sistematica dell'art. 328 c.p.c. cit.*, 1274, ove l'A. conviene che "qualsiasi risposta dell'interprete, in questa materia, non è mai scevra di perplessità e pericoli"; Montanari, *op. cit.*, 45 e 48-49, secondo cui l'applicazione esclusiva dell'uno e dell'altro indirizzo interpretativo solleva, in fondo, problemi di costituzionalità. In particolare, pur sostenendo la necessità in ogni caso della destinazione e notificazione dell'impugnazione a coloro cui spettava proseguire il giudizio, egli non nega che pure questa "soluzione [...] possa prestare il fianco a censure di legittimità costituzionale, *sub specie* della lesione del diritto di difesa consacrato nell'art. 24 Cost., nella misura in cui esponga il titolare del diritto di impugnazione alle conseguenze pregiudizievoli di aver ignorato, senza propria colpa, l'evento che ha colpito la parte vincitrice". In giurisprudenza, si veda Cass., 25 ottobre 1972, n. 3218, in *Foro it.*, 1973, I, 2906, che evidenzia come nella materia in esame "qualunque soluzione interpretativa potrebbe dar luogo a doglianze di incostituzionalità".

(22) Auspicavano e sollecitavano una pronuncia risolutrice della Corte Costituzionale sulla verifica di legittimità costituzionale degli artt. 300, 328 e 330 c.p.c., Montanari, *op. cit.*, 49-50; A. Finocchiaro, *L'intervento delle sez. un. non dissipa le ombre cit.*, 189; nonché un intervento del legislatore R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 485 e, successivamente, anche Ruggieri, *Capacità della parte, eventi modificativi cit.*, 1551.

(23) Nel primo senso si veda Cass. 22 ottobre 1971, n. 2977, in *Foro it.*, 1972, I, 965, con osservazioni di Andrioli; nel secondo, si veda Cass. 23 maggio 1972, n. 1605, *ivi*, 1972, I, 2002. A confermare un simile orientamento si pose successivamente Corte Cost., ord. 4 febbraio 2000, n. 37, in *Giur. cost.*, 2000, 192 ss. con nt. di Gambini, che dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 163, 164 (vecchio testo) e 359 c.p.c. rispetto all'art. 24 Cost., per l'impossibilità di operare una *reductio ad legitimitatem* delle norme impugnate in termini univoci e costituzionalmente obbligati, ha sostenuto l'astratta configurabilità di più *itineri*, tutti ugualmente idonei a porre rimedio all'asserita incostituzionalità, sulla base del canone ermeneutico che impone al giudice di adottare un'interpretazione della norma conforme a Costituzione. Esattamente tale canone interpretativo imporrebbe di ritenere valida l'impugnazione proposta nei confronti della parte non più legittimata, ove la controparte abbia ignorato l'evento interruttivo senza colpa.



dall'esistenza dell'onere gravante sull'impugnante d'adeguare il giudizio di impugnazione alla mutata situazione delle parti per effetto dell'evento interruttivo che le abbia colpite prima o dopo la chiusura del precedente grado di giudizio.

Posto un simile principio, entrambe le sentenze in esame avvertono però l'esigenza di trovare un temperamento alle sue rigorose conseguenze e ciò specie per quanto riguarda la dichiarazione di inammissibilità dell'appello proposto nei confronti d'un soggetto che, per effetto della vicenda interruttiva, non è più coinvolto nel rapporto sostanziale oggetto di causa.

Già *in nuce* nella sentenza del 2005, ma ora esplicitamente in quella in commento, quale via al temperamento di simili effetti negativi è indicata la possibilità di qualificare l'erronea destinazione del legittimato passivo dell'atto di impugnazione quale vizio attinente la *vocatio in jus*, in evidente assonanza con la nullità della citazione indicata all'art. 164, comma 1, c.p.c., là dove si riferisce alla mancanza o assoluta incertezza delle parti (24).

Si apre così la strada alla sanabilità del vizio con la rinnovazione dell'atto di citazione in appello applicando allo scopo quanto prevede l'art. 164 c.p.c., sempre che tale disposizione - alla stessa stregua di altre riguardanti il giudizio di primo grado - risulti applicabile al giudizio d'appello in virtù del generale rinvio operato dall'art. 359 c.p.c. Ma la sentenza in commento, pur aderendo a tale indicazione, pone una forte limitazione all'applicazione dell'art. 164 c.p.c. allo scopo di sanare, con la rinnovazione, i vizi della citazione introduttiva del giudizio d'appello e ciò con il subordinare l'effettiva rinnovazione dell'atto di impugnazione al fatto che l'impugnante sia incorso incolpevolmente in errore, una limitazione che fa riemergere indicazioni che già abbiamo ritrovato nella giurisprudenza.

### I punti deboli della soluzione proposta dalla Corte

Si tratta di una soluzione che non convince. Invero, qualificata la nullità in questione quale vizio riguardante la *vocatio in jus*, considerato dall'art. 164, comma 1 c.p.c., pare incoerente subordinarne la sanatoria per rinnovazione all'assenza di un errore incolpevole dell'appellante.

Questo si pone non soltanto in aperto contrasto con il dettato stesso dell'art. 164 c.p.c., che non limita in alcun modo la rinnovazione dell'atto di citazione (25), ma nel condizionare la sanatoria dell'impugnazione allo stato soggettivo di incolpevole ignoranza dell'errore da parte dell'appellante, si attua un'evidente forzatura dei principi in materia di nullità degli atti processuali (26).

A ben vedere, non convince il tentativo di trovare nelle norme sulla rinnovazione della citazione il temperamento al rigore delle conseguenze derivanti dall'accolto principio del doveroso adeguamento del giudizio

di impugnazione agli intervenuti mutamenti della situazione soggettiva delle parti.

Già essendo discutibile il ricondurre l'inosservanza del c.d. "onere di adeguamento" al vizio di nullità dell'atto di impugnazione per omessa o assoluta incertezza nell'individuazione delle parti, il voler utilizzare nei casi in esame l'art. 164 c.p.c. si mostra, a ben vedere, ben poco risolutivo (27). Invero, bisogna notare che il richiamare tale norma non giova affatto per evitare la dichiarazione dell'inammissibilità in casi consimili quando l'impugnazione erroneamente indirizzata e notificata

#### Note:

(24) L'apertura al percorso interpretativo abbracciato dalla sentenza ivi in commento emerge già in un *obiter dictum* di Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15783 cit., ove la Corte accenna anche agli effetti di un'applicazione, nella materia in esame, dell'art. 164 c.p.c. così come riformulato dalla novella del 1990, benché questo non potesse di fatto trovare vigenza nella causa pendente, in quanto sorta prima del 30 aprile 1995. Nel confrontare la disciplina applicabile alla lite pendente con quella da applicarsi alle cause nate dopo il 30 aprile 1995, la Corte dice "in relazione a detti processi, in presenza di un vizio che non attiene alla notificazione, ma alla individuazione della parte nei cui confronti il potere impugnatorio deve essere esercitato, il sistema non prevede una possibilità di rinnovazione dell'atto e sottopone la parte alle preclusioni derivanti dall'aver indirizzato in modo errato l'atto di impugnazione, a differenza di quelli disciplinati dalla novella del 1990, in ordine ai quali l'art. 164 c.p.c. predispone uno strumento per sanare con efficacia *ex tunc* il vizio della citazione (e dell'impugnazione), se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti dai numeri 1 e 2 dell'art. 163, *così da offrire un congruo margine di tutela al soggetto incolpevole*" (corsivo mio). Ne emergevano, quindi, da un lato l'intenzione di ricondurre il vizio di individuazione del destinatario del potere di impugnare ad un vizio della *vocatio in jus* dell'atto d'appello, dall'altro la possibilità di una sua sanatoria ai sensi dell'art. 164 c.p.c. (nuova formulazione), già ipotizzando però un'applicazione di detta disposizione nel giudizio d'appello a tutela del solo appellante incolpevole, laddove, invece, una simile limitazione non è di per sé prevista dall'art. 164 c.p.c.

(25) In questo senso Gasperini, *Rimessione in termini e poteri esterni allo svolgimento del processo: le Sezioni Unite riconoscono la rilevanza dell'errore scusabile*, in *Corr. giur.*, 2005, 680 ss., 687. Sottolinea questo profilo anche R. Caponi, *Conoscenza legale acquisita dalla parte soccombente della morte della controparte e sorte dell'impugnazione proposta nei confronti della parte deceduta, anziché agli eredi*, in *Foro it.*, 1998, I, 2246, secondo cui una volta richiamato l'art. 164 c.p.c., «la possibilità di sanare retroattivamente il vizio dell'atto d'appello notificato alla parte colpita dall'evento interattivo, anziché ai soggetti cui spetta proseguire il giudizio, dovrebbe darsi non solo quando [...] l'evento non è stato notificato alla controparte, cioè non solo nelle ipotesi di probabile non imputabilità del vizio, ma anche quando l'evento le è stato notificato [...], cioè anche nelle ipotesi di certa imputabilità del vizio».

(26) Così espressamente Gasperini, *op. loc. ult. cit.*

(27) Perplessità ed incertezze sul richiamo nella materia in esame dell'art. 164 c.p.c. e del vizio della *vocatio in jus*, vengono espressi da R. Caponi, *Conoscenza legale acquisita dalla parte soccombente cit.*, 224 ss., a commento di Cass., 9 agosto 1997, n. 7441, ove questa indirettamente richiama l'art. 164 c.p.c. asserendo che l'impugnazione notificata alla parte deceduta, anziché agli eredi, rappresenterebbe un vizio consistente nella "mancata individuazione del soggetto passivo della *vocatio in jus*". Nel ripercorrere la singolare soluzione della Corte, secondo cui in simili casi neppure la costituzione degli eredi potrebbe sanare il vizio in questione, l'A. sottolinea le difficoltà di applicare in concreto l'art. 164 c.p.c. agli errori di destinazione e di notificazione dell'impugnazione ove si ritenga che questa vada notificata e indirizzata al soggetto tenuto a proseguire il giudizio.



sia diversa dall'appello, ad esempio, un ricorso per cassazione: qui l'art. 164 c.p.c. risulterebbe senza dubbio di difficile ausilio e ciò per la ragione che manca, nella disciplina dei giudizi di cassazione, una norma di rinvio alle regole del giudizio di primo grado simile a quella contenuta nel citato art. 359 per quanto riguarda i giudizi d'appello (28).

Un'altra, forse, poteva essere la via utilmente percorribile per porre rimedio all'errore incolpevole dell'impugnante, una via già suggerita da autorevole dottrina e indicata da una parte della giurisprudenza e che s'identifica nell'istituto della rimessione in termini (29). Precisamente, indirizzato e notificato l'atto di impugnazione al soggetto coinvolto nel precedente grado di giudizio anziché a quello tenuto a proseguirlo, l'impugnante, pur avendo compiuto un atto ritenuto invalido, potrebbe essere rimesso nei termini per impugnare, ove il suo errore di destinazione e di notificazione sia dovuto a causa a lui non imputabile (30). Proprio tale soluzione, infatti, parrebbe contemperare i diversi valori coinvolti nella materia in esame, e cioè sia il diritto di difesa dei soggetti tenuti a proseguire il giudizio, riconosciuti quali effettivi legittimati all'impugnazione, sia il diritto di difesa dell'impugnante, che non dovrebbe così irragionevolmente trasformarsi in un attento e scrupoloso investigatore della capacità processuale della controparte (31).

Oltremodo chiare si mostrano tuttavia le ragioni che hanno trattenuto la Corte dall'intraprendere un simile percorso interpretativo. Stante il tradizionale rifiuto di un'applicazione della rimessione in termini alle decadenze da poteri esterni al processo e, tra questi, anche il potere d'impugnare, si spiega come la Corte, anche nella sentenza in commento, abbia preferito evitare nella materia in esame una di quelle possibili "scelte coraggiose", su cui d'altronde si auspica da tempo prenda definitiva e chiarificatrice posizione il legislatore (32).

#### Note:

(28) Nega l'applicazione della disciplina della nullità all'atto introdotto del ricorso in Cassazione, la dottrina tradizionale; sul punto si veda Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2007, 500 nt. 69; nonché più specificamente Tombari Fabbrini, *Inammissibilità e improcedibilità del ricorso per cassazione e possibili sanatorie per raggiungimento dello scopo*, in *Foro it.*, 1993, I, 3021, prec. 3023.

(29) In dottrina suggeriscono una simile via R. Caponi, *La rimessione in termini* cit., 536; Id., *La sopravvenienza della maggiore età della parte nel corso del giudizio civile*, in *Foro it.*, I, 1999, 588 ss., richiamato anche da Ruggieri, *Capacità della parte, eventi modificativi* cit., 1551; nonché, in un'approfondita analisi della portata e delle conseguenze di Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15783 cit., Gasperini, *op. cit.*, 687-688. In giurisprudenza sottolinea la necessità di riconoscere e introdurre uno strumento che attribuisca generale rilevanza ai fatti non imputabili che abbiano impedito il corretto e tempestivo esercizio del potere di impugnare: Cass., SS.UU., 19 dicembre 1996, n. 11394, in *Foro it.*, 1997, I, 2544, secondo cui pone «un sospetto di incostituzionalità la mancanza di un vero e proprio strumento di restituzione in termini. Di questa figura si hanno manifestazioni sparse nell'ordinamento processuale (art. 184 bis, 294 e, per certi versi, 327, 650, 688), ma difetta una disciplina generale, quanto meno con riguardo all'area delle impugnazioni, come questa Corte ha già avuto modo di riconoscere».

(30) Sul punto si veda precisamente R. Caponi, *La sopravvenienza della maggiore età* cit., 588, che peraltro distingue tra due diverse ipotesi, e cioè a seconda che la perdita della rappresentanza legale sia avvenuta con riguardo alla parte vittoriosa ovvero soccombente. Nel caso in cui la parte divenuta maggiorenne sia stata vittoriosa e l'impugnazione venga notificata al procuratore costituito del suo ex rappresentante legale, l'A. ritiene si possa ricorrere, già *de jure condito*, all'applicazione degli artt. 184 bis e 294 c.p.c. A suo dire, infatti, la parte divenuta maggiorenne che non si sia vista notificare l'impugnazione né comunicare tale notificazione dal procuratore costituito, sarebbe impedita soltanto nel suo potere di resistere all'impugnazione, nel quale verrebbe pertanto rimessa. Nel caso in cui, invece, la parte divenuta maggiorenne sia stata totalmente o parzialmente soccombente e la sentenza o l'impugnazione vengano notificate al procuratore del suo ex rappresentante legale senza che questi gliene dia comunicazione, si sarebbe realmente di fronte, secondo l'A., alla necessità di pensare *de jure condendo* ad una rimessione in termini per impugnare. Richiama invece in linea generale in tali ipotesi l'istituto della rimessione in termini nel potere di impugnare Gasperini, *op. cit.*, 688.

(31) Descrive in questo modo il rischio in cui incorrerebbe la parte non colpita dall'evento interruttivo nel caso in cui si propendesse per l'orientamento sostenuto da Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15783 cit. e dalla sentenza ivi in commento, Ruggieri, *Eventi interruttivi del processo* cit., 135. Vi è peraltro da sottolineare come anche a percorrere la via della rimessione in termini, si pone comunque all'interprete il problema di delineare adeguatamente la nozione di "causa non imputabile alla parte", cui la rimessione è subordinata. Sotto questo profilo, dovrebbero così tenersi doverosamente in conto situazioni in cui non potrebbe ragionevolmente pretendersi che la parte venga a conoscenza, o possa agevolmente venire a conoscenza, dell'evento interruttivo. In questo senso si può pensare ad esempio ai casi in cui la parte-persona fisica sia stata, in corso di causa, interdetta o inabilitata, ovvero la parte-persona giuridica abbia finito per estinguersi.

(32) Con riguardo all'opinione tradizionale ferma nel sostenere l'eccezionalità dell'istituto della rimessione in termini, insuscettibile di applicazione fuori dai casi previsti dalla legge ed in particolare con riguardo alle decadenze da poteri processuali esterni allo svolgimento del giudizio, quali l'impugnazione delle sentenze, si vedano R. Caponi, *La rimessione in termini* cit., 416; De Santis, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 203 ss.; Balena, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 265, e per una recente disamina complessiva anche Gasperini, *op. cit.*, 681 ss. In giurisprudenza, in termini restrittivi si vedano da ultimo Cass., 29 gennaio 2003, n. 1285; Cass., 6 agosto 2004, n. 15274. A fronte di ciò, evidenziano la necessità nella materia in esame di soluzioni coraggiose, seppur equilibrate Gasperini, *op. cit.*, 688; nonché Ruggieri, *Capacità della parte, eventi modificativi* cit., 1551, ove l'A., agli esordi della recente attività di riforma del codice di procedura civile, auspicava una soluzione legislativa anche della questione in esame, salvo dover constatare, in Id., *Eventi interruttivi del processo* cit., 135-136, come, a riforme avvenute, il legislatore, rimasto sul punto ancora silente, abbia "perso un'ottima occasione per «sistemare» uno tra i più controversi e centrali problemi del processo civile".

## Separazione consensuale

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 22 novembre 2007, n. 24321 - Pres. Luccioli - Rel. Giuliani

*Separazione consensuale - Contenuto necessario ed eventuale - Accordo patrimoniale atipico - Impugnazione*  
(C c. artt. 158, 160, 1322; c.p.c. art. 710)

Gli accordi di separazione consensuale tra i coniugi possono contenere, oltre che un contenuto necessario, attinente allo stesso consenso alla separazione, ai patti relativi alla prole e al mantenimento del coniuge economicamente più debole, un contenuto eventuale, solo occasionalmente collegato al primo, ed attinente a pattuizioni patrimoniali tra i coniugi, che configurano non una convenzione matrimoniale ma un contratto atipico, valido sempre che non incida negativamente sui diritti e i doveri nascenti dal matrimonio e che comunque - ove se ne configuri l'invalidità - non può essere impugnato nelle forme del procedimento camerale ex art. 710 c.c., che presuppone da un lato l'intervento di sopravvenienze, dall'altro la validità della separazione consensuale, ma con un ordinario giudizio di cognizione (nella specie l'accordo accessorio consisteva nell'impegno dei coniugi a vendere successivamente la casa già coniugale, assegnata alla moglie, madre affidataria della figlia minore, ed è stato ritenuto valido perché non lesivo dei diritti della figlia).

... *Omissis* ...

### Svolgimento del processo

Con ricorso in data 9 ottobre 2002, V.E. chiedeva al Tribunale di Roma di modificare le condizioni della separazione consensuale dal marito S.R.M., pattuite con verbale in data ... *omissis* ..., omologato il successivo ... *omissis* ..., vuoi quanto alla convenzione di futura vendita (programmata per il periodo compreso tra il ... *omissis* ... dell'immobile di proprietà comune (sito alla ... *omissis* ... già adibito a casa familiare ed assegnato alla stessa V., vuoi quanto alla misura del contributo di mantenimento stabilito, in favore suo e della figlia C., in L. 4.000.000 ed in L. 5.000.000 mensili rispettivamente, deducendo, sotto il primo profilo, la necessità, nell'interesse della minore affidatale, di sentir conservare l'assegnazione dell'alloggio in questione e, sotto il secondo profilo, il sopravvenuto miglioramento delle condizioni economiche del S.

Il giudice adito, con decreto in data 19 marzo 2003, respingeva il ricorso, ravvisando nella pattuizione relativa alla vendita dell'immobile in parola un accordo insuscettibile di formare oggetto del procedimento di revisione ex art. 710 c.p.c. e ritenendo la misura del mantenimento convenuto in sede di separazione tuttora adeguata alle esigenze della madre e della figlia.

Avverso la decisione, proponeva reclamo la V., assumendo che la pattuizione anzidetta incidesse sul diritto indisponibile della minore a conservare l'abitazione, la quale costituiva il centro dei suoi affetti, si da rientrare, sotto tale aspetto, nell'ambito degli accordi stipulati in funzione della separazione, di cui si poteva domandare la successiva modifica, nonché deducendo, quanto alla richiesta di aumento del contributo posto a carico del S., che l'intervenuta cessazione del rapporto di lavoro in-

trattenuto dal marito con la Banca Fideuram aveva comportato la corresponsione di una rilevante somma a titolo di liquidazione, la quale giustificava la nuova determinazione del contributo medesimo, al fine di riequilibrare le rispettive condizioni economiche dei coniugi e di far fronte alle crescenti esigenze della vita di C.

Resisteva nel grado il reclamato, ribadendo la correttezza delle valutazioni del primo giudice, anche per ciò che riguardava la richiesta di aumento dell'assegno a proprio carico, in considerazione del fatto che la sopravvenuta cessazione del rapporto di lavoro con la Banca Fideuram aveva comportato un peggioramento della sua situazione (essendo egli, al momento, disoccupato), non certo un miglioramento.

La Corte territoriale di Roma, con decreto del 16 marzo/5 aprile 2004, rigettava il reclamo, assumendo:

a) che, quanto alla modifica dell'accordo concernente la vendita dell'immobile in comproprietà, nessun evento sopravvenuto, atto ad integrare i giusti motivi per la revisione della pattuizione in argomento, risultasse allegato dalla V. a sostegno della sua richiesta, se non l'esigenza dalla stessa manifestata di sentir confermare, nell'interesse della minore, l'assegnazione in suo favore della casa familiare, la quale sarebbe venuta meno nel caso di vendita del predetto immobile, laddove, del resto, ove l'accordo in questione fosse da considerare frutto di una manifestazione di volontà viziata da circostanze capaci di incidere sulla formazione del consenso prestato da una delle parti, come appunto sul diritto indisponibile della minore a mantenere l'abitazione nell'alloggio dove era nata ed aveva sempre vissuto, lo strumento a ciò deputato si palesava essere quello dell'annullamento del negozio giuridico, non certo quello della modifica delle condizioni della separazione ex art. 710 c.p.c.;

b) che, quanto alla richiesta di aumento del contributo

di mantenimento a carico del S., la sopravvenuta cessazione del rapporto di lavoro di quest'ultimo con la Banca Fideruram, indipendentemente dalla mancata prova circa la misura dell'indennità di fine rapporto presumibilmente percepita dal medesimo S., non fosse tale da produrre effetti esclusivamente accrescitivi del reddito dell'obbligato, laddove, del resto, la V. godeva in proprio di rilevanti sostanze e non era gravata da spese abitative siccome assegnataria dell'immobile di ... *omissis* ...;

c) che meritasse altresì conferma il contributo paterno al mantenimento della figlia, potendosi ritenere lo stesso tuttora adeguato a sopperire alle necessità di una bambina di otto anni, avuto anche riguardo al paritetico onere di mantenimento a carico della madre.

Avverso tale decreto, ricorre per cassazione la V., deducendo due motivi di gravame, ai quali resiste il S. con controricorso.

Ambo le parti hanno presentato memorie.

#### Motivi della decisione

Con il primo motivo di impugnazione, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione dei principi vigenti in tema di assegnazione della casa coniugale in sede di separazione e di relativa modifica ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 5 e ss., e art. 710 c.p.c. e ss., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, nonché omessa pronuncia ed omessa motivazione e contraddittorietà ed illogicità manifeste della stessa su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 4 e 5, deducendo:

a) che il Tribunale aveva fondato la pronuncia di rigetto delle richieste della medesima ricorrente sulla pretesa impossibilità di ricomprendere tra i provvedimenti di revoca o modifica gli accordi di natura patrimoniale raggiunti tra i coniugi (nella specie, la previsione che fissava la vendita dell'immobile in comproprietà tra questi ultimi, adibito a casa familiare, tra il dicembre 2001 ed il giugno 2002);

b) che, in realtà, l'istanza formulata *ab origine* dall'odierna ricorrente riguardava la modifica delle condizioni di separazione relative all'assegnazione della casa anzidetta, senza risultare legata a tardive forme di "ripensamento" della stessa assegnataria;

c) che i negozi giuridici familiari non possono, comunque, in alcun modo incidere sulla materia dei diritti indisponibili e sul conseguente controllo dell'Autorità Giudiziaria;

d) che, in sede di merito, era stato specificatamente rilevato che l'accordo delle parti di procedere alla vendita dell'immobile di proprietà comune riguardava l'abitazione adibita a casa coniugale, assegnata in sede di separazione alla V. nella qualità di madre affidataria della figlia minore C., laddove l'istanza di modifica era legata alla sopravvenuta circostanza, non prevista all'atto della separazione stessa, relativa all'instabilità emotiva manifestata dalla bambina (di soli sei anni nel 2001) alla data del ventilato abbandono dell'abitazione familiare,

ovvero alla sopravvenuta evenienza dei problemi insorti nell'anzidetta minore una volta posta di fronte alla determinazione di lasciare la casa coniugale;

e) che la *ratio decidendi* della Corte territoriale si rivela illegittima ed immotivata vuoi con riferimento alla piena compatibilità dell'istanza formulata dalla V. con l'ambito e la natura del giudizio di modifica ex art. 710 c.p.c., vuoi in relazione alla possibilità che, per giungere a tale modifica dell'originaria pattuizione della separazione, la quale stabiliva un'assegnazione "a termine" o "temporanea" della casa familiare, ben si potesse dichiarare l'invalidità e/o l'inefficacia, per l'acclarata violazione del limite della disponibilità dei diritti, della clausola istitutiva di un impegno futuro di vendita dell'immobile.

Il motivo non è fondato.

La Corte territoriale, dopo avere preliminarmente rilevato "come le condizioni economiche della separazione consensuale *inter partes* - stabilite con verbale in data ... *omissis* ... omologato il successivo ... *omissis* ... - recepiscano un accordo in proposito raggiunto fra i coniugi, con la conseguenza che la pattuizione relativa alla vendita della casa coniugale di ... *omissis* ... (programmata per il periodo intercorrente fra dicembre 2001 e giugno 2002) ... risulta frutto di autonoma e concorde manifestazione di volontà delle parti", per ciò che riguarda la modifica di tale accordo, "concernente (appunto) la vendita dell'immobile in comproprietà", ha quindi osservato:

a) che "nessun motivo sopravvenuto risulta allegato dalla V. a sostegno della sua richiesta, se non l'esigenza dalla stessa manifestata nell'interesse della minore di sentir confermare l'assegnazione in suo favore della casa coniugale (assegnazione che verrebbe meno nel caso di vendita del predetto immobile)";

b) che, "in altra parte dei suoi scritti difensivi, la reclamante ribadisce poi che anche una pattuizione siffatta è rivedibile nelle forme di cui all'art. 710 c.p.c., in quanto incide su diritti indisponibili - quale quello della minore a mantenere l'abitazione nella casa in cui è nata ed ha sempre vissuto - ed è quindi soggetta al controllo di validità dell'autorità giudiziaria";

c) che le argomentazioni svolte dalla stessa V. a sostegno della richiesta formulata risultano "in entrambi i casi priv(e) di pregio";

d) che, "infatti, sia che la reclamante deduca una sorta di "ripensamento" maturato quando essa si è resa conto dell'esigenza della figlia di continuare ad abitare nell'immobile in questione, ovvero che eccepisca una nullità della pattuizione in proposito concordata con il S. ... resta evidente da un lato l'insussistenza di alcun evento sopravvenuto atto ad integrare i giusti motivi per la revisione della pattuizione invocata, e d'altro lato la stessa insuscettibilità di un accordo siffatto ad essere modificato con il procedimento di cui all'art. 710 e ss. c.p.c.";

e) che, "quando invero le condizioni della separazione siano il frutto di un accordo negoziale raggiunto dai co-

niugi in relazione a fatti dagli stessi conosciuti, ovvero dei quali essi avrebbero dovuto tenere legittimamente conto al momento della conclusione dell'accordo (come nella specie era l'eventuale interesse della minore a continuare ad abitare nella casa di ... *omissis* ...), il mero mutamento delle valutazioni che li determinarono a stipulare la convenzione di separazione non può comportare il venir meno della validità della pattuizione pregressa”;

f) che, “ove al contrario si deduca che l'accordo predetto sia frutto di una manifestazione di volontà viziata da circostanze atte ad incidere sulla formazione del consenso prestato da una delle parti, lo strumento a ciò deputato è quello ordinario dell'annullamento del negozio giuridico, non certo la modifica di cui all'art. 710 c.p.c., di cui deve pertanto conclusivamente ribadirsi in questa sede la mancanza dei presupposti”.

Risulta, dunque, palese dall'illustrazione che precede come la pronuncia della Corte territoriale, sul punto, poggi sopra una duplice, ed autonoma, *ratio decidendi* (“resta evidente da un lato l'insussistenza di alcun evento sopravvenuto atto ad integrare i giusti motivi per la revisione della pattuizione invocata, e d'altro lato la stessa insuscettibilità di un accordo siffatto ad essere modificato con il procedimento di cui all'art. 710 e ss. c.p.c.”), onde, essendo state dette ragioni entrambe censurate dall'odierna ricorrente, deve, nella specie, trovare applicazione il principio secondo cui, ove la pronuncia impugnata sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, il rigetto delle doglianze relative ad una di tali ragioni rende inammissibile, per difetto di interesse, l'esame relativo alle altre, pure se tutte tempestivamente sollevate, in quanto il ricorrente non ha più ragione di avanzare censure che investono una ulteriore *ratio decidendi*, giacché, ancorché esse fossero fondate, non potrebbero produrre in nessun caso l'annullamento della decisione medesima (Cass. 23 ottobre 2001, n. 12976; Cass. 10 settembre 2004, n. 18240; Cass. 30 giugno 2005, n. 13956; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20454).

Orbene, nella specie, la seconda delle due sopraindicate ragioni (assorbente siccome relativa, giusta quanto accennato, alla “stessa insuscettibilità di un accordo siffatto ad essere modificato con il procedimento di cui all'art. 710 e ss. c.p.c.”) si sottrae alle doglianze della ricorrente, rendendo così inammissibili, per i motivi dianzi illustrati, le doglianze delle quali, pure, è stata fatta oggetto la prima (concernente, cioè, l'insussistenza di alcun evento sopravvenuto atto ad integrare i giusti motivi per la revisione della pattuizione invocata”) delle riportate ragioni.

Giova, al riguardo, premettere come questa Corte (Cass. 5 marzo 2001, n. 3149; Cass. 4 settembre 2004, n. 17902) abbia già avuto modo di affermare che, applicandosi l'art. 156 c.c., comma 7 in via analogica alla separazione consensuale, i “giustificati motivi” che auto-

rizzano il mutamento delle relative condizioni consistono in fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione in relazione alla quale gli accordi erano stati stipulati, onde, rispetto all'atto di separazione omologato, né gli eventuali vizi del consenso né la sua eventuale simulazione sono deducibili attraverso il giudizio camerale attivato a norma del combinato disposto degli artt. 710 e 711 c.p.c., nel senso esattamente che, costituendo presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione consensuale omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, la denuncia degli eventuali vizi dell'accordo di separazione, ovvero della sua simulazione, resta rimessa al giudizio ordinario, secondo le regole generali, là dove, in particolare, stante la natura negoziale dell'accordo che da sostanza e fondamento alla separazione consensuale tra coniugi e non essendo ravvisabile, nell'atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti, ma rappresentando la procedura ed il decreto di omologazione condizioni di efficacia del sottostante accordo tra coniugi (salvo che per quanto riguarda i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, sui quali il giudice è dotato di un potere d'intervento più penetrante)” deve ritenersi ammissibile l'azione di annullamento della separazione consensuale omologata per vizi della volontà, la cui esperibilità - non limitata alla materia contrattuale, ma estensibile ai negozi relativi a rapporti giuridici non patrimoniali, *genus* cui appartengono quelli di diritto familiare - presidia la validità del consenso come effetto del libero incontro della volontà delle parti.

Poiché, nella specie, attraverso l'incensurato (di per se) apprezzamento della Corte territoriale, è rimasto accertato vuoi che l'odierna ricorrente, in sede di reclamo, ha ribadito che “anche una pattuizione siffatta (ovvero quella, inserita tra le condizioni della separazione consensuale intervenuta tra i coniugi, relativa alla vendita della casa coniugale di ... *omissis* ...) è rivedibile nelle forme di cui all'art. 710 c.p.c., in quanto incide su diritti indisponibili - quali quello della minore a mantenere l'abitazione nella casa in cui è nata ed ha sempre vissuto - ed è quindi soggetta al controllo di validità dell'autorità giudiziaria”, vuoi che la medesima ricorrente ha altresì eccepito una nullità della pattuizione in proposito concordata con il S., la *ratio decidendi* dell'impugnato decreto, là dove il giudice di merito ha affermato che “ove al contrario si deduca che l'accordo predetto sia frutto di una manifestazione di volontà viziata da circostanze atte ad incidere sulla formazione del consenso prestato da una delle parti, lo strumento a ciò deputato è quello ordinario dell'annullamento del negozio giuridico, non certo la modifica di cui all'art. 710 c.p.c., di cui deve pertanto conclusivamente ribadirsi in questa sede la mancanza dei presupposti”, si palesa, di per se, del tutto coerente con il principio, sopra illustrato e del resto richiamato dalla stessa Corte territoriale, secondo

cui, costituendo presupposto giuridico del ricorso alla procedura camerale di modifica delle condizioni della separazione consensuale, ex artt. 710 e 711 c.p.c., l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione consensuale omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, la denuncia degli eventuali vizi (come l'annullabilità, ma anche la nullità) che inficiano la validità dell'accordo di separazione resta rimessa al giudizio ordinario, secondo le regole generali. Né, d'altra parte, ai fini del riconoscimento della "piena compatibilità dell'istanza formulata (dall'attuale ricorrente) con l'ambito e la natura del giudizio di modifica ex art. 710 (e art. 711) c.p.c.", appare possibile sostenere, come pure sostiene la medesima ricorrente, che l'istanza anzidetta "riguardava la modifica delle condizioni di separazione concernenti l'assegnazione della casa coniugale" e, segnatamente, l'assegnazione "a termine" o "temporanea" della suindicata abitazione, stabilita in sede di separazione consensuale a favore della V. nella qualità di madre affidataria della figlia minore C., la dove, poi, per giungere a tale modifica dell'originaria pattuizione, ben si poteva (assumendo ancora la ricorrente) dichiarare l'invalidità e/o l'inefficacia della clausola istitutiva di un impegno futuro di vendita del relativo immobile.

Giova, al riguardo, premettere:

a) che l'accordo mediante il quale i coniugi pongono consensualmente termine alla convivenza può racchiudere una pluralità di pattuizioni, oltre a quelle che integrano il suo contenuto tipico e che a questo non sono immediatamente riferibili, nel senso esattamente, cioè, che l'accordo stesso, secondo quanto osservato anche in dottrina là dove si rinviene la distinzione tra contenuto "necessario" (siccome collegato direttamente al rapporto matrimoniale) e contenuto "eventuale" (o "accessorio") dell'accordo di separazione (siccome collegato in via soltanto estrinseca con il patto principale), è suscettibile di riguardare negozi i quali, pur trovando la loro occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in essa, risultando appunto semplicemente "occasionati" dalla separazione medesima senza dipendere dai diritti e dagli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio, onde tali negozi non si configurano come convenzioni matrimoniali ex art. 62 c.c. (caratterizzate da un sostanziale parallelismo di volontà e interessi, nonché postulanti lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione), ma costituiscono espressione di libera autonomia contrattuale, sempre che non comportino una lesione di diritti inderogabili (Cass. 15 marzo 1991, n. 2788; Cass. 12 settembre 1997, n. 9034; Cass. 24 aprile 2007, n. 9863);

b) che, in particolare, l'accordo mediante il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili (e, segnatamente, come nella specie, di quello che costituisce la

casa familiare), da vita ad un contratto atipico, il quale, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c. nonché caratterizzato da propri presupposti e finalità senza risultare, del resto, necessariamente collegato alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della donazione, risponde, di norma, ad un originario spirito di sistemazione, in occasione appunto dell'evento di "separazione consensuale" (laddove il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), di tutta quell'ampia serie di rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o, eventualmente, anche solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale (Cass. n. 9034/1997, cit.; Cass. 23 marzo 2004, n. 5741; Cass. 17 giugno 2004, n. 11342; Cass. 14 marzo 2006, n. 5473; Cass. n. 9863/2007, cit.);

c) che l'assegnazione della casa familiare disposta in favore dell'altro coniuge in occasione della separazione, sia giudiziale (ex art. 155 c.c., comma 5) sia consensuale (Cass. 27 maggio 1995, n. 5902), come pure in sede di divorzio (della l. n. 898 del 1970, ex art. 6, comma 6, quale sostituito dalla l. n. 74 del 1987, art. 11), è opponibile, ancorché non trascritta, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero anche oltre i nove anni qualora il titolo sia stato in precedenza trascritto, onde il suddetto terzo acquirente è tenuto, negli stessi limiti di durata di tale opponibilità, a rispettare il godimento del coniuge del suo dante causa, nell'identico contenuto e nell'identico regime giuridico propri dell'assegnazione, alla stregua di un vincolo di destinazione collegato all'interesse dei figli (Cass. Sezioni Unite 26 luglio 2002, n. 11096; Cass. 29 agosto 2003, n. 12705; Cass. 3 marzo 2006, n. 4719).

Nella specie, dunque, in ragione della suindicata "opponibilità" al terzo acquirente dell'assegnazione in parola, appare palese come la clausola della separazione consensuale istitutiva dell'impegno futuro di vendita dell'immobile adibito a casa coniugale, in quanto tale assegnata (in quella medesima sede) all'odierna ricorrente nella veste di affidataria della figlia minore, lungi dal risultare "inscindibile" rispetto a quest'ultima pattuizione (relativa appunto all'assegnazione dell'abitazione familiare) siccome capace di determinarne il venir meno o, se non altro, la durata (la quale risulterebbe "a termine" o "temporanea", secondo l'assunto della ricorrente), si configuri, piuttosto, come del tutto "autonoma" rispetto al regolamento concordato dai coniugi in ordine alla stessa assegnazione, così da riguardare un profilo sicuramente compatibile con siffatta assegnazione in quanto sostanzialmente non lesivo della sua rispondenza all'interesse (della minore) tutelato attraverso detto istituto e da soggiacere, quindi, alla regola dell'immodificabilità, nelle forme e secondo la procedura di cui agli artt. 710 e 711 c.p.c., di simili negozi.

... *Omissis* ...

SEPARAZIONE CONSENSUALE DEI CONIUGI ED ACCORDI PATRIMONIALI ATIPICI  
TRA I CONIUGI: AMMISSIBILITÀ ED IMPUGNAZIONE

di Geremia Casaburi

*Partendo da una recente sentenza della Cassazione, l'A. ricostruisce lo stato di dottrina e di giurisprudenza in tema di contenuto eventuale ed atipico degli accordi di separazione consensuale tra i coniugi, vale a dire le pattuizioni di carattere patrimoniale non direttamente collegate a diritti e doveri nascenti dal matrimonio, ritenute ammissibili e - se pur viziate - impugnabili con una ordinaria azione di cognizione*

## La decisione della Cassazione

La Cassazione, con l'importante sentenza in rassegna, torna sul tema del contenuto necessario ed eventuale della separazione consensuale, e sui mezzi - anche processuali - per farne valere gli eventuali vizi, confermando i propri orientamenti al riguardo.

Nella vicenda decisa infine dalla Suprema Corte era in discussione la validità, nell'ambito degli accordi di separazione consensuale dei coniugi, della pattuizione relativa alla vendita, programmata per il futuro, dell'immobile già casa coniugale, ed assegnato alla moglie, madre affidataria della figlia minore.

Osserva la Cassazione che solo quest'ultima pattuizione - quanto all'assegnazione della casa familiare - rientra nel contenuto tipico della separazione, non certo l'altra, circa la vendita futura della medesima abitazione.

Oltretutto tale accordo "accessorio" non è del tutto svincolato dal contenuto tipico della separazione: essendo "in gioco" la casa coniugale la questione era proprio quello del conflitto del programma di vendita futura con l'assegnazione - attuale - dell'abitazione stessa alla madre affidataria della figlia minore.

Da qui appunto la domanda della moglie, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., e rigettata dai giudici di merito, di annullamento della clausola in oggetto.

La Cassazione ne ha però riconosciuto la validità, osservando che la motivazione di merito, confermata, si fonda su due motivazioni, entrambi autosufficienti.

Da un lato, infatti, non si riscontrano - nella prospettiva difensiva - quelle circostanze sopravvenute che sole giustificano l'adozione della misura modificativa ex art. 710 c.p.c. (1); dall'altro lato il procedimento in oggetto presuppone la validità della separazione consensuale, mentre eventuali vizi del consenso delle parti vanno fatte valere nelle forme di un ordinario giudizio di cognizione.

Per altro verso la Cassazione (non senza una certa incoerenza) svolge anche considerazioni ulteriori, che finiscono per incidere sul merito degli accordi di separazione consensuale per cui è causa.

La sentenza in rassegna, infatti, osserva che, nella specie, la (futura) vendita della casa non pregiudicherà l'interesse della figlia dei coniugi, in quanto l'assegnazione della casa stessa alla madre affidataria sarà comunque opponibile ai terzi acquirenti (2).

## La conferma della "negozialità" del matrimonio

La decisione in rassegna ben si inserisce nella tendenza della giurisprudenza - ormai inarrestabile - a riconoscere sempre più spazio al "carattere negoziale" del matrimonio e, di conseguenza, agli istituti che ne accompagnano la crisi.

La stessa Cassazione, di recente ha ricostruito il rapporto coniugale come "incoercibile e collegato al perdurare del consenso di ciascun coniuge"; da qui il riconoscimento del diritto - costituzionalmente rilevante - di ciascun coniuge di chiedere la separazione personale (3).

Opera anche qui, evidentemente, il passaggio da una concezione pubblicistica della famiglia, quale istituzione, ad una più attenta ai diritti soggettivi dei singoli che la compongono (famiglia comunità): è appena

## Note:

(1) La giurisprudenza è rigorosa nell'esigere, per la proponibilità della domanda di revisione delle condizioni di separazione, ex art. 710 c.p.c., o di divorzio, ex art. 9, l. div., il riscontro di "giustificati motivi", che consistono in fatti nuovi sopravvenuti modificativi della situazione in relazione alla quale gli accordi erano stati stipulati o i provvedimenti adottati, cfr Cass. 27 agosto 2004, n. 17136, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce *Separazione di coniugi*, n. 40; 22 aprile 2002, n. 5861, in questa *Rivista*, 2002, 480; 5 marzo 2001, n. 3149, in *Foro It.*, Rep. 2001, voce cit., n. 31.

(2) Sull'opponibilità ai terzi acquirenti del provvedimento di assegnazione della casa coniugale (come del relativo accordo in sede di separazione consensuale), anche in mancanza di trascrizione (ma nei limiti del novennio) cfr - *ex plurimis* - Cass. 2 aprile 2003, n. 5067, id., Rep. 2003, voce *Matrimonio*, n. 110; 27 maggio 1995, n. 5902, id., 1996, I, 184; 10 dicembre 1996, n. 10977, id., 1997, I, 3331 e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Mantova 4 febbraio 2003, in questa *Rivista*, 2003, 594.

Per un profilo peculiare cfr Cass. 14 ottobre 2004, n. 20292, id., Rep. 2004, voce *Trascrizione*, n. 19.

Con riferimento al nuovo testo dell'art. 155 *quater*, proprio in tema di trascrizione e di opponibilità ai terzi, cfr Casaburi, *La revoca dell'assegnazione della casa coniugale dal malleus maleficarum al restyling giurisprudenziale*, in *Corriere del merito* 2007, 285; *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso, speciale riforma diritto di famiglia*, in *Giur. Merito*, marzo 2006.

In un certo senso speculare a quella in esame è la vicenda decisa da Trib. Lucca 26 marzo 2003, in *Dir. famiglia*, 2004, 764: «Qualora dal verbale omologato di separazione consensuale risulti l'assegnazione della casa familiare e dei mobili che l'arredano ad uno dei coniugi, senza limiti di tempo, è nullo, per difetto di causa, il patto stipulato dai coniugi medesimi coevamente alla comparizione delle parti avanti al presidente del tribunale, ma prima della omologazione, che preveda, invece, la temporaneità di tale assegnazione».

(3) Cfr Cass. 14 febbraio 2007, n. 3356, in *Foro It.* 2008, I, 128, unitamente a Cass. 21099/2007 e 24494/2006, con nota di Casaburi, *Separazione e divorzio, questioni vecchie e vecchissime di nuovo all'esame della Cassazione*.

il caso di richiamare, a mero titolo di esempio, alle ricadute in tema di responsabilità civile (4).

### La separazione consensuale come negozio giuridico

L'istituto in cui gli elementi negoziali hanno più spazio è, tradizionalmente, la separazione consensuale dei coniugi, ex art. 158 c.c. (5).

È anzi ormai pacifico il riconoscimento del carattere negoziale dell'accordo alla base della separazione consensuale, appunto in quanto fondato sul consenso dei coniugi (pur se non vi è ancora una pluralità di qualificazioni terminologiche: si parla ancora, di volta in volta, di "convenzione di diritto familiare", "negozio di diritto familiare", "accordo convenzione"... ) (6).

Sicuramente, comunque, l'accordo di separazione consensuale non è un contratto, in quanto ha ad oggetto la sospensione del rapporto coniugale che, di per sé, non è un rapporto giuridico patrimoniale.

In tale sede possono pattuirsi - almeno per parte della giurisprudenza - anche trasferimenti di diritti immobiliari (7), e non mancano aperture ad istituti ancora controversi, quale il trust (8).

La giurisprudenza ha anche riconosciuto che gli accordi di separazione consensuale possono dar luogo a complesse operazioni contrattuali.

Ad esempio la clausola con la quale uno dei genitori si impegna a trasferire ad un figlio minore un immobile, allo scopo d'onorare il proprio obbligo di mantenimento è stata ritenuta costituire un contratto preliminare a favore di un terzo, per cui, in caso di inadempimento, il figlio è legittimato ad agire per ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto definitivo (9).

Le interferenze della separazione consensuale con il libro IV del Codice Civile hanno anzi dato luogo - in dottrina come in giurisprudenza - ad alcune tematiche ormai classiche (10).

#### Note:

(continua nota 3)

Il riconoscimento, alla base del matrimonio, della permanenza del consenso di entrambi i coniugi costituisce una affermazione di grandissimo rilievo che, se oggetto di ulteriore e coerente sviluppo, può comportare la radicale trasformazione delle fondamenta stesse del diritto matrimoniale, anche in termini di maggiore valorizzazione dei profili "contrattuali". In termini Iannaccone; osservazioni a Cass. 24494\2006 cit., in questa Rivista, 2007, 585.

(4) Ormai ritenuta operante - pur se con limiti e peculiarità - in tema di famiglia, in particolare a fronte di violazioni dei diritti del coniuge o della prole, cfr Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in questa Rivista, 2005, 365.

(5) Non a caso, in un passato non lontano, non sono mancati rilievi critici circa la stessa esistenza della separazione consensuale, poggiati "sull'affermazione che la struttura dell'istituto, a causa di una eccessiva accentuazione del momento contrattualistico del rapporto, costituirebbe una grave concessione alla libertà dei coniugi a danno del nucleo familiare"; la separazione consensuale, anzi, darebbe ingresso nel nostro sistema all'abborrito "divorzio consensuale"; così Lumia; *La separazione consensuale*, in AA VV (a cura di Zatti) trattato di diritto di famiglia, *Famiglia e matrimonio*, vol I, tomo II, Milano, 2002, 963. L'autrice richiama analiticamente tali orientamenti dottrinali.

(6) Cfr Lumia, cit., 970.

La giurisprudenza è invece ancora ferma nell'escludere la validità delle convenzioni prematrimoniali, diffuse in altri ordinamenti; cfr. però, per una parzialissima apertura, già Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Foro it.*, 2001, I, 1318.

(7) Per i trasferimenti immobiliari pattuiti in sede di separazione consensuale cfr Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi* (nota a Cass. 15 maggio 1997, n. 4306 e Trib. Napoli, 16 aprile 1997), in questa Rivista, 1997, 417; Giuri, *Separazione consensuale, trasferimenti immobiliari, trascrivibilità* (Nota a Trib. Pistoia, 1 febbraio 1996), in *Riv. not.*, 1997, 1425; Trib. Cagliari, 2 ottobre 2000, id., Rep. 2000, voce *Separazione di coniugi*, n. 46

In dottrina cfr La Vecchia, *Trascrizione con riserva di un accordo traslativo di bene immobile contenuto nel decreto di omologazione della separazione consensuale dei coniugi* (Nota a Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001), *Arch. civ.*, 2002, 729; Ungari Trasatti, *Verbale di separazione consensuale e condizioni per la trascrizione o l'iscrizione nei pubblici registri dei trasferimenti di diritti in esso documentati*, in *Riv. not.*, 2003, 453; Zanuzzi, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale* (Nota a Cass., 4306\1997), in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 283.

(8) Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, in *Foro It.*, Rep. 2006, voce cit., n. 117 reputa che possa omologarsi l'accordo di separazione consensuale dei coniugi nel quale sia contemplata l'istituzione di un trust, avente ad oggetto immobili acquistati in costanza di matrimonio, segregati in favore dei figli della coppia.

In dottrina cfr Bartoli, *Omologazione di una separazione consensuale preveniente l'istituzione di un trust interno autodichiarato* (Nota a Trib. Milano, 8 marzo 2005.), in *Corriere merito*, 2005, 667; Monegat, *Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale*, *Trusts*, 2007, 243.

Per la validità degli accordi con i quali i coniugi, in stato di separazione consensuale, regolano i rapporti economici relativi alla rispettiva partecipazione alla gestione di una società, cfr Trib. Ascoli Piceno, 8 maggio 2002, in *Foro It.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 476. Peraltro il verbale di separazione consensuale dei coniugi omologato dal tribunale non costituisce titolo idoneo per l'iscrizione nel registro delle imprese di una modificazione di patti sociali, potendo valere solo come impegno alla stipula di una corretta modificazione dei patti sociali, cfr Trib. Genova, 19 luglio 2002, id. Rep. 2003, voce *Impresa*, n. 38.

(9) App. Genova, 27 maggio 1997, in *Foro It.*, Rep. 1998, voce *Separazione di coniugi*, n. 67.

In termini Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, id., Rep. 2001, voce cit., n. 48, secondo cui la clausola in oggetto può costituire o un contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c. a titolo di liberalità, o una donazione indiretta a favore della prole, e pertanto non è soggetta alla forma prevista dall'art. 782 c.c.

(10) In dottrina, in generale, cfr Cafaro, *Autonomia privata e controllo del giudice nella separazione consensuale*, Torino, 2006; Ceccherini., *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 377; Cei., *Transazione stipulata tra i coniugi in vista della separazione* (Nota a Cass., 4647\1994), in questa Rivista., 1994, 660; Conte, *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione* (Nota a Cass 17607\2003), in questa Rivista., 2004, 475; De Feis., *Separazione consensuale: difficile equilibrio tra autonomia privata e tutela dei figli minori* (Nota a App. Caltanissetta, 12 aprile 2005, in questa Rivista., 2006, 191; Della Rocca, *Separazione personale (dir. priv.)* in *Enc. del cir.*, vol. XLI, Milano 1989, 1380; De Marzo, *Separazione consensuale non omologata e accordi patrimoniali già eseguiti* (Nota a Trib. Lucca, 11 maggio 2001), in questa Rivista, 2001, 525; Figone, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale* (Nota a App. Milano, 18 febbraio 1997), in questa Rivista, 1997, 439; Givri, *Separazione consensuale: ricevimento di dichiarazioni negoziali ed ambito della giurisdizione* (Nota a Trib. Napoli, 16 aprile 1997), in *Dir. famiglia*, 1998, 998; Martino, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale* (Nota a Cass., 5473\2006), in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 378; Miccoli, *Accordi patrimoniali nella separazione consensuale dei coniugi*, *Vita not.*, 1997, 520; Morace Pinelli, *Separazione consensuale e negozi atipici*

(segue)



Resta però che anche in tema di separazione consensuale trova attuazione la dialettica tra autonomia dei coniugi, in primo luogo negoziale, ed inderogabilità degli effetti nascenti dal matrimonio (con particolare riguardo ai figli).

È proprio l'esigenza di garantire l'equilibrio di posizioni potenzialmente contrastanti che spiega la previsione dell'intervento giudiziale, a mezzo dell'omologa.

Da qui la questione della rilevanza dell'omologa giudiziale (elemento costitutivo della fattispecie o di mera integrazione di efficacia?) e quella, connessa, dell'ammissibilità della revoca unilaterale del consenso medesimo (11).

### Contenuto necessario e contenuto eventuale degli accordi di separazione consensuale

Altra questione di notevole interesse è quella della rilevanza (e prima ancora della liceità) delle pattuizioni tra i coniugi non recepite negli accordi di separazione consensuale, e quindi non assoggettate all'omologa.

La dottrina ha da tempo individuato un contenuto necessario della separazione, contrapponendolo ad uno eventuale.

Nel primo rientrano i patti indispensabili perché possa costituirsi lo stesso stato di separazione: si tratta dello stesso consenso alla separazione, dei patti relativi alla prole e al mantenimento del coniuge economicamente "debole".

Il contenuto eventuale ricomprende invece i patti che figurano nel negozio solo occasionalmente, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti e agli obblighi connessi al matrimonio, e quindi restano ben distinti dalle convenzioni di famiglia.

L'accordo di separazione consensuale nel suo complesso, quindi, finisce per configurarsi come una sorta di negozio misto, contenente una pluralità di negozi tra loro collegati.

Si tratta di pattuizioni - quelle "eventuali" o "ulteriori" - inserite sempre più frequentemente, in quanto i coniugi - in vista del futuro divorzio - tendono a disciplinare in via esaustiva i loro rapporti patrimoniali.

Tanto è avvenuto anche nella vicenda ora definita dalla Cassazione: accanto ad un accordo "tipico", e proprio della separazione, l'assegnazione della casa coniugale (in favore del coniuge affidatario della figlia minore), è stato inserito un accordo patrimoniale "eventuale", relativo alla successiva vendita dell'immobile medesimo.

Si noti che le pattuizioni "eventuali" potrebbero consistere anche in altri negozi di diritto familiare di carattere non patrimoniale, ad esempio in tema di rinuncia all'azione di nullità del matrimonio (ma - vedendosi in tema di diritti indisponibili - può fortemente revocarsi in dubbio la validità di siffatti accordi) (12).

### La validità delle pattuizioni accessorie non sottoposte al giudizio di omologazione

A complicare il quadro è il rilievo che, sovente, tali

accordi (lo si ribadisce, non immediatamente riferibili né collegati al contenuto necessario della separazione consensuale) sfuggono al controllo giudiziale, in quanto sono stipulati tra i coniugi successivamente o in vista dell'omologazione dei loro accordi di separazione consensuale, comunque al di fuori di questi ultimi, al fine di integrarne la regolamentazione dei soli profili patrimoniali.

La giurisprudenza, superato un iniziale orientamento sfavorevole (art. 158 c.c. prevede pur sempre che la separazione consensuale non ha effetto senza l'omologazione del giudice), rimette all'interprete la valutazione di validità ed efficacia di siffatte convenzioni tra i coniugi, pur se sottratti all'iniziale e complessiva valutazione giudiziale in sede di omologazione (13).

In altri termini si tratta di pattuizioni, di per sé, ne

#### Note:

(continua nota 10)

familiari (Nota a Cass., 12110\1992), in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 304; Ober-to, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in questa *Rivista*, 1999, 601; 2000, 86; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 1031; Sala, *Separazione consensuale e invalidità negoziale*, in *Fam., pers. e succ.*, 2005, 52; Scaglione, *La causa degli accordi traslativi in occasione della separazione consensuale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1999, 890; Torsello Fabbri, *Inapplicabilità dell'art. 1427 c.c. agli accordi di separazione consensuale* (Nota a Trib. Napoli, 16 ottobre 1996), in questa *Rivista*, 1997, 355; Vecchi, *Separazione consensuale ed accordi integrativi non omologati* (Nota a Trib. Perugia, 8 settembre 1993, Bologna c. Bellini), *Rass. giur. umbra*, 1994, 39; Zucchi, *Aspetti giuridici degli accordi a latere nella separazione consensuale dei coniugi* (Nota a Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290), in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 107

(11) La giurisprudenza in tema di revoca unilaterale del consenso è molto ampia.

La revoca è ritenuta inammissibile da App. Napoli 29 gennaio 1996, in questa *Rivista*, 1996, 335, Trib. Bari 18 luglio 1995, in *Foro It.*, Rep. 1996, voce cit., n. 45.

È invece ammessa da Trib. Foggia 24 novembre 1994, id., Rep 1996, voce cit., n. 44 e da Trib. Santa Maria C.V. 3 ottobre 1995, in questa *Rivista*, 1996, 336 (sempre che non sia ancora intervenuta omologazione, "posto che il negozio di separazione consensuale tra coniugi non è un contratto, bensì un negozio che costituisce manifestazione dell'autonomia dei coniugi, nella regolamentazione dei loro rapporti personali"); App. Brescia 18 maggio 2000, in *Foro It.*, Rep. 2002, voce cit., n. 44, App. Reggio Calabria 2 marzo 2006, in *Giur. merito* 2007, 81 (con ampia nota di Mezzanotte).

In dottrina cfr Caliendo, *Inefficacia della revoca unilaterale del consenso alla separazione* (Nota a Trib. Monza, 19 novembre 1992), in *Corr. giur.*, 1993, 205; Petitti, *La revoca del consenso nella separazione personale dei coniugi*, in *Lessico dir. famiglia*, Centro studi giuridici sulla persona, Roma, 1999, fasc. 4; Soldi, *Revocabilità del consenso dopo la comparazione dei coniugi per il tentativo di conciliazione avanti al presidente del tribunale* (Nota a App. Brescia, 18 maggio 2000, n. 2834), in *Arch. civ.*, 2002, 205.

(12) Cfr Codice ipertestuale di separazione e divorzio (a cura di Bonilini, Chizzini, Confortini), Torino, 2006, 66, anche con riferimento alla questione dell'efficacia degli accordi eventuali in caso di mancata omologa della separazione (quanto al contenuto necessario) e di riconciliazione tra i coniugi.

Per altri profili cfr Lumia, cit., 1002, nonché Commentario breve al diritto di famiglia (a cura di Zaccaria), Padova, 2008, 430.

(13) Tale orientamento, ormai consolidato, muove evidentemente dal presupposto che l'omologazione della separazione consensuale abbia la funzione di mera integrazione di efficacia del regolamento concordato tra i coniugi, controllandone la conformità ai superiori interessi della famiglia.

invalide né valide: quel che rileva, ai fini del riconoscimento della loro validità ed efficacia, è che siano migliorative rispetto all'accordo omologato (ad esempio prevedendo un assegno di mantenimento più elevato).

In altri termini, quindi, deve accertarsi che tali accordi si pongano "in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c.". (14)

Del pari gli accordi in oggetto sono validi se se collocano, rispetto a quelli omologati, in posizione di "non interferenza".

Tanto si riscontra quando essi riguardano un aspetto non disciplinato da quelli omologati, e che sia sicuramente compatibile con gli stessi, in quanto non ne modifica la sostanza e gli equilibri.

Beninteso, gli accordi "ulteriori" sono validi anche quando anche presentano un carattere meramente specificativo del contenuto degli accordi omologati (15).

La giurisprudenza reputa che tali pattuizioni "ulteriori", non configurano una convenzione matrimoniale (art. 162 c.c.), ma un contratto atipico, valido ex art. 1322 c.c. (sempre beninteso, che non vi sia lesione di diritti inderogabili) (16).

Si ricorre allo schema del contratto atipico anche a fronte di clausole accessorie funzionali alla tutela dei figli, e che quindi dovrebbero attenere al contenuto tipico della separazione (17).

In ogni caso la eventuale invalidità degli accordi medesimi, come la loro mancanza, non incide sulla validità della separazione consensuale, quanto al contenuto necessario. (18)

### L'applicabilità dei rimedi civilistici

Il riconoscimento, sia pure con i limiti sopra richiamati, di siffatti accordi tra i coniugi, comporta l'applicabilità degli ordinari rimedi civilistici, compresa l'azione di annullamento ex art. 1427 ss. c.c. nell'ipotesi di vizi del consenso dei coniugi nella separazione consensuale omologata. (19)

#### Note:

(14) Cfr Cass. 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Foro It.*, Rep. 2005, voce cit., n. 66 (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, che aveva escluso l'invalidità dell'accordo intervenuto tra i coniugi per l'alienazione della casa coniugale, di proprietà esclusiva del marito ed assegnata alla moglie, e per la ripartizione del ricavato tra loro, in quanto la perdita dell'abitazione da parte del coniuge assegnatario era giustificata dall'intenzione di quest'ultimo di trasferirsi in un'altra città, ed era comunque compensata dal beneficio economico derivante dall'attribuzione di parte del corrispettivo, che avrebbe consentito alla moglie di far fronte più largamente alle proprie esigenze ed a quelle della figlia a lei affidata). La sentenza è annotata da Zucchi, in *Fam., pers. e succ.*, 2008, fasc. 2, 107. In termini Cass. 30 agosto 2004, n. 17434, *ibid.*, voce cit., n. 65. Per una peculiare affermazione del riconoscimento dell'autonomia e della legittimità degli accordi di separazione tra i coniugi cfr Trib. Salerno 4 luglio 2006, in questa *Rivista*, 2007, 63, con nota di Oberto, che ha accolto il reclamo proposto ex art. 2674 bis c.c. avverso la trascrizione con riserva dell'accordo tra i genitori in sede di separazione consensuale, in merito alla "donazione" del padre alla figlia di un apprezzamento di terreno.

(15) Cfr Cass. 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro It.*, 2007, I, 1189 (nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto immune da vizi logici e giuridici, confermandola, la sentenza di merito che aveva ritenuto valida la pattuizione intervenuta tra i coniugi in vista della separazione consensuale, con la quale l'uno si impegnava a trasferire all'altro determinati beni immobili, in quanto non peggiorativa degli accordi omologati in relazione all'affidamento e al mantenimento dei figli minori).

Cass. 23801\2006 non è però priva di ambiguità, perché da un lato ammette solo clausole specificative di quelle oggetto di omologazione (proprio per evitare la previsione di "soluzioni alternative", di cui "non sia certa ... la ... rispondenza all'interesse tutelato", dall'altro, però, espresamente richiama l'ammissibilità di clausole con ad oggetto profili ulteriori rispetto a quelle oggetto di omologazione.

Né può trascurarsi che la sentenza - pur muovendo dal riconoscimento di maggiori spazi per l'autonomia privata anche nella materia in oggetto - richiama come esempio di pattuizione "ulteriore" più vantaggiosa la previsione di un assegno maggiore rispetto a quello oggetto di omologazione, in tal modo, però, da un lato si dà (involontariamente?) spazio ad accordi simulatori, che spesso muovono da ragioni di elusione fiscale, dall'altro lato sembra riconoscere all'assegno di mantenimento una natura sostanzialmente indisponibile (quale "interesse protetto dalla norma") che non sembra compatibile con la *ratio* che per altro verso informa la sentenza (né, infine, è affrontata la questione della ammissibilità di accordi ulteriori direttamente incidenti, pur se complessivamente migliorativi, sul mantenimento della prole).

(16) In termini cfr Cass. 24 aprile 2007, n. 9863, in *Foro It.*, Rep. 2007, voce cit., n. 81, secondo cui: «La pattuizione intervenuta tra due coniugi, che abbiano in corso una separazione consensuale, con la quale, al fine di disciplinare i reciproci rapporti economici, uno di essi s'impegna a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, non configura una convenzione matrimoniale ex art. 162 c.c., postulante lo svolgimento della convivenza coniugale e il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione, ma un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto, per la forma, alla comune disciplina e, quindi, se relativo a beni immobili, validamente stipulabile con scrittura privata senza necessità di atto pubblico»; 12 settembre 1997, n. 9034, *id.*, Rep. 1997, voce, *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 38.

(17) «È di per sé valida la clausola dell'accordo di separazione che contenga l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la piena proprietà di un bene immobile, trattandosi di pattuizione che dà vita ad un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c.», così Cass. 17 giugno 2004, n. 11342, *id.*, Rep. 2005, voce cit., n. 63.

La giurisprudenza ha però affermato che la pattuizione, intervenuta in sede di separazione consensuale, contenente l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in favore di quest'ultimo, la piena proprietà di un bene immobile, non è soggetta né alla risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1453 c.c., né all'eccezione d'inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., cfr Cass. 17 giugno 2004, n. 11342, *ibid.*, voce cit., n. 64.

(18) La giurisprudenza neanche esclude interferenze tra contenuto necessario e accessorio della separazione consensuale, anche con riferimento al tema dell'assegnazione della casa coniugale (come nella vicenda decisa dalla sentenza in rassegna).

Già Cass. 25 aprile 1998, n. 5189, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n. 73, pur riconoscendo che l'assegnazione della casa familiare si estende - di norma - anche a mobili ed arredi, assume che "nulla vieta ai coniugi di pattuire, anche al di fuori dei poi omologati accordi di separazione consensuale, che alcuni mobili, tanto più se di proprietà esclusiva di uno di loro, siano prelevati dalla casa familiare". Trib. Lecce, 15 aprile 2003, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 78, non ha però riconosciuto alcuna efficacia al patto di separazione anteriore al verbale di omologazione - e non trasfuso nello stesso - con il quale i coniugi avevano concordato che la casa già coniugale sarebbe stato concesso in locazione alla moglie, dietro versamento al marito - nudo proprietario dell'immobile - di un certo importo a titolo di canone mensile).

(19) È ormai superato l'orientamento ancora espresso da App. Brescia (segue)

Vi è spazio anche per l'azione di simulazione. (20) Evidentemente troveranno applicazione anche i principi in tema di capacità dei soggetti, in particolare di capacità di agire (ma cfr. *infra*).

Anche sotto tale fondamentale profilo la giurisprudenza richiama la "natura stessa della separazione consensuale omologata caratterizzata essenzialmente dal ruolo primario della volontà concorde dei coniugi di separarsi ovvero di definire i vari aspetti della vita coniugale e familiare, laddove il successivo provvedimento di omologazione assume la semplice valenza di condizione sospensiva di efficacia delle pattuizioni contenute nell'accordo coniugale". (21)

Non mancano peraltro pronunce che ammettono l'applicabilità delle norme sui vizi del consenso nei limiti in cui siano compatibili "con la specificità di tale negozio di diritto familiare - implicando tale regime solo la possibilità di promuovere il relativo giudizio di annullamento". (22)

Così - non di recente - è stata dichiarata inammissibile la domanda con cui si richieda l'annullamento di un verbale di separazione consensuale, per incapacità naturale, limitatamente ad alcuni dei suoi contenuti pattizi (nella specie, trasferimenti immobiliari a favore del coniuge convenuto). (23)

Per altro verso è stata ritenuta ammissibile la transazione (24), mentre ancora problematica è l'ammissibilità della revocatoria (25).

### Profili processuali

La sentenza in rassegna - si tratta forse del profilo di maggior rilievo - esclude che i vizi del consenso degli accordi di separazione consensuale possano essere fatti valere con il procedimento camerale ex art. 710 c.p.c. che presuppone, come accennato, l'intervento di sopravvenienze, da un lato, e la validità degli accordi stessi, dall'altro.

L'applicazione dei rimedi sostanziali ordinari, d'altronde, comporta anche - coerentemente - l'applicazione degli ordinari rimedi processuali, e quindi la proposizione di un giudizio ordinario, a mezzo di citazione.

In tal senso, comunque, la Suprema Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi, ma con minor chiarezza rispetto a Cass. 24321\2007. (26)

#### Note:

(continua nota 19)

18 maggio 2000, id., Rep. 2002, voce cit. n. 44, secondo cui l'accordo alla separazione consensuale raggiunto dai coniugi nell'udienza presidenziale non ha natura tipicamente contrattuale "in quanto regolamenta sia diritti sottratti alla libera disponibilità delle parti, sia diritti disponibili ma afferenti questioni connesse al regime della separazione".

*Contra* - per la piena esperibilità dei rimedi negoziali - cfr. già App. Milano, 18 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 439, nonché Trib. Genova 13 gennaio 1999, in *Foro It.*, Rep. 1999, voce cit., n. 85.

(20) Beninteso, l'eventuale carattere simulatorio del verbale di separazione consensuale omologata non può, ex art. 1415 c.c., essere opposto ai terzi, mentre eventuale riconciliazione dei coniugi ritualmente sepa-

rati può spiegare effetti soltanto interni alla coppia, cfr. Trib. Bologna 28 gennaio 1998, id. Rep. 1999, voce cit., n. 103.

Sulla revocabilità del decreto di omologazione della separazione consensuale dei coniugi, nell'ipotesi di simulazione degli accordi stipulati dai coniugi e da questi espressamente ammessa, in applicazione delle disposizioni sui contratti in generale, cfr. App. Bologna 17 maggio 2000, id., 2000, I, 3616.

*Contra* - per l'inammissibilità dell'azione di simulazione - Trib. Roma 11 aprile 1996, id., Rep., 1997, voce *Separazione di coniugi*, n. 62 sul rilievo (ormai ampiamente superato dalla giurisprudenza successiva) "delle peculiarità del procedimento stesso e del concorso dell'accordo-convenzione dei coniugi con elementi propri del diritto pubblico".

Problematica sul punto è Cass. 17607/2003 cit., su cui - per rilievi fortemente critici - cfr. Lumia, *La separazione consensuale, Trattato di diritto di famiglia* (a cura di Zatti), Aggiornamenti, Milano, 2006, 191.

In dottrina su separazione consensuale, vizi del consenso e simulazione cfr. Alcaro, *Realtà dell'apparenza nella simulazione* (Nota a Cass., 17607\2003), Vita not., 2004, 156; Basini, *L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso* (Nota a . 17902\2004), in *Famiglia*, 2005, 382; Busi, *Il ruolo dell'accordo nella separazione consensuale e la ammissibilità della simulazione: il nuovo orientamento della cassazione* (Nota a Cass., sez. I, 20 novembre 2003, n. 17607), in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, 347; Pagni, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale* (Nota a Cass. 17902\2004), in questa *Rivista*, 2005, 511; Oberto, *Simulazione della separazione consensuale: la cassazione cambia parere* (ma non lo vuole ammettere) (Nota a Cass. 17607\2003), in *Corr. giur.*, 2004, 309; Sala, *Simulazione dell'accordo di separazione consensuale?* (Nota a Trib. Roma, 14 dicembre 1998, P. F.), in questa *Rivista*, 2000, 60.

(21) Cfr. Cass. 4 settembre 2004, n. 17902, in *Foro It.*, 2004, voce cit., n. 36; cfr. anche Cass. 11342\2004 cit.

(22) Cass. 29 marzo 2005 n. 6625, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 121; 28 luglio 1997, n. 7029, id., Rep. 1997, voce cit., n. 57; 18 settembre 1997, *ibid.*, voce cit., n. 59.

(23) cfr. App. Milano 19 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 439.

(24) Cfr. Cass. 9 luglio 2003 n. 10794, id., Rep. 2004, voce cit., n. 38.

(25) In senso favorevole, nella giurisprudenza di merito, cfr. anche Trib. Milano 29 gennaio 1996, in *Fallimento*, 1996, 78; Trib. Cagliari 2 ottobre 2000, in *Foro It.*, Rep. 2002, voce cit., n. 46; Trib. Torino 18 agosto 1999, id., Rep. 2000, voce *Revocatoria (azione)*, n. 15.

*Contra* Cass. 23 marzo 2004, n. 5741, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce cit. n. 12; 14 marzo 2006, n. 5473, id., Rep. 2006, voce *Separazione di coniugi*, n. 74. Ammette invece la revocatoria fallimentare Cass. 12 aprile 2006, n. 8516, in *Giur. it.*, 2007, 1939.

(26) Cass., 3149\2001 cit.

In dottrina per i profili processuali della separazione consensuale cfr. Barbanera, *Provvedimento di omologa della separazione consensuale e ricorso straordinario per cassazione* (Nota a Cass., n. 3390\2001), in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 423; Conte, *Separazione consensuale ed omologazione: profili processuali dell'ultimo accordo tra i coniugi* (Nota a T. Prato, 25 ottobre 1996.), in *Dir. famiglia*, 1997, 1027; Conte, *Accordi modificativi successivi alla separazione omologata e controllo giurisdizionale: tra moglie e marito non metter... l'omologa* (Nota a Trib. Marsala, 23 dicembre 1994.), in *Dir. famiglia*, 1995, 248; Gigliotti, *Accordi traslativi nella separazione consensuale ed azioni revocatorie* (nota a Cass. 8516\2006), in *Giur. it.*, 2007, 1940; Oberto, *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. famiglia*, 2000, 771; Petitti, *Accordi modificativi dell'omologazione*, in *Lessico dir. famiglia*, 2002, fasc. 2, 41; Vullo, *Il procedimento di separazione consensuale*, *Studium iuris*, 1997, 1212.

## Procedimento di divorzio

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 9 novembre 2007, n. 23379 - Pres. Luccioli - Rel Schirò

*Procedimento di divorzio - Figli minori - Appello - P.M. presso il giudice a quo - Mancata notificazione - Integrazione del contraddittorio - Necessità*

Nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori o incapaci, a norma degli artt. 4 e 5 l. n. 989/1970 (novellati dalla legge n. 74/1987), il P.M. è litisconsorte necessario in concorrenza con le parti private ed è titolare di un autonomo potere di impugnazione in relazione agli interessi patrimoniali dei suddetti figli, con la conseguenza che, ove uno dei coniugi abbia proposto appello avverso un capo della sentenza di primo grado, riguardante i predetti interessi, il relativo atto d'appello deve essere notificato anche al P.M. presso il tribunale e, in difetto di notifica, il giudice di secondo grado deve disporre l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti a norma dell'art. 331 c.p.c.; tale integrazione è necessaria anche quando nel giudizio di secondo grado sia ritualmente intervenuto il P.G. presso la Corte d'Appello, atteso che il P. M. presso il giudice *ad quem* non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado, e, pertanto, dal suo intervento non possono conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c. citato.

... *Omissis* ...

### Motivi della decisione

... *Omissis* ...

2. Con il primo motivo il T. denunciando nullità della sentenza per violazione degli artt. 70, 71, 72, 101, 331 e 350 c.p.c., e premesso che nel procedimento di divorzio relativo a coniugi con figli minorenni il Pubblico ministero è litisconsorte necessario ed ha potere autonomo d'impugnazione della relativa sentenza deduce che in grado di appello il contraddittorio avrebbe dovuto essere integrato mediante notificazione dell'impugnazione al Pubblico ministero presso il Tribunale che aveva emesso la sentenza impugnata e che tuttavia tale notificazione è stata omessa dall'appellante, senza che il vizio che ne è derivato possa considerarsi sanato dalla presenza nel giudizio di appello del Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Catania, non spettando a tale ufficio il potere d'impugnazione della sentenza di primo grado, attribuito invece al Pubblico ministero presso il giudice *a quo*.

... *Omissis* ...

7. Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

7.1. Nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori o incapaci, a norma della l. n. 898 del 1970, artt. 4 e 5, (come novellati dalla l. n. 74 del 1987), il pubblico ministero è litisconsorte necessario in concorrenza con le parti private ed è titolare di un autonomo potere di impugnazione in relazione agli interessi patrimoniali dei suddetti figli, con la conseguenza che, ove uno dei coniugi abbia proposto appello avverso un capo della sentenza di primo grado riguardante i predetti interessi, il relativo atto d'appello deve essere notificato anche al pubblico ministero presso il tribunale e, in difetto di notifica, il giudice di secondo grado deve di-

porre l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti a norma dell'art. 331 c.p.c.;

Tale integrazione è necessaria anche quando nel giudizio di secondo grado sia ritualmente intervenuto il procuratore generale presso la Corte d'Appello, atteso che il pubblico ministero presso il giudice *ad quem* non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado, e pertanto dal suo intervento non possono conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ai sensi del citato art. 331 c.p.c., (Cass. 29 ottobre 1998, n. 10803; nel senso della necessità dell'integrazione del contraddittorio, in sede d'impugnazione, nei confronti del pubblico ministero presso il giudice *a quo* in tutte le controversie in cui detto ufficio sia titolare del potere di proporre impugnazione, v. anche Cass. 21 marzo 1996, n. 24378; 8 ottobre 2002, n. 14380).

7.1.1. Non può trovare accoglimento, con riferimento alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, l'argomentazione difensiva della controricorrente, secondo la quale poiché il pubblico ministero, nel formulare le proprie conclusioni nel giudizio di primo grado, si è limitato a richiedere al tribunale di pronunziare sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, senza assumere alcuna conclusione in ordine all'affidamento della figlia minore R.M. detto ufficio si sarebbe rimesso "implicitamente alle valutazioni che avrebbe adottato il Tribunale a seguito dell'istruttoria", con la conseguenza che dalla "neutralità" del pubblico ministero sulla soluzione che avrebbe preso il tribunale sarebbe derivato il suo difetto d'interesse all'impugnativa, interesse che invece nel successivo grado di giudizio sarebbe stato tutelato dal procuratore generale a cui l'appello è risultato regolarmente comunicato e che è intervenuto nel giudizio di appello, come risulta dalla sentenza impugnata (v. pag. 5 del controricorso).

7.1.2. La difesa della C. si ispira a quell'indirizzo giurisprudenziale, espressamente da lei richiamato, secondo cui, poiché l'ordine di integrazione del contraddittorio è funzionale all'eventuale proposizione del gravame incidentale, non vi è necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del pubblico ministero presso il giudice a quo, allorché le richieste del rappresentante dell'ufficio siano state integralmente accolte dalla sentenza impugnata, non avendo in tal caso il predetto pubblico ministero interesse all'impugnazione e restando il controllo sulla legittimità della sentenza medesima assicurato dall'intervento del Procuratore generale presso la Corte di cassazione (Cass. 14 novembre 2001, n. 14163; 8 ottobre 2002, n. 14380; 16 luglio 2004, n. 13169).

7.1.3. Osserva tuttavia il collegio che tale principio enunciato, come si evince dalla motivazione delle sentenze richiamate, con riferimento a casi in cui ricorrea piena conformità tra le conclusioni del pubblico ministero e il complessivo contenuto della decisione non può trovare applicazione nel caso di specie, nel quale il Tribunale, oltre ad accogliere la richiesta del pubblico ministero di pronunciare sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha affidato la figlia minore al padre e ha posto a carico della madre l'obbligo di corrispondere la somma di L. 300.000 mensili a titolo di contributo di mantenimento della figlia, così provvedendo in ordine all'interesse patrimoniale del minore, con una statuizione in relazione alla quale il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale aveva il potere d'impugnazione a norma della L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 4, e successive modificazioni, non potendo la mancata formulazione di conclusioni su tale specifica questione da parte del pubblico ministero essere considerata come sua tacita acquiescenza alla sentenza, o, comunque, come posizione di neutralità rispetto alla decisione del Tribunale, tale da determinare il difetto di interesse all'impugnazione.

7.1.4. Infatti l'acquiescenza alla sentenza, preclusiva dell'impugnazione a norma dell'art. 329 c.p.c., consiste nell'accettazione della sentenza, ossia nella manifesta-

zione della volontà di non impugnare, la quale può avvenire sia in forma espressa che tacita. In quest'ultimo caso, l'acquiescenza può ritenersi sussistente soltanto quando l'interessato abbia posto in essere atti dai quali sia possibile desumere, in maniera precisa ed univoca, il proposito di non contrastare gli effetti giuridici della pronuncia, e cioè quando gli atti stessi siano assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi dell'impugnazione (Cass. S.U. 26 agosto 1998, n. 8453; Cass. 26 aprile 2002 n. 6050).

Anche a voler ritenere, come sostiene la controricorrente, che il pubblico ministero, non formulando conclusioni in ordine al contributo a carico del genitore non affidatario per il mantenimento della figlia, abbia inteso rimettersi implicitamente alle valutazioni che avrebbe adottato il tribunale nulla determinazione dell'assegno di mantenimento de minore, deve rilevarsi che la volontà della parte di rimettersi alla giustizia non implica acquiescenza ad ogni e qualsiasi decisione, ma sta unicamente a significare che la parte rimane in attesa di una pronuncia secondo diritto ed equità, senza rinunciare alla possibilità di impugnare una decisione iniqua o errata, e tale principio è destinato maggiormente a valere nel caso in cui a rimettersi alla giustizia sia il pubblico ministero, che, intervenendo a tutela dell'interesse pubblico, non può certo abdicare preventivamente alla possibilità di impugnare una decisione contraria alla legge (Cass. 7 luglio 2004, n. 12419; 23 dicembre 2004, n. 23935).

8. Il difetto di contraddittorio nel giudizio di appello nei confronti del pubblico ministero presso il tribunale comporta l'annullamento della sentenza impugnata e l'assorbimento delle altre censure sollevate dal ricorrente principale e del ricorso incidentale.

La causa va pertanto rimessa ad altro giudice, che si indica nella Corte di Appello di Catania in diversa composizione, che, oltre a regolare le spese del giudizio di legittimità, provvederà a disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Pubblico ministero presso il Tribunale di Catania e, successivamente, alla nuova decisione sugli appelli.

... Omissis ...

## GIUDIZIO DI DIVORZIO, TUTELA DEI FIGLI MINORI E NOTIFICAZIONE DELL'APPELLO AL PUBBLICO MINISTERO

di Maria Luisa Serra

*La pronuncia in esame è condivisibile quanto al principio di carattere generale, ivi ribadito, sulla necessità della notifica dell'atto di appello al P.M. quale litisconsorte necessario nei giudizi di divorzio. Nel commento, viene criticata la decisione del-*

*la Corte là dove attribuisce soltanto al Pubblico ministero presso il giudice a quo e non anche a quello presso il giudice ad quem il potere autonomo e concorrente di impugnare la sentenza di divorzio nei capi relativi ai figli minori: invero, l'esistenza di tale potere attribuisce alla costituzione del P.M.*

*presso il giudice ad quem l'effetto di sanare la mancata notifica dell'atto di impugnazione al P.M. presso il giudice a quo.*

## Il caso

Nel giudizio di divorzio fra due coniugi, che chiedevano entrambi l'affidamento della figlia minore, il tribunale decideva in favore del padre, determinando la somma dovuta dalla madre a titolo di contributo per il mantenimento della figlia e facendo salve, per il rimanente, le statuizioni contenute nella sentenza di separazione. La Corte di merito, nel riformare tale sentenza, affidava la figlia minore alla madre, poneva a carico del padre l'assegno di mantenimento e ne disciplinava il diritto di visita.

Avverso tale sentenza ricorreva il padre della minore, chiedendo la cassazione della sentenza per diversi motivi e, in particolare, eccepandone la nullità per l'omessa notificazione dell'atto d'appello al P.M. presso il tribunale, con conseguente violazione del principio del contraddittorio.

Al riguardo veniva precisato che, nel procedimento di divorzio relativo a coniugi con figli minorenni, il P.M. è litisconsorte necessario nonché titolare di un autonomo potere di impugnazione, con la conseguenza che il vizio di mancata notifica dell'impugnazione non poteva considerarsi sanato dalla costituzione in giudizio del P.G. presso la Corte di merito, essendo lo stesso privo di potere di impugnazione della sentenza. I giudici della S.C., accogliendo tale motivo di ricorso (e considerata assorbita ogni altra censura) annullavano la sentenza impugnata (1).

## Il P.M. nei giudizi di divorzio con figli minori è parte necessaria

La sentenza in commento pone due fondamentali questioni, che riguardano - rispettivamente - la qualità di litisconsorte necessario del P.M. (nonché i poteri allo stesso attribuiti) e le conseguenze della mancata notificazione dell'impugnazione al P.M. presso il giudice a quo qualora si sia costituito nel giudizio di secondo grado il P.G. presso la Corte d'Appello.

Per quanto concerne la qualità di litisconsorte necessario nel processo di divorzio, tale qualità non può essere più revocata in dubbio alla luce di quanto disposto sia dall'art. 5 l. n. 898/1970 sia dall'art. 70 n. 2, c.p.c., a norma del quale il P.M. deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi (2).

I poteri attribuiti al P.M., interveniente a norma dell'art. 70, n. 2 c.p.c., sono definiti invece nell'art. 72 c.p.c. secondo che si tratti di causa proponibile o no dal P.M.: solo nel primo caso, infatti, i poteri del P.M. coincidono - in linea di principio (3) - con quelli delle parti e sono esercitabili nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime.

Negli altri casi di intervento previsti dall'art. 70, tranne che nelle cause davanti alla Cassazione, i poteri processuali del P.M. sono ridotti, in quanto limitati all'iniziativa delle parti, con esclusione, pertanto, del potere di impugnare la sentenza (4), salve alcune eccezioni legislativamente previste, fra le quali deve essere ricondotto il potere di proporre impugnazione contro le sentenze relative a cause matrimoniali (art. 72, n. 3 c.p.c.) e quelle relative allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci (art. 5, comma 5, l. n. 898/1970).

Esula dai limiti della presente nota l'ulteriore problema, che tocca il coordinamento tra le norme ora citate, sulla conciliabilità dell'attribuzione al P.M. del potere di impugnare le sentenze relative a cause matrimoniali in via generale (escluse quelle di separazione personale dei coniugi a norma dell'art. 72 c.p.c.) con l'at-

## Note:

(1) Si può notare che era stata sollevata come motivo di impugnazione, anche la mancata audizione diretta del minore, al cui riguardo si rinvia per tutti a F. Tommaseo, *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in questa *Rivista*, 2007, 884 e ss.; Id. *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, ibidem, 2006, 10 e ss.; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 2007, 365; più in generale, con riferimento al riconoscimento effettivo dei diritti processuali del minore nei giudizi civili e alla valorizzazione della personalità e della volontà del minore in attuazione dei principi espressi anche in campo nazionale (oltre alla previsione dell'audizione del minore nei procedimenti di separazione e divorzio, si pensi alla norma sull'affidamento condiviso, in particolare all'art. 155 sexies c.c.) e internazionale (in particolare, ci si riferisce alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e alla Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996), cfr. F. Tommaseo, *Riflessioni sul processo minorile*, in *Studi in onore di Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3948 e in *giurisprudenza Cass.*, 27 luglio 2007, n. 16753; *Cass.*, 4 aprile 2007, n. 8481, in *Guida al diritto*, 2007, 24, 46; *Cass.*, 9 novembre 2004, n. 21359, in *Foro it.*, 2007, I, 1601; *Trib. Genova*, 23 marzo 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1601; implicitamente *Trib. Minorenni Sassari*, 21 dicembre 2006.

(2) In *giurisprudenza Cass.*, 14 maggio 2002, n. 6965; *Cass.*, 29 ottobre 1998, n. 10803; circa le conseguenze del mancato intervento del P.M. nelle ipotesi in cui lo stesso è previsto come obbligatorio, cfr. Grasso, *Il pubblico ministero, II Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 4; Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 1084, 1087; Punzi, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 670 e ss.; Vellani, *Pubblico ministero in diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, Torino 1997, 147 e ss.; più in generale v. Serra, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, sub art. 70, 694 e ss..

(3) Elementi che contraddistinguono indubbiamente la posizione del p.m. nell'ipotesi di intervento obbligatorio e quella delle parti sono, come più volte affermato, l'estraneità del p.m. alla situazione sostanziale dedotta in giudizio nonché l'indisponibilità di regola del diritto controverso, cui consegue la carenza in capo al P.M. del potere di compiere atti di disposizione del diritto stesso (P. Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero*, cit., 1084).

(4) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, Padova, 2006, 272; in argomento T. Roma, 29 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2065, che ha negato al P.M., interveniente necessario, il potere di proporre reclamo in sede cautelare, non avendo questi il potere di proporre impugnazioni non proposte dalle parti (in punto anche Querzola, *Pubblico ministero, tutela d'urgenza e reclamo dei provvedimenti cautelari nelle questioni di status*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2000, 1455 e ss).

tribuzione allo stesso P.M., nel procedimento di scioglimento del matrimonio, del più ridotto potere di impugnare le sentenze limitatamente ai soli interessi patrimoniali dei figli minori (5) o legalmente incapaci (art. 5, comma 5, l. 898/1970). Al riguardo, in questa sede, è comunque sufficiente ricordare che nella disposizione dell'art. 5 si ravvisa - per orientamento consolidato - un'ipotesi di restrizione implicita, dell'ambito applicativo dell'art. 72, comma 3, diretta a limitare il potere di impugnazione del P.M. alla sola tutela degli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci (6).

### Il P.M. e il potere di impugnazione della sentenza

La seconda questione posta dalla decisione in esame riguarda gli effetti della costituzione del Procuratore Generale nel giudizio di appello e se questa possa sanare la mancata notificazione dell'impugnazione al procuratore della Repubblica presso il giudice *a quo*.

Seconda la Corte, l'integrazione del contraddittorio nei confronti del P.M. presso il giudice *a quo* è necessaria ogniqualvolta questi sia titolare di un autonomo potere di impugnazione (7). La conclusione si giustifica, anche intuitivamente, con la necessità di consentire al P.M. di esplicitare i propri poteri di intervento e trova conforto nell'orientamento - condiviso dalla giurisprudenza (8) - per il quale l'integrazione del contraddittorio non è necessaria soltanto nel caso in cui la sentenza di primo grado abbia accolto le conclusioni formulate dal P.M. presso il giudice *a quo*.

In quest'ipotesi, infatti, si ritiene che venga meno la necessità di dover integrare il contraddittorio nei confronti del P.M. presso il giudice *a quo*: invero, essendo la notifica del ricorso finalizzata a consentire l'esercizio dell'impugnazione e identificandosi l'interesse ad impugnare nella soccombenza, "non vi è necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del P.M. presso il giudice *a quo*, allorché le richieste del rappresentante dell'ufficio siano state integralmente accolte nella sentenza impugnata, non avendo in tal caso il predetto p.m. interesse all'impugnazione e restando il controllo sulla legittimità della sentenza medesima assicurato dall'intervento del P.G. presso la Corte di Cassazione" (9).

Così argomentando la S. C. ha avuto altresì occasione di precisare che il principio non trova applicazione quando (al contrario di quanto preteso nel caso concreto dai ricorrenti) il P.M. si sia limitato a formulare le proprie richieste in ordine alla cessazione degli effetti civili del matrimonio e non anche agli interessi del minore. In tal caso, l'accoglimento delle richieste formulate dal P.M., e limitate alla cessazione degli effetti del matrimonio, non fa venir meno il potere dello stesso di impugnare la sentenza ai sensi dell'art. 5 l. n. 898/1970, perché la mancata formulazione di conclusioni sulla restante materia del contendere (i provvedimenti nell'interesse patrimoniale del minore) non può essere consi-

derata - secondo la stessa S.C. - "tacita acquiescenza o, comunque, posizione di neutralità rispetto alla decisione del Tribunale, tale da determinare il difetto di interesse all'impugnazione".

Per correttamente applicare il principio di soccombenza si deve pertanto tenere distinta l'eventualità in cui nella sentenza siano state formulate ed accolte le richieste del P.M. quanto alla cessazione degli effetti del matrimonio e agli interessi patrimoniali del minore, da quella, del tutto diversa, in cui il P.M. non avanzi alcuna richiesta per regolare gli interessi patrimoniali del minore, in materia implicitamente rimettendosi - come avvenuto nel caso di specie - alla giustizia e alla valutazione del giudice del merito.

In altre parole, se presupposto indefettibile dell'impugnazione è la difformità della pronuncia dalle conclusioni formulate dal P.M. nel precedente grado di giudizio (essendo sotto questo profilo irrilevante sia la struttura del soggetto sia la sua peculiare legittimazione) (10), si

#### Note:

(5) Con riguardo all'individuazione della nozione di interesse patrimoniale del minore cfr. F. Tommaseo, in Bonilini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*<sup>2</sup>, Milano, 2004, 682, il quale osserva che «la norma non deve essere letta in modo eccessivamente restrittivo con riferimento alle sole disposizioni sull'amministrazione dei beni rientranti nel patrimonio dei figli, ma anche a quelle che dispongono sull'assegno di mantenimento dei figli determinandone la misura e il modo e, probabilmente, alle statuizioni in materia di affidamento che siano strettamente incidenti sugli stessi interessi patrimoniali del minore»; nello stesso senso Punzi, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., 671 e ss; in giurisprudenza Cass., 2 febbraio 2006, n. 2338, in *Foro it.*, 2006, I, 1361, con nota di Casaburi; Cass., 3 luglio 1996, n. 6087, in questa *Rivista*, 1996, 431 con nota di Chizzini, *L'onere della prova nella determinazione e revisione dell'assegno divorziale*.

(6) Sul punto cfr. F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., 682; M. Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, 141, Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*; Milano, 2003, 630; Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Torino, 1997, 373; Vellani, *L'intervento del pubblico ministero nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1393 e ss Cass., 16 luglio 2004, n. 13169; con riferimento alla necessità dell'intervento del P.M. nelle cause di riconoscimento delle sentenze di divorzio nonostante l'abrogazione dell'art. 796 c.p.c. e, relativamente al più ampio potere di impugnazione da parte di quest'ultimo delle sentenze che dichiarano l'efficacia o inefficacia in Italia di pronunce straniere di divorzio non circoscritto agli interessi patrimoniali dei minori o incapaci, Vellani, *L'intervento del pubblico ministero nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, cit., 1395; F. Tommaseo, *Riconoscimento di sentenze matrimoniali straniere e intervento necessario del pubblico ministero*, in questa *Rivista*, 2003, 430 e ss.; in giurisprudenza Cass., 16 dicembre 2003, n. 19277, in *Riv. dir. internaz.*, 2004, 527; Cass., 6 giugno 2003, n. 9085, in *Giust. civ.*, 2003, 1752.

(7) In questo senso Cass., s.u., 18 febbraio 2004, n. 3230 Cass., s.u., 4 novembre 2002, n. 15436; Cass., s.u., 8 maggio 1986, n. 3078, in *Foro it.*, 1987, I, 177.

(8) Sul punto Cass., 16 luglio 2004, n. 13169; Cass., 21 aprile 2004, n. 7593, in *Arch. Civ.*, 2004, 865; Cass., 8 ottobre 2002, n. 14380; Cass. 14 novembre 2001, n. 14163.

(9) Così testualmente la sentenza in commento; nello stesso senso Cass., 16 luglio 2004, n. 13169; Cass., 8 ottobre 2002, n. 14380; Cass., 14 novembre 2001, n. 14163, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1926.

(10) Così Grasso, *Il pubblico ministero*, cit., 5.



deve convenire che tale difformità sussiste anche in caso di conclusioni del P.M. aventi ad oggetto solo una parte dell'intera materia del contendere sulla quale si è formata la pronuncia (11). Né, per escludere la soccombenza, può essere considerata conclusione propria del P.M., accolta in sentenza e, come tale, comportante rinuncia all'impugnazione della decisione, la dichiarazione dello stesso P.M. di "rimettersi alla giustizia", non fosse altro perché il P.M. non può abdicare preventivamente alla possibilità di impugnare una decisione contraria alla legge (12).

La Suprema Corte, attenendosi in modo coerente a tali principi, con la pronuncia in epigrafe ha disposto l'annullamento della sentenza del giudice di appello per violazione del principio del contraddittorio.

### Diritto di impugnazione del P.M. e cause matrimoniali

Meno convincente appare, per contro, l'annotata decisione della Corte là dove annulla la sentenza del giudice d'appello per non aver questi disposto l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 nei confronti del P.M. presso il giudice *a quo*, al quale non era stato notificato l'atto di appello.

A fondamento di tale conclusione, la S.C. afferma che la necessità dell'integrazione del contraddittorio è da ricondurre al fatto che "il pubblico ministero presso il giudice *ad quem* non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado, e pertanto dal suo intervento non possano conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ai sensi del citato art. 331" (13).

Questa conclusione della S.C. non può essere condivisa, perché contrasta con quanto espressamente disposto dall'art. 72, comma 5, c.p.c. che - in materia di cause matrimoniali - attribuisce la facoltà di impugnazione ad entrambi i P.M. e quindi sia al procuratore della repubblica presso il giudice *a quo* sia al procuratore generale presso il giudice *ad quem* (14).

Per chiarire tale dissenso, conviene muovere dalla *ratio* posta a fondamento di quanto dispone l'art. 331 c.p.c., per cui al giudizio d'impugnazione debbono partecipare necessariamente tutte le parti che avevano partecipato al giudizio conclusosi con la sentenza impugnata. In altri termini, l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c. è diretta ad evitare che il giudizio di impugnazione possa svolgersi in assenza di uno (o più) dei contraddittori in primo grado (15). Di qui la necessità, nel caso in cui le parti private abbiano omissso di notificare l'impugnazione al P.M. e questi sia parte necessaria del giudizio, di disporre nei suoi confronti l'integrazione del contraddittorio.

Quanto all'individuazione dell'ufficio del P.M. nei confronti del quale disporre l'integrazione del contraddittorio e, conseguentemente, procedere alla notifica dell'impugnazione, il principio generale - comunemente accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina - è quello che attribuisce la relativa legittimazione al P.M. pres-

so il giudice *a quo*. Ciò in conformità alla regola secondo la quale l'impugnazione avverso la sentenza emessa in contraddittorio del pubblico ministero, che ricopra la qualità di parte necessaria del giudizio conclusosi con la sentenza da impugnare, deve essere notificata all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice *a quo*, in qualità di parte costituita (16).

Si tratta di applicare la regola generale, desumibile dall'art. 70, Ordinamento giudiziario (17), per cui spetta all'ufficio del pubblico ministero esistente presso il giudice competente a conoscere della domanda, svolgere le attività che la legge attribuisce alla parte pubblica: e tra queste rientra ricevere e redigere i rela-

#### Note:

(11) In giurisprudenza in questo senso Cass., 16 luglio 2004, n. 13169, cit., per la quale non è necessario disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello, al quale il ricorso per cassazione non sia stato notificato, qualora le richieste del rappresentante dell'ufficio siano state integralmente accolte dalla sentenza impugnata (in considerazione del fatto che l'ordine di integrazione del contraddittorio, nelle ipotesi in cui il p.m. ha potere di impugnare, è funzionale alla eventuale proposizione del gravame incidentale); nello stesso senso Cass., 8 ottobre 2002, n. 14380; Cass. 14 novembre 2001, n. 14163, cit., e Cass., 24 gennaio 1995 n. 839 che esclude la necessità della notifica dell'appello di parte all'ufficio del procuratore della repubblica presso il tribunale, quando la sentenza del tribunale sia stata pienamente concorde con le conclusioni prese dal medesimo procuratore, risolvendosi la notifica in una mera formalità, priva di qualsiasi scopo processualmente rilevante; *contra* Cass., 22 gennaio 1970, n. 141 e Cass., 24 aprile 1972, n. 1314. In dottrina nel senso del testo cfr. Grasso, *Il pubblico ministero*, cit., 5; Vellani, *Pubblico ministero*, cit., 759; Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1874, 309; *contra* Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2007, 146, che sembra richiamare un orientamento opposto; Graziosi, *La sentenza di divorzio*, cit., 373, nt. 46; Siracusa, De Bellis, *Pubblico Ministero, Diritto Processuale Civile*, in *Noviss. Dig.*, XIV, Torino, 1967, 539.

(12) Cfr. Cass. 9 novembre 2007, n. 23379 nonché Cass., 7 luglio 2004, n. 12419.

(13) Nello stesso senso cfr. Cass. 9 novembre 2007, n. 23379; Cass., 29 ottobre 1998, n. 10803, in questa *Rivista*, 1999, 263, con nota di Campus, *Separazione e divorzio: impugnazione del p.m. e contraddittorio integro*.

(14) In argomento Vellani, *L'intervento del pubblico ministero nei giudizi di riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1393 e ss; Id, *Notificazione e proposizione del gravame da e nei confronti del Pubblico ministero nelle cause civili*, in *Giur. it.*, I, 1, 1969, 357; Campus, *Separazione e divorzio: impugnazione del p.m. e contraddittorio integro*, cit., 269 e 270; Graziosi, *La sentenza di divorzio*, cit., 373, nt. 46; in giurisprudenza Cass., 25 gennaio 1983, n. 693, in *Giust. civ.*, II, 1983, secondo la quale «nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori l'atto di appello va notificato al P.M. presso il tribunale ed in mancanza il giudice di secondo grado deve disporre l'integrazione del contraddittorio, a meno che il P.M. presso la Corte di Appello si sia costituito volontariamente.»

(15) Cfr. Proto Pisani, *Lezioni diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 464; Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 60 e Id, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, 541.

(16) Così si legge in Cass. 25 gennaio 1983, n. 693, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1462, con nota di Cantillo.

(17) A norma del richiamato art. 70, nelle cause in cui interviene il P.M. questo è rappresentato davanti al tribunale dal Procuratore della Repubblica e davanti alla Corte d'Appello dal Procuratore Generale presso la Corte medesima.

tivi atti processuali, compresa l'impugnazione della sentenza emanata nel grado al quale il P.M. aveva partecipato) (18).

Ne consegue che, nel caso di omessa notifica dell'impugnazione al P.M. - qualora il P.M. sia parte necessaria in via concorrente (19) - si rende necessario che il giudice di secondo grado disponga l'integrazione del contraddittorio, ordinando la notificazione del ricorso al P.M. a *quo* ogni qualvolta questi abbia proposto l'azione o sia intervenuto in una causa che egli stesso avrebbe potuto proporre, non differendo in tali casi la posizione del p.m. da quella di qualsiasi altro soggetto del processo (20).

Si osservi, peraltro, che la notifica del gravame al P.M. dotato del potere d'impugnare, consente alla parte pubblica di proporre un'eventuale impugnazione incidentale (21), un potere che spetta con certezza all'ufficio del pubblico ministero esistente presso il giudice dell'impugnazione, ossia presso il giudice *ad quem*.

Invero, come si ricava facilmente dall'art. 70, comma 1, Ordinamento giudiziario, la legittimazione ad operare nel singolo processo si trasferisce, nelle fasi di gravame, all'ufficio del pubblico ministero funzionante presso il giudice dell'impugnazione. In altre parole, se al P.M. presso il giudice a *quo* spetta il potere di impugnazione principale della sentenza, "una volta costituitosi il rapporto processuale in sede di gravame, la legittimazione a compiere gli ulteriori atti nella fase di impugnazione così aperta si trasferisce all'ufficio del P.M. funzionante presso il giudice *ad quem*" (22)

L'attribuzione della legittimazione ad impugnare "all'ufficio funzionante presso il giudice che ha pronunciato la sentenza", è peraltro regola generale salvo diversa disposizione di legge (23).

In deroga a tale regola generale, e proprio nelle cause matrimoniali, è prevista l'attribuzione del potere di impugnare la sentenza di divorzio (seppur limitatamente alla tutela degli interessi patrimoniali dei figli minori o degli incapaci) sia al P.M. presso il giudice a *quo* sia al pubblico ministero presso il giudice *ad quem* (art. 72, comma 5, c.p.c. e art. 5, l. n. 898/1970). Per tali regole, la costituzione del P.G. - in virtù del potere allo stesso riconosciuto dall'art. 72, comma 5. in alternativa all'analogo potere spettante al P.M. presso il giudice a *quo* - spiega effetti anche per quanto concerne l'esercizio del potere di impugnazione della sentenza (24). Anzi - come è stato osservato in dottrina - essendo il pubblico ministero presso il giudice *ad quem* (25), una volta iniziato il processo di appello, l'unica parte pubblica legittimata a compiere attività processuale, l'integrazione del contraddittorio è attuata con la sua partecipazione al giudizio d'appello e ciò anche quando l'atto d'appello non fosse stato notificato anche al P.M. presso il giudice a *quo*.

Sembra dunque che la Cassazione, omettendo di considerare quanto prevede l'art. 72, comma 5, per le

cause matrimoniali (escluse quelle di separazione personale), ha annullato la sentenza del giudice d'appello per difetto di contraddittorio con il pubblico ministero a *quo*, sul presupposto che la costituzione del P.G. non potesse assicurare il contraddittorio "atteso che il P.M. presso il giudice *ad quem* non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado, e pertanto dal suo interven-

#### Note:

(18) Sempre Vellani, *Notificazione e proposizione del gravame da e nei confronti del Pubblico ministero nelle cause civili*, cit., 360, il quale osserva che «questo principio non è che una estrinsecazione della regola sopra enunciata in base alla quale, salvo deroghe espresse, in un giudizio svolge le attività di pubblico ministero l'ufficio funzionante presso il giudice competente a conoscere della domanda, il quale ufficio riceve e compie i relativi atti processuali, compresa l'impugnazione della sentenza emanata nel grado al quale ha partecipato».

(19) È fuor di dubbio che nei casi in cui il P.M. sia unico contraddittore, la proposizione dell'impugnazione nei confronti di un rappresentante del P.M. diverso da quello che ha partecipato al giudizio di primo grado determina di per sé l'inammissibilità dell'impugnazione.

(20) Così Cass. S.U., 8 maggio 1986, n. 3078, in *Foro it.*, 1987, I, 177, chiamata a pronunciarsi - riguardo all'ipotesi differente - ossia in relazione al caso in cui il P.M. abbia l'obbligo di intervenire ma non possa promuovere azione, ha affermato che «l'integrazione del contraddittorio, in sede d'impugnazione, nei confronti del pubblico ministero presso il giudice a *quo*, non si rende necessaria in tutte le controversie in cui ne sia contemplato l'intervento, ma bensì soltanto in quelle nelle quali detto pubblico ministero sia titolare del potere di proporre impugnazione (trattandosi di cause che lui stesso avrebbe potuto promuovere o per le quali comunque sia previsto tale potere ai sensi dell'art. 72 c.p.c.), mentre, nelle altre ipotesi (nella specie, giudizio di accertamento della paternità naturale), le funzioni del pubblico ministero, in quanto non includono l'autonoma facoltà di impugnazione, vengono ad identificarsi con quelle che svolge il procuratore generale presso il giudice *ad quem*, e restano quindi assicurate dalla comunicazione o trasmissione degli atti a questo ultimo (a norma degli artt. 71 c. p.c., e, per il giudizio di cassazione, 137 disp. att. c.p.c.)».

(21) Conseguentemente, la dottrina e la giurisprudenza escludono che il giudice di secondo grado debba disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del P.M. - con notificazione dell'impugnazione al P.M. presso il giudice a *quo* - qualora si rientri nell'ipotesi di causa che il P.M. non avrebbe potuto proporre o quando questi sia privo del potere di impugnazione della sentenza. In questi casi è sufficiente la comunicazione degli atti al P.M. ex art. 71 c.p.c. affinché questi possa intervenire e svolgere la sua attività a tutela e garanzia dell'interesse generale connesso con la pretesa fatta valere in giudizio. In punto in giurisprudenza Cass. S.U., 8 maggio 1986, n. 3078, in *Foro it.*, 1987, I, 177, che ha affermato che «nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione la notificazione del ricorso al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza censurata è necessaria, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., solo nelle cause in cui il pubblico ministero ha proposto l'azione, o poteva promuoverla, e in quelle nelle quali ha poteri di impugnazione; pertanto, deve escludersi la necessità di integrare il contraddittorio, con la notifica del ricorso al pubblico ministero presso il giudice a *quo*, nelle cause per l'accertamento della paternità, nelle quali l'ufficio del pubblico ministero ha solo l'obbligo di intervenire»; in dottrina Vellani, *Notificazione e proposizione del gravame da e nei confronti del Pubblico ministero nelle cause civili*, cit., 360.

(22) Così si legge anche nella motivazione di Cass. 25 gennaio 1983, n. 693, cit., 2407.

(23) Così Vellani, *Notificazione e proposizione del gravame da e nei confronti del Pubblico ministero nelle cause civili*, cit., 360.

(24) Sempre Cass. 25 gennaio 1983, n. 693, cit., 2407.

(25) Così Cantillo, cit., 1463.

to non possono conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ex art. 331" (26).

Al contrario, si deve ritenere che, nelle ipotesi in cui il P.M. sia parte necessaria in via concorrente con le parti private del giudizio di primo grado e il P.M. presso il giudice *ad quem* sia titolare - come specificatamente si verifica nelle cause matrimoniali ai sensi del combinato disposto dell'art. 72, comma 5 c.p.c. e dell'art. 5, l. 898/1970 - di un autonomo potere di impugnazione il giudice di secondo grado non debba disporre l'ordine di integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c. qualora nello stesso giudizio si sia costituito il P.G. presso la Corte d'Appello.

Invero, per le ragioni sopra evidenziate, la rituale costituzione del P.G. presso la Corte d'Appello è idonea a realizzare il contraddittorio, attesa la sussistenza della legittimazione in capo a quest'ultimo di compiere gli atti del processo tra i quali rientra, in virtù dei poteri a quest'ultimo conferiti (art. 72, comma 5) l'eventuale proposizione dell'appello incidentale, un potere il cui eventuale esercizio giustifica, anche secondo il Supremo Collegio, l'integrazione del contraddittorio voluta dall'art. 331 c.p.c. (27).

#### Note:

(26) In ciò richiamando la sentenza della Cass., 29 ottobre 1998, n. 10803 e le sentenze Cass., 8 ottobre 2002, n. 14380 e Cass., 21 marzo 1996, n. 24378. In punto si osserva che Cass., 29 ottobre 1998, n. 10803 si limita ad affermare - in termini apodittici - che il P.G. non ha potere di impugnazione della sentenza di primo grado, mentre le ultime due si limitano a ribadire il principio generale secondo il quale l'integrazione del contraddittorio, in sede di impugnazione nei confronti del P.M. presso il giudice *a quo*, non si rende necessaria in tutte le controversie in cui ne sia contemplato l'intervento, bensì soltanto in quelle nelle quali detto pubblico ministero sia titolare del potere di proporre impugnazione. Al di fuori di queste ipotesi, poiché le funzioni del P.M., non includono l'autonoma facoltà di impugnazione, vengono ad identificarsi con quelle svolte dal P.G. presso il giudice *ad quem* e restano quindi assicurate dalla comunicazione o trasmissione degli atti a quest'ultimo; cfr. anche quanto osservato alla nt. 21.

(27) Fermo restando che funzione della norma è anche quella di costituire il rapporto processuale nei confronti del p.m. cui è indirizzata la notificazione dell'impugnazione; in argomento cfr. Cass., S.U., 18 febbraio 2004, n. 3230 cit.; Cass., S.U., 4 novembre 2002, n. 15436 cit.

## LIBRI

## QUADERNI IL GIUDICE DI PACE

Diretti da:

Luigi Domenico Cerqua, Giovanna di Rosa, Vito Febbraro,  
Alfredo Frangini, Franco Petrelli, Lorenzo Picotti, Giorgio Spangher

### La responsabilità civile Sinistri stradali, codice delle assicurazioni, immissioni ed altri fatti illeciti

Marco Rodolfi



Il volume fornisce un **panorama completo** della **responsabilità da illecito civile** e delle tematiche connesse alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Vengono approfondite in particolare la **responsabilità da incidente stradale** (responsabilità derivante dalla circolazione dei veicoli, prova liberatoria, obbligo di assicurazione, risarcimento del danno, procedure liquidative, procedura di risarcimento ordinaria, procedura di risarcimento diretto, risarcimento del danno derivante da sinistri avvenuti all'estero, sistemi di indennizzo), la **responsabilità in materia di immissioni ex art. 844 c.c. e altre ipotesi di responsabilità** (la responsabi-

lità professionale, del sorvegliante dell'incapace, dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, dell'esercente di attività pericolose, del custode della cosa, del proprietario o utente dell'animale, del proprietario dell'edificio, dei padroni e committenti).

Ipsoa 2007, EURO 24,00

#### Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali  
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- [www.ipsoshop.ipsoa.it](http://www.ipsoshop.ipsoa.it)

## Potestà genitoriale

I

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 2 novembre 2007, n. 23030 - Pres. Carbone - Est. Luccioli

*Potestà dei genitori - Affidamento di figli minori - Decreto della corte d'appello - Ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. - Inammissibilità - Violazione del diritto processuale di azione - Irrilevanza - Fattispecie (C.c. artt. 333; 336; Cost. art. 111)*

Non sono impugnabili con ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* (né è proponibile in relazione ad essi il regolamento preventivo di giurisdizione) i provvedimenti emessi in materia di esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto, che attengono alla giurisdizione volontaria e sono privi di decisorietà e definitività. (Nella specie la madre lamentava l'insussistenza della giurisdizione del giudice italiano in favore di quello spagnolo, in quanto alla data della proposizione del ricorso per la modifica delle condizioni dell'affidamento da parte del padre naturale la figlia minore si era già definitivamente trasferita all'estero con lei).

... *Omissis* ...

### Motivi della decisione

Con l'unico motivo di ricorso la C., denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9, 10 e 12 del regolamento CE n. 2201 del 2003, deduce il difetto di giurisdizione del Giudice italiano in favore di quello spagnolo, sul rilievo che alla data di proposizione da parte dello S. del ricorso dinanzi al Tribunale per i Minorenni l'Italia non era il paese di residenza abituale della minore, stante il suo definitivo trasferimento in Spagna con la madre affidataria.

Il ricorso è inammissibile.

Come è noto, secondo l'orientamento consolidato di questa Suprema Corte - non contraddetto dalle sentenze richiamate dalla ricorrente, che attengono a tipologie di provvedimenti non assimilabili a quello in oggetto - i provvedimenti in materia di decadenza o di reintegrazione nella potestà, di affidamento della prole e quelli adottati ai sensi dell'art. 333 c.c., nel quadro degli atti innominati incidenti sull'esercizio della potestà dei genitori, non sono ricorribili per cassazione, in quanto non sono assistiti dall'autorità del giudicato sostanziale, ma si caratterizzano per un'efficacia meno intensa, propria dei provvedimenti camerale di giurisdizione volontaria, i quali sono soggetti a modifica o a revoca per motivi originari o sopravvenuti da parte dello stesso Giudice che li ha emessi, avendo essi la funzione non già di decidere una lite tra soggetti contrapposti attribuendo ad uno di loro un bene della vita, ma quella di controllare e governare l'interesse del minore di fronte all'incessante mutamento delle condizioni di fatto ed all'incalzare dei problemi esistenziali, che esigono una pronta risposta con il duttile strumento del decreto camerale. Coerentemente con tale funzione il Giudice deve ricercare di ufficio i dati informativi per conoscere quale sia la soluzione migliore

per il minore nel momento dato: la possibilità che il suo interesse in futuro possa mutare o anche che sia stato erroneamente valutato comporta che debba poter mutare la pronuncia che tale interesse ha ritenuto di ravvisare (v., tra le tante, Cass. 2005 n. 17994; 2004 n. 13823; 2002 n. 10128; 2002 n. 8279; S.U. 2002 n. 911). Con la sentenza n. 11026 del 2003 le Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno anche chiarito che quando il provvedimento impugnato sia privo dei necessari requisiti della decisorietà e definitività in senso sostanziale il ricorso straordinario per cassazione non è esperibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni con rilievo esclusivamente processuale, quali espressione del diritto di azione, atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme regolatrici del processo ha necessariamente la stessa natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato: ed invero la natura strumentale delle disposizioni processuali, dirette a disciplinare i presupposti, i modi ed i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del Giudice, comporta che al diritto processuale di azione non possa essere attribuita una tutela più forte di quella prevista dalla normativa costituzionale e ordinaria in relazione all'atto destinato a provvedere sulla posizione sostanziale (v. nello stesso senso, tra le altre, Cass. 2004 n. 3988; 2004 n. 1393). In linea di coerente sviluppo con tale impostazione si è ancora affermato che in relazione a procedimenti volti alla emanazione del provvedimento di volontaria giurisdizione non è neppure proponibile ricorso preventivo di giurisdizione, presupponendo l'intervento anticipato delle Sezioni Unite che al Giudice di merito spetti una pronuncia decisoria sulla giurisdizione, suscettibile, se non impugnata, di effetti preclusivi. Al contrario, l'affermazione esplicita o implicita della giurisdizione formulata dal Giudice nei provvedimenti in discorso è strumentale alla decisione nel merito e non è dotata di una sua specifica natura, diversa da

quella inerente al merito, tale da determinare un diverso regime di impugnazione, atteso che la revocabilità del provvedimento e la riproponibilità dell'istanza disattesa dinanzi al Giudice adito da uno dei genitori che chieda una diversa regolamentazione della potestà sul figlio in-

vestono ogni profilo, impedendo qualsiasi effetto preclusivo, e quindi privando di base sistematica l'intervento sostitutivo delle Sezioni Unite (v. SS.UU. 1993 n. 5847; 1987 n. 8791).

... *Omissis* ...

## II

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 30 novembre 2007, n. 25008 - Pres. Carbone - Est. Salmè

*Potestà dei genitori - Affidamento di figli minori - Decreto della corte d'appello - Ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. - Inammissibilità - Dichiarazione implicita o esplicita sulla giurisdizione - Irrilevanza - Fattispecie (C.c. artt. 317 bis, 336; Cost. art. 111)*

Il decreto con il quale la Corte d'Appello impartisca disposizioni inerenti l'esercizio della potestà sui figli naturali minori non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., nemmeno per la parte in cui abbia esplicitamente o implicitamente affermato (o negato) la giurisdizione, poiché trattasi di provvedimenti revocabili e modificabili dallo stesso giudice minorile e non idonee, quindi, ad incidere in modo definitivo sulle posizioni soggettive degli interessati.

... *Omissis* ...

### Motivi della decisione

1. Premesso che il ricorso sarebbe ammissibile perché diretto contro un provvedimento definitivo e di natura decisoria, in quanto incidente sul bene della vita dell'unità familiare, la ricorrente con il primo motivo deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 5 c.p.c. e del regolamento CE n. 2201/2003 nonché il vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

La Corte territoriale avrebbe errato nel ritenere sussistente la giurisdizione italiana e, comunque, non avrebbe fornito adeguata motivazione delle sue affermazioni. In realtà le disposizioni di cui all'art. 5 c.p.c., dovrebbero applicarsi anche alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione del gravame e, pertanto, poiché in tal momento la minore aveva la sua residenza abituale negli Stati Uniti, dove si era trasferita dal gennaio 2005, la giurisdizione apparteneva all'autorità giudiziaria statunitense, ai sensi dell'art. 21 della convenzione dell'Aja del 1980. Peraltro, la competenza giurisdizionale dello stato di abituale residenza del minore è affermata anche nel regolamento CE n. 2201 del 2003, che sarebbe applicabile, in quanto norma vigente in Italia, anche nei rapporti con paesi diversi da quelli appartenenti all'Unione europea.

... *Omissis* ...

2. Il ricorso è inammissibile.

Con sentenza del 25 gennaio 2002, n. 911, queste sezioni unite hanno affermato che il decreto con il quale la Corte d'Appello, sezione per i minorenni, in sede di reclamo, impartisca disposizioni inerenti al rapporto tra genitori e figli naturali minori, secondo la previsione dell'art. 317 bis c.c., non è impugnabile con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., nemmeno per la

parte in cui abbia esplicitamente o implicitamente affermato (o negato) la giurisdizione, dato che le suddette disposizioni, modificabili e revocabili dallo stesso giudice minorile e non idonee, quindi, ad incidere in modo definitivo sulle posizioni soggettive degli interessati, non hanno natura decisoria e che tale connotazione si estende necessariamente alla definizione di una questione pregiudiziale, priva di effetti vincolanti all'infuori del procedimento nel quale viene resa.

Non essendo state indicate ragioni che inducono a discostarsi dal principio affermato a conclusione di un ampio iter argomentativo, il principio stesso (richiamato anche dalla successiva sentenza di queste sezioni unite n. 11026 del 2003, e dalle sentenze n. 4499, 11582 e 14380 del 2002, 586/2003, 20333 del 2005 e 1480 del 2007) deve essere ribadito e confermato, nonostante che si rinvengano nella giurisprudenza di questa Corte alcune contrarie affermazioni, che, a un'attenta analisi non appaiono convincenti. Infatti Cass., n. 18627 del 2006, ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso decreto avente ad oggetto la modifica delle condizioni della separazione relativa esclusivamente all'affidamento dei figli minori, ma si è basata sul richiamo della sentenza n. 2348 del 2005, che tuttavia aveva ad oggetto questione relativa anche al mantenimento, e della sentenza n. 24265 del 2004, con la quale non è stato affrontato il problema della natura non definitiva dei decreti in materia di potestà genitoriale e di affidamento dei figli minori, che invece costituisce la *ratio decidendi* dell'orientamento affermato inizialmente con la sentenza n. 6220 del 1986 e successivamente costantemente seguito fino alle due recenti decisioni di queste sezioni unite n. 911/2002 e 11026/2003, sopra richiamate.

... *Omissis* ...

## PROCEDIMENTI *DE POTESTATE* E RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE: UN'ESCLUSIONE GIUSTIFICATA?

di Piergiuseppe Lai

*L'A., nel commentare due recenti decisioni delle Sezioni Unite con le quali è confermato l'orientamento che nega l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti di potestà, si sofferma, in chiave problematica, sulla diffusa opinione per cui tali procedimenti - ove non sarebbero in discussione posizioni di diritto soggettivo e in cui si impartiscono disposizioni sempre revocabili e modificabili - andrebbero senz'altro collocati nell'ambito della volontaria giurisdizione.*

### Premesse

Con le due sentenze in commento, la Cassazione torna ancora una volta sul dibattuto tema dell'esperibilità del ricorso straordinario contro i provvedimenti del Tribunale dei minorenni resi in materia di potestà genitoriale, per ribadire il suo recente - ma già più volte confermato - orientamento teso a negare l'ammissibilità anche quando il ricorrente lamenta la violazione di norme processuali, nel caso di specie quelle relative alla sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano che aveva adottato il provvedimento camerale. In entrambe le decisioni, infatti, la Corte Suprema ha dovuto misurarsi con una censura di carenza di giurisdizione mossa dai ricorrenti contro i provvedimenti camerale assunti in sede di reclamo.

Il ragionamento che conduce a dichiarare inammissibili entrambi i ricorsi passa attraverso il preliminare vaglio della rispondenza delle decisioni impugnate ai requisiti fissati, oramai più di cinquant'anni fa, dalla stessa Corte per l'accesso alla tutela sancita dall'art. 111 Cost. Considerata la natura camerale dei procedimenti in esame, la qualità degli interessi coinvolti e le stesse finalità dell'istituto della potestà, la Corte, richiamando un proprio costante indirizzo, esclude che le decisioni conclusive dei procedimenti *de potestate* soddisfino i requisiti della decisorietà e definitività, necessari per consentire l'accesso al ricorso straordinario per cassazione.

Quale ulteriore svolgimento di tale premessa, i giudici di legittimità negano, conformandosi ad altro recente orientamento, l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. anche quando oggetto dell'impugnazione camerale sia la denunciata violazione di norme processuali, atteso il loro carattere strumentale rispetto alla decisione sul merito, principio dal quale discenderebbe l'impossibilità che queste ultime possano godere d'una tutela maggiore di quella approntata, in via generale, per le correlative decisioni sul merito.

Per quanto la conclusione della S.C. nulla aggiun-

ga a un indirizzo interpretativo che, come anticipato, appare consolidato, al quale difatti anche in questa occasione viene prestata ampia ed incondizionata adesione, è tuttavia possibile segnalare alcune significative incrinature nei tradizionali argomenti spesi a dimostrare l'inconciliabilità tra i provvedimenti ablativi o limitativi della potestà dei genitori e il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., di cui intendiamo dare brevemente conto nel commento che seguirà.

### I presupposti per l'accesso al ricorso straordinario: la definitività e la decisorietà del provvedimento nell'evoluzione della giurisprudenza

È noto come l'attuale assetto del ricorso straordinario trae origine da una decisione delle SS. UU. dei primi anni cinquanta, con la quale la Corte diede concretezza applicativa al precetto inserito nel settimo comma dell'art. 111 (allora secondo comma), della nostra Costituzione, estendendo siffatto rimedio a "tutti i provvedimenti decisori, ancorché siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori", in una prospettiva per cui doveva essere considerato decisorio "ogni provvedimento che sia idoneo ad incidere in via definitiva sulle situazioni giuridiche private, alla stessa stregua delle pronunce previste dall'art. 279 c.p.c." (1).

La successiva giurisprudenza di legittimità diede un contributo essenziale per chiarire la nozione di provvedimento decisorio, ponendo in stretta correlazione tale attributo con gli effetti di diritto sostanziale conseguenti al provvedimento giudiziale (2).

In proposito, mentre la nostra più autorevole dottrina individuava nei rapporti tra la natura del provvedimento e la sua idoneità al giudicato sostanziale la chiave di lettura per spiegare scopi e al contempo trac-

#### Note:

(1) Così, nella motivazione, Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248. È da notare che il contesto nel quale muove la decisione delle Sezioni Unite era segnato dall'esigenza di superare il contrasto, nella giurisprudenza della stessa Corte, tra la nozione di sentenza in senso formale, per cui la forma prescritta per la decisione era sintomo inequivocabile del suo carattere decisorio, e la sua nozione in senso sostanziale, ove si valorizzava, al contrario, il contenuto del provvedimento ed in particolare il pericolo che la sua eventuale ingiustizia, se sottratta al rimedio straordinario, potesse arrecare alla parte un pregiudizio irreparabile. La Corte, nella storica decisione, si pronunciò in favore del secondo capo dell'alternativa, assumendo che il precetto costituzionale dovesse necessariamente prevalere sulla norma processuale che non prevedeva la forma della sentenza per alcune statuizioni a contenuto decisorio.

(2) Denti, *Norme sulla giurisdizione - La Magistratura*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Giuseppe Branca, IV, Bologna - Roma, 1987, 15.

ciare i limiti applicativi del ricorso straordinario per cassazione (3), la giurisprudenza successiva alla menzionata decisione delle Sezioni Unite rielaborava il profilo della decisorietà della sentenza impugnabile, rinvenendolo nell' idoneità del provvedimento ad incidere su posizioni di diritto soggettivo (4): ciò costituì un'evoluzione significativa, poiché se da un lato rese agevole estendere oltremodo - forse anche superando le originarie intenzioni delle SS.UU. - il novero dei provvedimenti decisorii ai quali poteva essere esteso il ricorso straordinario, per altro delineò una nozione alquanto sfuggente di decisorietà, che avrebbe successivamente favorito l'emersione di indirizzi contrastanti in seno alla stessa Corte di Cassazione circa l'individuazione dei provvedimenti soggetti al rimedio straordinario (5).

Più recentemente il requisito in esame, della decisorietà del provvedimento che si vuole sottoporre al rimedio di cui all'art. 111, comma 7, Cost., è venuto ulteriormente precisandosi, pur non in modo omogeneo tra i vari pronunciamenti, fino ad esprimere l'esigenza che il provvedimento impugnabile abbia - non solo - concluso una controversia nella quale fossero coinvolti diritti soggetti o *status*, ma anche riconosciuto ad uno dei contendenti un "bene della vita" (6), ovvero, e così riallacciandosi idealmente alla posizione dottrinale indicata appena sopra, possa dirsi assistita dall'autorità del giudicato sostanziale (7). Con riferimento a tale ultimo orientamento, che esclude il ricorso straordinario avverso il provvedimento inidoneo al giudicato sostanziale, si è ulteriormente chiarito come tale conclusione non muta anche quando le situazioni coinvolte nella vicenda processuale - ma non incise con efficacia di giudicato dalla decisione - abbiano la consistenza dei diritti soggettivi o degli *status*, come di regola accade proprio nei procedimenti in materia di potestà genitoriale (8).

La prospettiva appena esaminata rende evidente la compenetrazione tra il profilo della decisorietà e quello, che se ne deve distinguere, della *definitività*, quale "attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti e quegli *status*" (9). In definitiva, dall'esame delle motivazioni delle numerosissime decisioni della Corte di Cassazione pronunciate negli ultimi anni in materia di controversie sulla potestà genitoriale, si può ricavare, operando una estrema semplificazione, una nozione di provvedimento *decisorio* in quanto indirizzato a dirimere una controversia che vede coinvolti diritti soggettivi o *status*, con l'ulteriore precisazione che la pronuncia deve incidere su tali posizioni sostanziali con efficacia di giudicato, come espressamente affermano alcune decisioni della Suprema Corte (10).

Una siffatta nozione di decisorietà, in quanto mostra uno stretto legame con gli effetti del giudicato, quasi si sovrappone, come si osservava, a quella di *definitività*, in cui l'elemento del giudicato riveste da sempre un ruolo centrale per la sua individuazione. Occor-

re notare, però, come il richiamo al giudicato sia opportunamente svolto anche nell'ambito della nozione di decisorietà del provvedimento, poiché in quel contesto la giurisprudenza pare prendere in considerazione il profilo materiale dell'istituto (il giudicato sostanziale di cui parla l'art. 2909 c.c.), quale idoneità della decisione ad incidere - realizzando un mutamento della situazione sostanziale preesistente - sui diritti o sugli *status* coinvolti nella vicenda processuale, mentre quando si ricorda il vincolo del giudicato per esprimere l'idea di *definitività* del provvedimento, si considera, invece, la stabilità e rigidità del vincolo nascente dalla decisione, a prescindere dal quello che ne può essere il contenuto sostanziale (cosa giudicata formale ex art. 324 c.p.c.) (11).

Infatti, la sussistenza del requisito della *definitività*, che deve caratterizzare la decisione impugnabile col ricorso straordinario, è stata da sempre negata quando il provvedimento sia soggetto, senza limiti temporali, alla revoca o alla modifica, per motivi di merito o di diritto, sia preesistenti sia sopravvenuti, come di norma accade per tutti i provvedimenti di volontaria giurisdizione, ca-

#### Note:

(3) La teoria è limpidamente esposta nel saggio di Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2)*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 5 ss. e 31 ss.

(4) Lo ricorda Denti, *Norme sulla giurisdizione - La Magistratura*, cit., 21, nonché Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, cit., 12.

(5) Ne rinveniamo un esempio emblematico nel regime di impugnazione del provvedimento del Tribunale dei minorenni adottato ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 286 del 1998, su cui si leggano i condivisibili rilievi di Carratta, *Provvedimenti cameral-sommari, "decisorietà" e ricorso per cassazione: fra nuove riforme e vecchi problemi*, in questa *Rivista*, 2007, 128 ss.

(6) Cfr. la motivazione di Cass. 15 dicembre 2000, n. 15834, in *Giust. civ.*, 2001, I, 632; Cass., sez. un., 25 gennaio 2002, n. 911, in *Foro it.*, 2002, I, 1017; Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3073, in *Giur. it.*, 2003, I, 1, 2016; Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, in questa *Rivista*, 2004, 165; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1393; Cass. 23 luglio 2004, n. 13823, 2008; Cass. 20 ottobre 2004, n. 20498; Cass. 4 marzo 2005, n. 4798.

(7) Cfr., sempre nella motivazione: Cass. 20 marzo 1998, n. 2934; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3988; Cass. 23 novembre 2007, n. 24423, in *Guida al dir.*, 2008, 31, con nota di Ciuti.

(8) Cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 1993, n. 5847, in *Corr. Giur.*, 1993, 1340, con nota di Tommaseo, *Sull'inammissibilità del regolamento di giurisdizione nei procedimenti volontari*; Cass. 12 luglio 2002, n. 10128, in questa *Rivista*, 2003, 153, con nota di Giuliano, *Profili processuali nell'adozione di minori*; Cass. 9 settembre 2005, n. 17994.

(9) Così, testualmente, Cass. 2 agosto 2002, n. 11582, nonché Cass. 27 novembre 2007, n. 24423, cit.

(10) In tal senso si leggano, oltre alla citata Cass. 2 agosto 2002, n. 11582, cit., anche Cass. 23 gennaio 2007, n. 1480, cit.

(11) Così, ad esempio, si esprime Cass. 20 ottobre 2005, n. 20333, ma la distinzione tra i due profili sembra colta appieno nelle parole di un chiaro studioso, il quale affermava che «la decisorietà si chiarisce in relazione agli effetti di diritto sostanziale scaturenti dal provvedimento; e, dall'altro, la *definitività* si specifica nell'assenza, secondo la normativa ordinaria, di rimedi idonei a consentire un riesame del provvedimento, sia nell'ulteriore corso del giudizio, sia in fase di impugnazione», cfr. Denti, *Norme sulla giurisdizione - La Magistratura*, cit., 17.



ratterizzati da un'accentuata precarietà dei loro effetti, potendo essere liberamente modificati o revocati ai sensi dell'art. 742 c.p.c.

In quest'ottica si spiega l'opinione prevalente secondo cui consentire il rimedio straordinario anche nei confronti di provvedimenti conclusivi di procedimenti camerati, connotati da una marcata instabilità degli effetti, comporterebbe lo svilimento della funzione e degli scopi istituzionali del ricorso ex art. 111 Cost., per essere quest'ultimo giustificabile solo quando il provvedimento impugnato sia idoneo, in astratto, a raggiungere una stabilità di effetti riconducibile al vincolo del giudicato (sostanziale e materiale) (12).

Se è vero quanto fin qui detto, possiamo conclusivamente affermare che quando la giurisprudenza nega l'esperibilità del rimedio straordinario contro i provvedimenti emessi dalla corte d'appello in sede di reclamo nei procedimenti *de potestate*, perché privi di decisorietà e definitività, presuppone che tali pronunce non siano destinate ad accertare (ai sensi dell'art. 2909 c.c.) posizioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi o *status*, anche in ragione della precarietà del *decisum*, che rimane sempre modificabile o revocabile per qualsiasi motivo, preesistente o sopravvenuto.

Risulta, perciò, quasi un percorso obbligato quello dell'interprete che intenda porre in discussione un siffatto orientamento, il quale dovrà farsi carico di verificare se è vero fino in fondo che nei procedimenti in esame non sono coinvolti diritti soggettivi o *status* e che, senza dubbio, il provvedimento conclusivo difetta in assoluto di stabilità, anche di quella temperata nella forma delle decisioni *rebus sic stantibus*.

### La natura delle situazioni sostanziali coinvolte nei procedimenti sulla potestà

Da tempo la dottrina civilistica si interroga intorno alla natura giuridica della potestà genitoriale, da alcuni inquadrata, pur con varie precisazioni, nello schema del diritto soggettivo, al quale verrebbe tuttavia attribuita una natura composita (13), mentre da altri - ed è questa l'opinione prevalente - ricondotta nell'ambito dell'esercizio di un ufficio che la legge pone in capo ai genitori per la realizzazione del preminente interesse del minore (14).

È fin troppo evidente come dall'accoglimento dell'una o dell'altra delle prospettate alternative discendano immediate conseguenze anche sul versante processuale, poiché nel primo caso si dovrà convenire che i provvedimenti ablativi della potestà vanno ad incidere su posizioni di diritto soggettivo (15), normalmente tutelabili solo nelle forme della giurisdizione contenziosa, mentre nel secondo caso si potrà agevolmente affermare il carattere di giurisdizione volontaria dei provvedimenti *de quo*, posto che essi hanno semplicemente lo scopo di regolare l'attribuzione o l'esercizio della potestà avendo come esclusivo riferimento l'interesse del minore.

#### Note:

(12) Cfr. Tommaseo, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone*, in questa *Rivista*, 2008, 101; Lanfranchi, *La roccia non incrinata*, Torino, 1999, 291 ss. Sul tema è bene, tuttavia, rammentare come il richiamo all'istituto del giudicato, inteso come garanzia di stabilità degli effetti della decisione debba, nella materia in esame, essere posto in relazione con il carattere durevole e mutabile nel tempo dell'interesse del minore, con la conseguenza che "il giudicato nella materia in esame per definizione non può assicurare certezza e stabilità in ordine a come dovranno essere gestiti gli interessi del minore in futuro": cfr. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Saggio introduttivo* a Civinini, *Procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 41.

(13) In cui è necessario distinguere il profilo intrinseco del rapporto, che rileva tra il minore e i genitori, da quello estrinseco che ha ad oggetto la relazione tra i genitori ed i terzi estranei: Cicu, *La filiazione*, Torino, 1958, 310; Stella Richter-Sgroi, *Delle persona e della famiglia*<sup>2</sup>, in *Commentario del codice civile*, I, 2, Torino, 1967, 388 ss.; Tommaseo, *Giudizi camerati de potestate e giusto processo*, in questa *Rivista*, 2002, 233. Più sfumata, ma comunque propensa a negare la riconducibilità delle situazioni soggettive coinvolte nell'ambito del mero officium, la posizione di Grasso, *I procedimenti camerati e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 46.

(14) Il profilo del diritto soggettivo insito nell'attribuzione della potestà al genitore rilevarebbe nel momento in cui al genitore medesimo è consentito dalla legge di scegliere in modo discrezionale le modalità con cui esercitare la potestà medesima, ancorché questa discrezionalità incontri il limite dello scopo cui l'istituto deve indirizzarsi, ossia la protezione e l'educazione del minore: Bessone, *Rapporti etico-sociali art. 29-34*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Giuseppe Branca, Bologna - Roma, 1976, 98 ss.; Ferri L., *Della potestà dei genitori art. 315-342*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 10-11; Perlinger, *Pisacane, Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 1997, 196; Vercellone, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli*, III, 2, Torino, 1987, 363 ss.; Id., in *Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti*, II, Milano, 2002, 961, 1026; più sfumata, ma comunque propensa a negare la riconducibilità delle situazioni soggettive coinvolte nei procedimenti sulla potestà nell'ambito del mero officium, la posizione di Grasso, *I procedimenti camerati e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 46. In senso favorevole alla riconduzione della potestà nel quadro di un ufficio di diritto privato spettante ai genitori, oltre agli autori citati nella nota precedente, v. Bucciant, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 20 ss.; Id., *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, III, Torino, 1982, 486 ss.; Id., voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 778; Cossu, voce *Potestà dei genitori*, in *Digesto*<sup>4</sup>, *Disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 117; Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*<sup>4</sup>, Torino, 2006, 283; D'Antonio, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia diretto da G. A. Stanzione*, IV, Torino, 2006, 472 ss. Si ricordi, infine, la posizione di chi, preso atto della complessità della situazione giuridica riconducibile alla potestà genitoriale, afferma che l'istituto non potrebbe essere convenientemente descritto con l'ausilio delle tradizionali figure civilistiche del diritto soggettivo o dell'ufficio di diritto privato, essendo innegabile che nella molteplicità di poteri e doveri nascenti dalla potestà ve ne siano alcuni aventi la consistenza dei diritti soggettivi ed altri avvicinati alla figura degli uffici di diritto privato, cfr. Ruscello, *La potestà dei genitori*<sup>2</sup>, in *Commentario al codice civile fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli*, Milano, 2006, 82 ss.

(15) Invero, pur accogliendo la prospettazione della potestà genitoriale come ufficio dei rapporti col minore e come diritto soggettivo verso lo Stato e i terzi (per tutti: Giorgianni, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia diretto da G. Cian*, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, 300 ss.), non di meno bisogna notare che il provvedimento ablativo incide sulla potestà nel suo complesso, pregiudicandone il futuro esercizio sia nella forma dell'ufficio sia in quella del diritto soggettivo, per cui a nostro giudizio, perlomeno nell'ottica dei procedimenti di cui ci si occupa, la distinzione in esame non è determinante per negare la natura di diritto soggettivo delle situazioni coinvolte nel giudizio camerale.

Sul punto, è bene segnalare che la prevalente giurisprudenza esclude l'esistenza - nei procedimenti sulla potestà - di una contrapposizione tra diritti soggettivi, poiché in essi non si decide una controversia tra parti contrapposte, ma ci si limita ad attuare una funzione gestoria nel preminente interesse del minore (16), e che d'altra parte, pur prendendo atto del fermo indirizzo del Supremo Collegio, vi sono studiosi che seguono a riconoscere nella potestà genitoriale un diritto soggettivo inciso dal provvedimento ablativo (17).

In linea generale, se non è possibile in questa sede affrontare la delicata questione appena tratteggiata, va comunque detto che a voler ricondurre la situazione incisa dai provvedimenti sulla potestà nell'alveo dei diritti soggettivi, e di conseguenza nell'ambito della tutela giurisdizionale contenziosa, si rischia di aprire un'ulteriore e assai delicata problematica, quella dell'idoneità - sul piano costituzionale - delle forme camerale alla tutela dei diritti soggettivi o degli *status* (18).

Considerata anche la prevalente opinione dottrinale circa la funzione meramente gestoria della potestà, che la allontana dallo schema del diritto soggettivo, non ci pare che i tempi siano maturi per una revisione del consolidato orientamento seguito dai giudici della Suprema Corte, ancorché tale mutamento sarebbe auspicabile nell'ottica di fornire un'adeguata tutela agli interessi, spesso relevantissimi, coinvolti in questi procedimenti camerale.

Proprio l'esigenza appena accennata rende quanto mai utile rammentare, anche per completezza dell'analisi, alcune opinioni decisamente contrarie alle succitate posizioni della giurisprudenza, emerse dal più recente dibattito dottrinale (19).

In primo luogo, è stato significativamente posto in rilievo come, riferendosi anche a fonti convenzionali, l'evoluzione normativa abbia seguito un percorso ben preciso, passando dalla considerazione dei procedimenti minorili come luogo per l'attuazione dell'esclusivo interesse del minore a procedimenti nei quali i soggetti coinvolti sono ritenuti portatori di veri e propri diritti soggettivi (20). Va aggiunto che anche nell'ordinamento interno non mancano riferimenti normativi, anche di rilievo costituzionale, dai quali trarre la consistenza di diritto soggettivo della posizione del genitore esercitante la potestà (21).

Infine, nella stessa giurisprudenza della Cassazione si rinvencono alcune decisioni le quali, nel corpo della motivazione, contengono una più o meno velata ammissione del fatto che i provvedimenti limitativi o ablativi della potestà genitoriale sarebbero in astratto idonei ad incidere su posizioni di diritto soggettivo, pur con la precisazione che tale "incisione" non potrebbe mai, in virtù delle forme camerale del procedimento, assumere la stabilità dell'accertamento di quegli stessi diritti che avvenga a conclusione di un procedimento giurisdizionale contenzioso (22).

Le osservazioni che precedono consentono di evi-

denziare come l'opinione - prevalente in giurisprudenza - che nega la decisorietà ai provvedimenti sulla potestà genitoriale basandosi in modo pressoché esclusivo sulla natura giuridica degli interessi coinvolti nella vicenda processuale, è molto meno sicura di quanto a prima vi-

#### Note:

(16) L'indirizzo ha preso le mosse da Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278, ed è stato recepito dalla giurisprudenza successiva, cfr. le decisioni richiamate *supra* alle note 6-7-8.

(17) Tota, *Tutela camerale e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, 1476.

(18) In tale prospettiva muove, infatti, l'istanza di riforma avanzata da Proto Pisani, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, in *Foro it.*, 2002, I, 3306. Più in generale, sul problema della legittimità costituzionale del ricorso alle forme camerale per la tutela dei diritti soggettivi cfr. Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii formali*, Torino, 2002, 1 ss.; Id., *La roccia non incrinata*, cit., 157 ss.; Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 572 ss.

(19) Nel quale tuttavia si riscontrano ancora posizioni saldamente ancorate alla convinzione secondo cui il provvedimento camerale sulla potestà attuerebbe un assetto amministrativo degli interessi del minore, cfr. Maltese, *Decreti camerale incidenti sulla «patria potestas»*. *Regime attuale di revoca e proposte di riforma*. La proposta interpretativa dell'A., che muove dall'intento di giustificare l'attuale orientamento del Supremo Collegio, nella parte in cui critica la possibilità di tutelare alla stregua del diritto soggettivo la potestà incisa dal provvedimento camerale, pone l'accento sulla disciplina della revoca del provvedimento camerale, che evidentemente non potrebbe conciliarsi con la stabilità necessaria ad un provvedimento che incida sul diritto o sullo status, da ciò traendo indiretta conferma che per l'ordinamento vigente i giudizi *de potestate* non hanno ad oggetto la composizione di un conflitto tra diritti soggettivi contrapposti, che caratterizza invece la giurisdizione contenziosa. L'argomento si propone come estremamente persuasivo ma, occorre rilevarlo, la sua solidità si misura nella integrale riferibilità ai giudizi in esame della disciplina dettata, per tutti i procedimenti camerale, dall'art. 742 c.p.c., sulla quale manifesteremo più avanti nel testo le nostre perplessità.

(20) Un interessante spunto in questo senso riveniamo in Odino, Paschetti, *Processo minorile: il giusto processo non discrimina e garantisce la parità di posizioni*, in questa *Rivista*, 2001, 313.

(21) Per cui la disciplina della potestà genitoriale costituirebbe la sintesi di due diritti soggettivi, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione (artt. 2 e 30 Cost.), ossia da un lato il diritto del minore a crescere e formarsi all'interno della comunità familiare e dall'altro il diritto del genitore a mantenere, istruire ed educare il figlio: cfr. Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, cit., 1477. Del resto non bisogna neppure sottovalutare il dato testuale dell'art. 30 Cost., il cui primo comma sancisce «È dovere e diritto dei genitori mantenere istruire ed educare i figli».

(22) Si veda in questo senso Cass. 12 luglio 2002, n. 10128, ove si legge, in motivazione, «Si tratta di uno di quei provvedimenti che, pur potendo talvolta di fatto incidere anche su interessi individuali qualificabili in termini di diritto soggettivo, non sono tuttavia, per loro natura, finalizzati a risolvere conflitti fra contrapposte posizioni di diritto soggettivo e non possono dar luogo a statuizioni idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata», ed ancora Cass. 7 giugno 2002, n. 8279, «I provvedimenti che limitino od escludano la potestà ... ancorché resi dal giudice di secondo grado a seguito di reclamo, non sono impugnabili con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost. in quanto, pur riguardante posizioni di diritto soggettivo, chiudono un procedimento di tipo non contenzioso...»; più decisamente nel senso di riconoscere natura di diritto soggettivo alla potestà incisa dal provvedimento ablativo, cfr. Cass. 27 marzo 1985, n. 2151, in *Giur. it.*, I, 1, 265 con nota di Monteleone; Cass. 7 novembre 1985, 5408, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1025, con nota di Di Loreto; Cass. 17 ottobre 1980, n. 5594, in *Foro it.*, 1981, I, 69.

sta possa sembrare (23), soprattutto quando non ci si appaghi della mera riaffermazione di alcune sintetiche massime giurisprudenziali e si intenda valorizzare a fondo i contenuti di un istituto certamente complesso e ricco di sfumature quale quello della potestà genitoriale.

### La disciplina sostanziale della potestà e i suoi rapporti con la stabilità dei provvedimenti camerali

La disciplina del procedimento per l'emanazione dei provvedimenti incisivi sulla potestà è dettata dall'articolo 336 c.c., il cui capoverso dispone che il tribunale dei minori debba provvedere nelle forme camerali: non vi è, pertanto, motivo di dubitare che anche il procedimento in esame debba essere regolato secondo le scarse disposizioni dedicate nel codice di rito alla disciplina comune dei procedimenti in camera di consiglio, fatta salva la loro compatibilità con le altre specifiche disposizioni dettate nel codice civile per ciascun singolo provvedimento sulla potestà.

Per quanto qui interessa, occorre ricordare che tra le disposizioni comuni ai procedimenti camerali ve ne è una che riconosce agli interessati la possibilità di modificare o revocare, in qualsiasi momento, il provvedimento conclusivo: tale prerogativa, nell'ambito della volontaria giurisdizione, può essere esercitata sia per fatti sopravvenuti, sia per ottenere una nuova valutazione delle medesime circostanze già considerate nel provvedimento originario. Questo tratto comune ai provvedimenti camerali sulla volontaria giurisdizione, di essere cioè revocabili e modificabili in ogni tempo sia per motivi originari sia per motivi sopravvenuti, avrebbe l'effetto di privare i provvedimenti medesimi di quella stabilità di effetti assimilabile al vincolo del giudicato, che, come anticipato, tradizionalmente caratterizza il profilo della definitività del provvedimento impugnabile ex art. 111 Cost. (24) Pertanto, anche le decisioni sulla potestà, in quanto adottate a conclusione di procedimenti retti da forme camerali e costituendo, secondo la ferma interpretazione della Cassazione, esercizio di volontaria giurisdizione, mancherebbero del requisito della definitività, parimenti indispensabile a consentire l'accesso, *in subiecta materia*, al ricorso all'art. 111, comma 7, Cost.

L'affermazione appena svolta, è evidente, poggia su un dato imprescindibile, ossia presuppone la integrale applicabilità del regime della revoca ex art. 742 c.p.c. ai procedimenti di cui si tratta: contro tale convinzione riteniamo possibile avanzare qualche perplessità. Vi è, infatti, da notare, al fine di riconsiderare sotto una diversa luce il regime di stabilità dei provvedimenti *de potestate*, come dall'esame della disciplina sostanziale emergano diverse disposizioni che contengono una regolamentazione specifica delle modalità di revoca o modifica delle singole misure ablativo o limitative della potestà.

Ad esempio, con riferimento ad un eventuale provvedimento di decadenza dalla potestà adottato

contro uno dei genitori ai sensi dell'art. 330 c.c., il successivo art. 332 c.c. sancisce che il giudice può revocarlo solo quando "cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio". Analogamente a fronte di un provvedimento con il quale uno dei genitori sia stato rimosso o limitato nell'amministrazione dei beni del minore, il giudice potrà riammetterlo nell'amministrazione solo quando "siano cessati i motivi che hanno provocato il provvedimento". Meno pregnante, ma ugualmente sintomatica, l'indicazione contenuta nel secondo comma dell'art. 333 c.c., in cui è previsto che i provvedimenti solo limitativi della potestà o di allontanamento dei genitori dalla residenza familiare, "sono revocabili in qualsiasi momento" (25).

Ciò posto, delineata la cornice normativa entro la quale inserire i provvedimenti di cui si discute, e preso atto della tipizzazione, da parte del legislatore, dei presupposti per la revoca o la modifica di alcuni provvedimenti incidenti sulla potestà dei genitori, è opportuno domandarsi se, in tale contesto, vi sia ancora spazio per l'applicazione dei principi generali dettati dall'art. 742 c.p.c. in merito alla ordinaria revoca e modifica dei provvedimenti in camera di consiglio (26).

#### Note:

(23) Un indizio, per quanto assolutamente involuto e quasi apodittico, della tensione verso una rinnovata considerazione dei provvedimenti sulla potestà si rinviene in Cass., sez. un., 9 gennaio 2001, n. 1, in questa Rivista, 2001, 282, con nota condivisibilmente critica di Civinini.

(24) L'opinione per cui la revoca del provvedimento di volontaria giurisdizione possa avvenire senza limitazione alcuna, estendersi alle circostanze preesistenti alla decisione ed anche ad una nuova e diversa valutazione delle stesse circostanze già esaminate dal giudice in occasione dell'adozione del provvedimento, è pacifica in giurisprudenza, cfr. Cass. 20 maggio 1987, n. 4607, in *Foro it.*, 1987, I, 3278; in dottrina, condividono questa ampia nozione del potere di revoca: Mandrioli, *Diritto processuale civile* 19, IV, Torino, 2007, 339; Maltese, *Il controllo giudiziario sulla pronuncia d'inammissibilità del reclamo nel rito camerale*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 35; Id., *Decreti camerali incidenti sulla «patria potestas». Regime attuale di revoca e proposte di riforma*, cit., 1011 ss.; Attardi, *Diritto processuale civile* 2, Padova, 1997, 34; Liebman, *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in camera di consiglio*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 448 ss.; Micheli, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 350 ss.; Montesano, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 620; Laudisa, voce *Camera di consiglio*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 2002, 12.

(25) Invero, il capoverso dell'art. 333 c.c. è stato introdotto solo con la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, e come è stato correttamente osservato, tale innovazione non si spiegherebbe se non col l'intento di riavvicinare il regime dei provvedimenti emessi ai sensi dell'articolo in esame con quelli contigui previsti dagli artt. 332 e 335 c.c., per cui la revoca, seppur consentita in ogni tempo, non potrebbe prescindere da un mutamento di circostanze ed in particolare dal venir meno di quella situazione concreta che aveva indotto il giudice ad adottare il provvedimento limitativo, cfr. Pelosi, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, 1992, 411.

(26) Un parte della dottrina, invero, proprio con riferimento a provvedimenti camerali risolutivi di conflitti, ha negato l'esistenza di un indiscriminato potere di revoca e modifica da parte dei soggetti interessati, ritenendo più confacente al sistema che in queste ipotesi - tra le quali

(segue)

Da un lato, infatti, si potrebbe sostenere che la disciplina comune ai procedimenti in camera di consiglio trova comunque applicazione a tutti i casi di revoca e modifica non espressamente regolati dalla fattispecie sostanziale (27), nel senso che mentre le ipotesi espressamente disciplinate dal codice civile sono riferite all'esercizio di un potere di revoca *ex nunc*, quelle ricavabili dalla disciplina comune ai giudizi in camera di consiglio consentono di conseguire la revoca *ex tunc* del provvedimento camerale, per cui *lex specialis* e *lex generalis* si fonderebbero per delineare compiutamente la regolamentazione del potere di revoca dei menzionati provvedimenti (28).

In proposito, però, varrebbe la pena di osservare che la confluenza delle fattispecie sostanziali di cui agli artt. 332, 333, 335 c. c. nel più generale contesto delineato dall'art. 742 c.p.c. importerebbe il generale svuotamento di significato delle prime, le quali perderebbero di concreto rilievo precettivo, non avendo nessun necessità il legislatore di enfatizzare alcuni presupposti per la revoca dei provvedimenti sulla potestà, quando la stessa revoca deve in ogni caso ritenersi ammessa, sul piano generale, senza limiti di sorta (29). Invero, il carattere retroattivo o meno degli effetti della revoca, oltre a non trovare un sicuro appiglio nel testo delle norme in esame, non varrebbe comunque a giustificare l'esistenza e la stessa cura che i *conditores* della norma hanno dedicato al caso della revoca di questi particolari provvedimenti (30).

A quanto detto occorre aggiungere che la stessa Cassazione quando ha ritenuto di assoggettare alcuni provvedimenti camerale alla garanzia del ricorso straordinario non ha esitato a costruire una nozione particolare del regime di revocabilità di tali statuizioni, ricavandola unicamente dalla speciale stabilità prevista nella disciplina sostanziale, quasi dimenticandosi - in tali circostanze - del generale rilievo, che in ogni procedimento camerale deve essere riconosciuto all'art. 742 c.p.c. (31).

#### Note:

(continua nota 26)

rientrano anche i provvedimenti *de potestate* - la revoca o la modifica debba rapportarsi ad una circostanza preesistente, ma non considerata dal giudice che ha adottato il provvedimento, ovvero ad una circostanza sopravvenuta all'adozione della misura ablativa, cfr. Arieta - (Montesano), *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1233; più in generale, cfr. Redenti, *Diritto processuale civile* 2, III, Milano, 1954, 359; Franchi, *Sulla revoca dei provvedimenti di giurisdizione volontaria e sull'opponibilità dei motivi di revoca al terzo acquirente*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 209; Monteleone, voce *Camera di consiglio*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, 989; Grasso, *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, cit., 65; e nello stesso senso, pur con riferimento a procedimenti camerale aventi ad oggetto l'attuazione della gestione di interessi, anche Civinini, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., I, 295.

(27) In tal senso, tra gli altri, cfr. Tommaso, *Lezioni di diritto di famiglia*, Padova, 2000, p. 145; Ferri L., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 153; Comoglio, in nota a Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 566.

#### Note:

(continua nota 26)

(28) Assai significativa in tal senso la motivazione di Cass. 20 maggio 1987, n. 4607, in *Foro it.*, 1987, I, 3278, ove si legge, a proposito del potere di revoca di cui all'art. 332 c.c., che questa disposizione «essendo meramente integrativa, non sostitutiva dell'art. 742 c.p.c., non deroga all'altra norma generale, desumibile dallo stesso art. 742 c.p.c., sul potere di revoca, con effetto *ex tunc*, del decreto camerale di decadenza, in base ad una nuova e diversa valutazione delle originarie risultanze». Affermano la revocabilità in ogni tempo del provvedimento incidente sulla potestà, per motivi di fatto o diritto, sopravvenuti o preesistenti: Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278; Cass., sez. un., 28 gennaio 1995, n. 1026, in *Corr. Giur.*, 1995, 278; Cass., sez. un., 7 maggio 1996, n. 4222; Cass. 2 agosto 2002, n. 11582, in *Arch. Civ.*, 2003, 974; Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, in questa *Rivista*, 2004, 165, con nota di Donzelli, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*.

(29) Per questa osservazione, Vaccaro, *Rito camerale e processo minorile*, in *Dir. fam.*, 1998, 273, il quale si mostra riluttante ad ammettere la indiscriminata revocabilità anche nel caso dell'art. 333 c.c., ponendo in rilievo come concepire un potere di revoca illimitato finirebbe senz'altro per accrescere il contenzioso proprio in una materia nella quale, al contrario, è essenziale ricercare di rendere quanto più possibile stabili le condizioni di vita del minore. Più in generale, ritengono che la particolare disciplina della revoca dei provvedimenti *de potestate* sia alternativo al regime indicato dall'art. 742 c.p.c., Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da Andrea Proto Pisani*, II, Torino, 1994, 546 ss.; De Stefano, *Manuale di volontaria giurisdizione*, cit., 468, pur con riferimento al solo provvedimento che dispone la decadenza dalla potestà.

(30) Un argomento speso a sostegno della tesi incline ad ammettere la più ampia revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione si richiama al dato testuale ricavabile dalla seconda parte dell'art. 742 c.p.c., laddove è detto che la revoca e modifica non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede anteriormente alla modifica o revoca del decreto camerale: in proposito si sottolinea come tale precisazione sarebbe perlomeno inopportuna in un sistema nel quale la revoca e modifica non operano con efficacia *ex tunc* e quindi potenzialmente lesiva della posizione dei terzi di buona fede. A ben vedere però, verso tali considerazioni possono muoversi perlomeno due obiezioni. La prima consiste nel rilevare come l'inciso in oggetto si riferisca inequivocabilmente ai provvedimenti di volontaria giurisdizione aventi ad oggetto l'autorizzazione o la predisposizione di atti giuridici sostanziali, ovvero l'integrazione di uno degli elementi della fattispecie sostanziale dell'atto, che, anche strutturalmente, sono assai distanti dai provvedimenti variamente incidenti sulla potestà genitoriale (così anche De Stefano, *Manuale di volontaria giurisdizione*, cit., 173). In secondo luogo, non può omettersi di rilevare come nella recente disciplina del procedimento camerale in materia societaria (artt. 25 ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), ancorché la revoca del provvedimento camerale sia consentita solo "in presenza di nuove circostanze e previa audizione delle parti" (art. 26 n. 3), è stato comunque riprodotto, nella sostanza, l'inciso dell'art. 742 c.p.c. «Restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla conoscenza della modifica o della revoca» (art. 26 n. 4), il che varrebbe a dimostrare come la salvezza dei diritti dei terzi non implichi o presupponga di per sé l'efficacia retroattiva della revoca della misura camerale.

(31) Ci riferiamo specialmente ad alcune recenti decisioni, Cass., sez. un., 16 ottobre 2006, n. 22216, in questa *Rivista*, 2007, 125, con nota critica di Carratta; Cass. 15 gennaio 2007, n. 747, in questa *Rivista*, 2007, 221 e Cass. 2 maggio 2007, n. 10136, in questa *Rivista*, 2008, con nota di Vianello, ove la Corte trattando di un provvedimento camerale reso ai sensi dell'art. 31 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, a fronte di una disciplina sostanziale in cui si dice che il provvedimento autorizzativo è revocato "quando vengano a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia", attribuisce al testo della norma una valenza tale per cui "Il regime di revocabilità del provvedimento, che si concreta sempre in una decisione su diritti, non può che essere unitario

(segue)

Deve pertanto, a nostro sommo avviso, essere operata perlomeno una distinzione all'interno della ampia categoria dei provvedimenti variamente incidenti sulla potestà genitoriale, per escludere che, al ricorrere delle fattispecie previste dagli artt. 332 e 335 c.c. - e probabilmente anche quelle di cui all'art. 333 c.c. - possa ammettersi una loro illimitata revocabilità, espressione di quella precarietà tipica dei provvedimenti di volontaria giurisdizione (32).

Proseguendo in questa prospettiva, non può negarsi che i provvedimenti appena citati vengano ad acquisire, per effetto della loro regolamentazione sostanziale, una stabilità piuttosto marcata e non troppo lontana da quella caratteristica della cosa giudicata, giacché una volta adottato il provvedimento ablativo della potestà, il genitore potrà essere successivamente reintegrato solo in quanto sia intervenuto un mutamento delle circostanze originarie tale da giustificare, nell'interessere del minore, la riammissione all'esercizio della potestà (33). Ed, invero, proprio nella ricerca di una definizione dei rapporti tra la revocabilità del provvedimento e la sua idoneità a costituire il vincolo del giudicato, si è autorevolmente osservato come la revocabilità del provvedimento non implica per ciò solo la sua inidoneità al giudicato, soprattutto in relazione quelle fattispecie, alle quali si intende ricondurre anche quella in esame, in cui il potere di revoca non è liberamente esercitabile, per essere subordinato al verificarsi di precisi presupposti indicati dal legislatore (34).

Ora, è evidente che la ritenuta maggiore rigidità di questi ultimi provvedimenti non è per sé sufficiente a dimostrarne l'estraneità alla volontaria giurisdizione - anche per quanto si è detto in precedenza circa la natura delle posizioni incise dal provvedimento camerale - e quindi la conseguente soggezione al rimedio di cui all'art. 111 Cost., ma consente, perlomeno, di sollevare alcune perplessità circa la massima giurisprudenziale che nega il carattere di definitività a questi provvedimenti enfatizzandone l'incondizionata possibilità di revoca, per non essere tale conclusione conforme alla disciplina sostanziale dell'istituto della potestà genitoriale.

### La decisione camerale sul "diritto processuale di azione" e il difficile coordinamento con il ricorso ex art. 111, Cost.

Dalle osservazioni fin qui svolte, possiamo confermare la nostra affermazione iniziale circa la non perfetta tenuta di alcune radicate posizioni della Cassazione in materia di potestà genitoriale, ribadite nelle sentenze in rassegna, le quali tuttavia, poiché finalizzate soprattutto a rimettere in discussione il solo profilo della non definitività di questi provvedimenti, non potrebbero, in ogni caso, portare ad un mutamento di rotta la Suprema Corte, posto che la soggezione al ricorso straordinario richiede che il provvedimento gravato possieda entrambe le condizioni a suo tempo indicate, per cui anche rimessa in discussione la definitività, l'accesso alla

tutela verrebbe negato per mancanza del requisito della decisorietà.

Tuttavia, anche in tale contesto, è stato possibile affermare che i provvedimenti assimilabili a quelli in esame - in quanto privi, nel merito, dei caratteri di decisorietà e definitività - sono soggetti al ricorso straordinario per cassazione, quando il provvedimento impugnato incida sul "diritto processuale di azione" di una delle parti (35). Nella sentenza in cui si trova meglio sviluppato quest'ultimo argomento, viene evidenziata la natura di diritto soggettivo processuale del "riesame della decisione da parte di un giudice sovraordinato", un diritto che per sua natura non potrebbe trovare sufficiente tutela attraverso l'ordinario rimedio della revoca o modifica del provvedimento camerale che abbia negato, in sede di reclamo, tale prerogativa processuale (36); di conse-

#### Note:

(continua nota 31)

nel senso che l'espressa previsione di stabilità del provvedimento, che è revocabile solo per fatti sopravvenuti, opera anche nei confronti del provvedimento negativo che può essere impugnato per Cassazione per essere discusso *rebus sic stantibus* (così testualmente Cass., sez. un., 16 ottobre 2006, n. 22216, cit.): non si comprende, infatti, come identici - e condivisibili - rilievi non siano stati mossi con riferimento alle fattispecie trattate negli artt. 332 o 335 c.c. per individuare uno speciale regime di stabilità anche per tali provvedimenti. Peraltro, nel senso di non riconoscere i caratteri della decisorietà e definitività a siffatti provvedimenti autorizzatori, si veda Cass. 4 marzo 2005, n. 4798, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

(32) Si tratta di un'opinione già espressa da autorevole dottrina, la quale ha efficacemente tracciato un limite all'applicazione indiscriminata dell'art. 742 c.p.c. nell'esistenza di una specifica disciplina che regola la possibilità di revoca del provvedimento camerale, cfr. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 53 ss., la cui prospettiva è successivamente condivisa da Cerino Canova, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 70 ss.

(33) Ed invero, in dottrina, considerate le caratteristiche indicate nel testo, si è apertamente ritenuta la soggezione dei provvedimenti in esame al ricorso straordinario ex art. 111 Cost. da parte di Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, 1486, richiamando a sostegno alcune precedenti decisioni in tal senso, tra cui, specialmente, Cass. 7 novembre 1985, n. 5408, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2700.

(34) Si richiamano le considerazioni di Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 167 ss.

(35) Si tratta di un orientamento che, ai fini della ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., prescinde dalla natura sostanziale delle posizioni coinvolte nel giudizio camerale, per riconoscere la tutela nei confronti di decisioni sul rito con le quali sia stato leso il diritto processuale di una delle parti, con specifico riguardo all'ipotesi in cui la Corte d'Appello, adita in sede di reclamo, abbia negato l'ammissibilità di tale mezzo di gravame: Cass. 24 marzo 1982, n. 1857, in *Foro it.*, 1982, I, 2259; Cass. 1 aprile 1982, n. 2004, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1028; Cass. 26 ottobre 1988, n. 5796, in *Giust. civ.*, 1989, I, 336, con nota di Lo Cascio; Cass. 3 maggio 1991, n. 4839, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 209, con nota di Dalmotto; Cass. 16 marzo 1993, n. 3127, in *Foro it.*, 1995, I, 975, con nota di Barone; in *Giust. civ.*, 1994, I, 2328; Cass. 5 ottobre 2000, n. 13271, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2181; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15834, in *Giust. civ.*, 2001, I, 632.

(36) L'esigenza di individuare il rimedio contro la decisione camerale con la quale sia stata violata il diritto processuale di una delle parti coinvolte nel procedimento è fortemente avvertita da Carratta, *Sulla tu-*

(segue)

guenza, a fronte del provvedimento non ulteriormente impugnabile che abbia violato il suddetto diritto processuale di azione, doveva ammettersi, anche in attuazione dell'art. 24 Cost., il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (37).

Occorre segnalare, peraltro, come all'orientamento appena citato si sia fin da subito contrapposto, nell'ambito della giurisdizione volontaria, un diverso modo di intendere il rapporto di autonomia tra la tutela di merito e quella processuale, nel senso che la seconda deve considerarsi sempre strumentale alla prima, per cui non sarebbe possibile che in procedimenti - quali quelli ablativi della potestà - destinati a sfociare in statuizioni di merito prive di decisorietà e definitività, tali caratteristiche possano riscontrarsi nelle decisioni che, negli stessi procedimenti, si siano limitate a risolvere una questione pregiudiziale di rito, ovvero abbiano implicitamente pronunciato sulla competenza o sulla giurisdizione (38).

Il contrasto è stato, quindi, composto dalle SS.UU. in senso favorevole all'orientamento più restrittivo, sul presupposto che una volta accertata la mancanza di decisorietà e definitività nel provvedimento camerale che abbia statuito o possa statuire sul merito, non v'è luogo a discutere se tali requisiti sussistano o meno nel caso di pronuncia a contenuto processuale, considerato che le norme processuali "di natura strumentale, non sono suscettibili di un dibattito distinto ed astratto, e, quindi, se attinenti ad un atto non decisorio su quel rapporto, né impugnabile, non possono essere autonomamente oggetto di impugnazione ed ulteriore discussione" (39), e tale indirizzo è stato poi ribadito, ancora a Sezioni Unite, proprio con riferimento ad un provvedimento reso in materia di esercizio della potestà genitoriale (40).

Come si vede, se riferita alle statuizioni a contenuto processuale, il presupposto per l'applicazione del ricorso straordinario assume caratteristiche particolari. Non importa più stabilire se in concreto quel provvedimento possieda o meno i caratteri della decisorietà e definitività, al punto che si giunge pacificamente ad ammettere che questo possa incidere sul diritto processuale di azione (e quindi, sotto tale profilo, abbia carattere decisorio), rilevando esclusivamente il regime di impugnabilità dell'eventuale provvedimento sul merito, per cui, accertato che quest'ultimo non avrebbe potuto essere soggetto a ricorso straordinario, allo stesso modo si deve negare l'accesso al rimedio quando la decisione si sia arrestata ancor prima della pronuncia sul merito, statuendo, anche solo implicitamente, su una questione pregiudiziale di rito.

Argomentando a contrario, non esiste un'incompatibilità tra il provvedimento camerale a contenuto processuale e la tutela di cui all'art. 111 Cost. (41), ma l'esperibilità del rimedio straordinario dipende dalla natura del provvedimento di merito che avrebbe dovuto

concludere, nelle intenzioni del legislatore, ciascun singolo procedimento camerale.

La soluzione accolta dalle SS.UU., e ribadita nelle decisioni che si commentano, è tutta imperniata sul rilievo della strumentalità delle norme processuali rispetto alla tutela di merito, la quale non potrebbe tollerare che la decisione sul processo goda di una garanzia - nel caso concreto rappresentata dall'esperibilità del ricorso straordinario - maggiore di quella prevista per la decisione di merito.

Tanto precisato, a nostro sommo avviso, nell'argomento che sorregge la decisione è possibile individuare alcuni profili che avrebbero meritato congruo svolgimento, tale da rendere convincente, sotto ogni punto vista, la soluzione propugnata dalla Corte.

Infatti, porre l'accento sulla strumentalità del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale, presuppone necessariamente che tale affermazione muova in un contesto processuale a carattere contenzioso, laddove diritto di azione (o meglio il complesso delle situazioni giuridiche nascenti dal processo e destinate a risolvere la loro efficacia in questo) e diritto sostanziale sono coordinati alla realizzazione della tutela giurisdizionale. Quando, invece, si tratti di procedimenti non contenziosi, che la stessa giurisprudenza inquadra nell'ambito della volontaria giurisdizione, in cui l'intervento del giudice è finalizzato "a controllare e governare l'interesse del minore di fronte all'incessante mutamento delle condizioni di fatto ed all'incalzare dei problemi esistenziali, che esi-

#### Note:

(continua nota 36)

tela del diritto soggettivo di natura processuale «inciso» dal provvedimento camerale, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 751 ss., il quale, tuttavia, esclude l'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., ritenendo che in tale circostanza sia esperibile, in sede contenziosa, l'*actio nullitatis* diretta a verificare la sola legittimità del provvedimento camerale; altri, prima ancora, aveva espresso l'opinione per cui l'invalidità del provvedimento camerale potesse trovare un argine nella disapplicazione dei provvedimenti stessi nel quadro di un sindacato contenzioso, cfr. Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 71.

(37) Così si esprime, in motivazione, Cass. 16 marzo 1993, n. 3127, cit.

(38) Sul punto, cfr. Cass. 22 aprile 1993, n. 4644, in *Foro it.*, 1995, I, 1925; Cass. 25 maggio 2000, n. 2145; Cass. 24 novembre 2000, n. 15173, in *Impresa*, 2000, 1949; Cass., sez. un., 25 gennaio 2002, n. 911, in questa *Rivista*, 2002, 367, con nota di Porcari; in *Foro it.*, 2002, I, 1007, con nota di Maltese; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2776, in *Foro it.*, 2002, I, 1718; fuori dal contesto della volontaria giurisdizione, ma ugualmente rilevanti ai fini della esclusione del rimedio straordinario: cfr. Cass. 3 marzo 1999, n. 1766; Cass. 21 giugno 1999, n. 6241, in *Foro it.*, 2000, I, 588, con nota di Gallo.

(39) Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3073, in *Foro it.*, 2003, I, 2090; in *Giur. it.*, 2003, 2016; in *Arch. civ.*, 2003, 917; in *Gius.*, 2003, 1453; in *Corr. Giur.*, 2004, 1209, con nota di Tiscini.

(40) Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, in questa *Rivista*, 2004, 165, con nota di Donzelli; in *Giur. it.*, 2004, I, 1, 1162, con osservazioni di Perilli.

(41) In tale senso, con molta chiarezza, cfr. Denti, *Norme sulla giurisdizione - La Magistratura*, cit., 25.

gono una pronta risposta con il duttile strumento del decreto camerale” (42), sembra inopportuno discutere di rapporti tra diritto di azione e diritto sostanziale, poiché è la stessa giurisprudenza a negare in radice la natura di diritto sostanziale della posizione soggettiva coinvolta nel procedimento camerale, in particolare quando esso sia destinato a sfociare in una misura ablativa o limitativa della potestà genitoriale (43).

In sostanza, nei procedimenti in esame, laddove si muova dalla loro considerazione in termini volontaria giurisdizione, è un controsenso affermare che il diritto di azione delle parti non può essere tutelato in virtù del vincolo di strumentalità che lo avvince ad una posizione sostanziale, la quale, d'altra parte, è ritenuta priva della consistenza del diritto soggettivo: se non vi è a monte il diritto sostanziale da tutelare non si potrà nemmeno pensare che esista un corrispettivo diritto di azione, perlomeno nel senso comune nel quale viene impiegata tale ultima espressione (44).

Si tratta, piuttosto, come è stato correttamente messo in luce da una parte della dottrina, di individuare quali siano le conseguenze della violazione delle norme processuali dettate per i procedimenti camerali di volontaria giurisdizione, ed in particolare quale debba essere il regime del provvedimento finale, nel quale, ai sensi dell'art. 159 c.p.c., siano confluite le nullità dei singoli atti compiuti (45).

Una prima soluzione potrebbe essere ricercata nel contesto della stessa procedura camerale, ammettendo che la revoca del provvedimento ai sensi dell'art. 742 c.p.c. (e prima ancora del reclamo ex art. 741 c.p.c.) possa essere disposta anche per far fronte alla nullità del decreto camerale, e questa sembra essere la strada che implicitamente viene indicata dalla giurisprudenza prevalente, la quale insiste in modo costante sulla natura precaria del provvedimento camerale. In tal caso il vizio della decisione non avrebbe mai una rilevanza esterna al procedimento camerale, nel quale sarebbero presenti idonei strumenti atti a garantire ai soggetti coinvolti nel procedimento il rispetto delle norme processuali (46).

Una tale prospettiva troverebbe, inoltre, conferma nella prevalente opinione della dottrina secondo cui il meccanismo dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione, previsto nell'ambito della giurisdizione contenziosa che si esprime in provvedimenti idonei al giudicato, non trova applicazione “per quei provvedimenti giudiziali ai quali non si addice il principio della cosa giudicata formale” (47), per cui nel caso in cui il provvedimento camerale sia viziato e non venga tempestivamente interposto il reclamo, la consumazione del rimedio non avrà l'effetto di consumare anche l'invalidità dell'atto, che sopravviverà e dovrà essere rimossa attraverso lo strumento della revoca (48).

A questa soluzione si è però contrapposta l'inidoneità strutturale del procedimento camerale a porre rimedio alle eventuali nullità verificatesi nel corso del

giudizio, da cui si è ricavata l'esigenza di individuare fuori del procedimento camerale i mezzi per contrastare i vizi del provvedimento, vuoi assumendo la possibilità di una sua disapplicazione (49) in sede contenziosa, vuoi ammettendo l'esperibilità contro il decreto camerale della controversa *actio nullitas* (50).

Peraltro, anche con riferimento a queste ultime due proposte, con le quali si realizza una sorta di e reintegrazione della procedura camerale col ricorso alla giurisdizione contenziosa, non si è registrata una concordia di opinioni, tanto che tuttora la questione appare decisamente controversa in seno alla nostra dottrina.

In definitiva, e tornando così all'oggetto di queste brevi considerazioni, la sistemazione dei procedimenti *de potestate* nell'ambito della volontaria giurisdizione, se per un verso consente alla giurisprudenza di argomentare agevolmente la non sindacabilità col ricorso straordinario degli eventuali *errores in procedendo* del provvedimento camerale, lascia tuttavia aperta la questione dei rimedi esperibili per far fronte ad eventuali nullità, in un contesto nel quale né la revoca né la disapplicazione contenziosa o la soggezione all'*actio nullitatis*, si mostrano in grado di colmare tale esigenza di tutela.

#### Note:

(42) Così, letteralmente, si esprime la prima delle due sentenze in rassegna.

(43) Cfr. le decisioni citate *supra* alle note nn. 6-7-8.

(44) Per la stretta dipendenza dell'azione tradizionalmente intesa con la lesione di un diritto, si leggano le classiche pagine del Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile* 2, rist., Napoli, 1957, 16 ss.

(45) Il punto è affrontato specialmente da Carratta, *Sulla tutela del diritto soggettivo di natura processuale «inciso» dal provvedimento camerale*, cit., 765; De Stefano, *Manuale di volontaria giurisdizione*, cit., 176 ss.; Donzelli, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, in questa *Rivista*, 2004, 168 ss.

(46) Nel senso che “il processo camerale puro, diversamente dai meri riti speciali, realizza un sistema chiuso ed autosufficiente, soggetto ad integrazioni (ad opera delle norme dettate dal c.p.c. per il processo civile contenzioso) solo in funzione di vere e proprie lacune come tali riconosciute dal suo interno”

(47) Così, Denti, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 28, nello stesso senso anche Mandrioli, *Diritto processuale civile* 19, IV, Torino, 2007, 335 ss.; Pagano, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli, 1996, 98.

(48) Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 229.

(49) Ugualmente favorevole alla disapplicazione in sede contenziosa, cfr. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 241 ss., il quale estende l'esame anche alle differenze tra il fenomeno in esame e quello, per certi profili analogo, della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi.

(50) Sono propensi ad ammettere l'*actio nullitatis* contro il provvedimento camerale che sia stato assunto in violazione delle regole processuali dettate per i procedimenti camerali: Micheli, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, cit., 359 ss.; Carratta, *Sulla tutela del diritto soggettivo di natura processuale «inciso» dal provvedimento camerale*, cit., 767; Grasso, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela* cit., 66, il quale, però, precisa che l'azione non potrebbe estendersi a quelle nullità che avrebbero potuto essere fatte valere con lo strumento del reclamo.



### Considerazioni conclusive

Le note che precedono hanno il chiaro intento di dimostrare come le due decisioni in commento giungano, seguendo un coerente *iter* logico, ad escludere l'ammissibilità del ricorso straordinario contro i provvedimenti incisivi della potestà parentale, pur muovendo da alcuni presupposti ricostruttivi sui quali abbiamo ritenuto di dover ricordare alcune posizioni contrastanti nell'ambito della dottrina e, prima ancora, nella stessa giurisprudenza della Corte, ancorché meno recente.

La prima questione sul campo, sebbene sia stata risolta da tempo nella giurisprudenza, è quella della natura giuridica delle posizioni coinvolte nei procedimenti in esame, la cui delicatezza ha frequentemente spinto gli interpreti a denunciare l'inadeguatezza della scelta del legislatore di trattare questi procedimenti secondo le forme camerale.

In proposito, come si è visto in precedenza, poiché la nozione di decisorietà accolta dalla giurisprudenza, al fine di individuare la decisione impugnabile ex art. 111 Cost., si presenta per un verso evanescente e, comunque, in grado di ricomprendere quelle statuizioni che abbiano anche "solo inciso" su posizioni di diritto soggettivo o sugli *status* personali, non sembra irragionevole auspicare una rinnovata considerazione delle vicende legate alla potestà genitoriale, che vedono coinvolti il diritto del minore e i diritti/doveri dei genitori, entrambi espressamente tutelati dalla nostra Legge Costituzionale.

Sotto altro profilo, è stato posto in rilievo come il concetto di decisorietà sia stato elaborato dalla giurisprudenza in stretta correlazione a quello della non definitività dei provvedimenti camerale, seguendo il ragionamento per cui un provvedimento revocabile in ogni tempo, ai sensi dell'art. 742 c.p.c., non sarebbe mai idoneo a tutelare stabilmente una posizione di diritto soggettivo. Per cui, pur ammettendo, in via astratta, che i provvedimenti *de potestate* possano incidere su posizioni assimilabili al diritto soggettivo, tuttavia realizzano tale effetto in modo assolutamente precario e ben lontano da quello tipico della cosa giudicata.

Si è visto, però, come l'espressa regolamentazione sostanziale della revoca di alcuni provvedimenti sulla potestà, specialmente si richiamano gli artt. 332 e 335 c.c., potrebbe valere quale indice della inapplicabilità a queste fattispecie del regime di revocabilità dettato, in via generale e per tutti i provvedimenti camerale, dal citato art. 742 c.p.c., con la conseguenza di attribuire a questa categoria di decisioni una marcata stabilità, ed assimilabile - pur con qualche forzatura - alla situazione nascente dalle sentenze *rebus sic stantibus*.

Non mancano, insomma, nei procedimenti sulla potestà genitoriale alcuni tratti caratteristici che, se opportunamente esaminati e sviluppati nella riflessione della dottrina e della giurisprudenza, potrebbero anche giustificare un ripensamento di alcune posizioni che già appaiono intoccabili nella giurisprudenza più recente.

In particolare, vogliamo insistere sulla quella nozione di decisorietà, radicata nella giurisprudenza, con cui si individua una decisione che abbia anche solo inciso su diritti soggettivi e *status*, per affermare che quando una tale situazione sia ravvisabile nell'ambito dei procedimenti sulla potestà genitoriale, deve ammettersi che perlomeno alcuni di essi, quelli cioè caratterizzati da un preciso regime di revoca del provvedimento finale, non possano dirsi privi di una stabilità di effetti sufficiente ad integrarne il requisito della definitività ed a giustificarne, quindi, la soggezione al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.

In stretta dipendenza con la prospettiva accolta attorno alla natura dei procedimenti *de potestate* si pone l'ulteriore questione, affrontata nelle decisioni che si commentano, circa l'individuazione dei mezzi di tutela contro il provvedimento camerale adottato in violazione delle norme processuali che regolano il relativo procedimento.

In tale prospettiva, il fermo insegnamento della Cassazione secondo cui i procedimenti in esame sarebbero espressione di volontaria giurisdizione, rende assolutamente coerente, ed esente da vizi logici, la conclusione ribadita nelle decisioni in esame, anche se - come rilevato - per attingere un tale risultato non era necessario, a nostro giudizio, scomodare il tradizionale argomento della strumentalità del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale, poiché quest'ultimo fenomeno appare caratterizzare in modo sicuro unicamente i procedimenti di natura contenziosa e non quelli che si vuole riferire alla volontaria giurisdizione, tra i quali la stessa Corte annovera, come sopra accennato, le misure limitative o ablative della potestà dei genitori.

## Assegno di divorzio

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 26 settembre 2007, n. 20204 - Pres. Adamo - Rel. San Giorgio

*Assegno di divorzio - Condizioni patrimoniali dell'ex coniuge onerato - Incrementi configuranti sviluppi prevedibili dell'attività lavorativa del coniuge durante il matrimonio - Rilevanza - Incrementi derivati all'obbligato da eventi eccezionali non collegati alle aspettative maturate nel corso del matrimonio - Esclusione*

(L. 1° dicembre 1970, art. 5)

Nella determinazione dell'importo dell'assegno divorzile, occorre tener conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiedi l'assegno, qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio, mentre non possono essere valutati i miglioramenti che scaturiscano da eventi autonomi, non collegati alla situazione di fatto e alle aspettative maturate nel corso del matrimonio e aventi carattere di eccezionalità, in quanto connessi a circostanze ed eventi del tutto occasionali ed imprevedibili.

... *Omissis* ...

### Motivi della decisione

Considerato

Che il ricorso è meritevole di accoglimento;

Che va, al riguardo, ribadito l'orientamento di questa Corte secondo il quale, nella determinazione dell'importo dell'assegno divorzile, occorre tener conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiedi l'assegno, qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio, mentre non possono essere valutati i miglioramenti che scaturiscano da eventi autonomi, non collegati alla situazione di fatto e alle aspettative maturate nel corso del matrimonio e aventi carattere di eccezionalità, in quanto connessi a circostanze ed eventi del tutto occasionali ed imprevedibili: tali non possono essere considerati i miglioramenti economici relativi all'attività di lavoro subordinato svolta

da ciascun coniuge durante la convivenza matrimoniale, i quali costituiscono evoluzione normale e prevedibile, ancorché non certa, del rapporto di lavoro (v. tra le altre, Cass., sentenze n. 19446 del 2005, n. 1487 del 2004);

Che, nella specie, il successo economico conseguito dal ricorrente circa dieci anni dopo la cessazione della convivenza matrimoniale è derivato dalla sua attività libero-professionale, la quale costituisce, rispetto alla precedente attività di pubblico dipendente, in qualità di Comandante provinciale dei vigili del fuoco, svolta in costanza di matrimonio, non già il frutto di un prevedibile sviluppo della carriera, ma un evento eccezionale, determinato dalla scelta di accedere al pensionamento anticipato e di dedicarsi alla professione autonoma, scelta all'evidenza non prevedibile sulla base di circostanze preesistenti e comportante assunzione di rischi;

... *Omissis* ...

## ASSEGNO DI DIVORZIO E PREVEDIBILITÀ DEGLI AUMENTI REDDITUALI di Eugenio Fazio

*La Suprema Corte con la sentenza in commento si occupa dei criteri di determinazione dell'assegno divorzile ed in particolare della valutazione degli eventuali miglioramenti economici dell'ex coniuge onerato, costituenti sviluppo prevedibile dell'attività svolta durante il matrimonio, escludendo di conseguenza i miglioramenti che si ricollegano ad eventi autonomi ed eccezionali.*

### Il caso

Con la pronuncia in esame la Corte di Cassazione torna ad occuparsi della questione della determinazione del *quantum* dell'assegno di divorzio e della incidenza su siffatta valutazione dei miglioramenti, rispetto al momento della pronuncia di divorzio, della situazione economica dell'ex coniuge obbligato alla corresponsione dello stesso.

Il Tribunale di Mantova, dichiarando la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, ha posto a carico dell'ex marito l'obbligo di corrispondere al-

la ex moglie un assegno, quale contributo al mantenimento della figlia, ed un'altra somma, quale assegno divorzile, in ragione della consistente sproporzione tra i redditi degli ex coniugi derivante dall'attività libero-professionale svolta dal marito, collocatosi anticipatamente in pensione quale pubblico impiegato, negli anni successivi alla separazione.

Il marito, impugnata la sentenza in appello, lamentava la condanna al versamento dell'assegno divorzile deducendo in particolare l'equivalenza della condizione economica della ex moglie rispetto alla propria al momento della separazione, la modestia del tenore di vita della famiglia alla stessa epoca ed ancora l'impossibilità di ricondurre i successivi incrementi reddituali alla pregressa esperienza lavorativa.

La Corte d'Appello di Brescia ha confermato sul punto la sentenza di primo grado quanto all'obbligo dell'ex marito di corresponsione all'ex moglie dell'assegno divorzile e ha sottolineato altresì che nella valutazione della situazione economica della famiglia, e dunque della condizione dell'ex coniuge richiedente l'assegno, è necessario considerare anche i miglioramenti reddituali dell'ex coniuge obbligato, conseguenza di aspettative formatesi durante la convivenza matrimoniale e della attività lavorativa svolta.

La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso proposto dal marito, cassa la sentenza impugnata e fissa il principio secondo il quale nella determinazione dell'importo dell'assegno divorzile risulta possibile contemplare solo i miglioramenti economici dell'obbligato all'assegno che costituiscano sviluppi prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio, rimanendo esclusi quelli non collegati alle aspettative maturate nel corso del matrimonio ed aventi carattere di eccezionalità.

Nel caso di specie, secondo la Corte, l'attività libero-professionale dell'ex marito non può costituire rispetto alla precedente attività di pubblico dipendente svolta in costanza di matrimonio la conseguenza di uno sviluppo prevedibile della carriera, bensì un evento eccezionale determinato dalla scelta del pensionamento anticipato e come tale comportante assunzione di rischi.

### Natura dell'assegno di divorzio

Prima di esaminare le argomentazioni della sentenza della Suprema Corte sul punto dei criteri di determinazione dell'assegno divorzile (1) è opportuno soffermarsi sulla qualificazione giuridica dell'assegno stesso ex art. 5, comma 6, della l. 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della l. 6 marzo 1987, n. 74.

Se prima della riforma veniva riconosciuta una valenza composita all'assegno divorzile, cioè assistenziale, compensativa e risarcitoria sulla base dei criteri incidenti sull'an e sul quantum enunciati dalla legge (condizioni economiche dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno

dei coniugi alla conduzione familiare) (2), a seguito delle modifiche suddette emerge il carattere assistenziale dell'emolumento in ragione della possibilità di attribuzione di questo esclusivamente al ricorrere del presupposto della assenza di mezzi adeguati o dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive (3), a prescindere dallo stato di bisogno correlato ad una mera obbligazione alimentare.

Nella prospettiva assistenzialistica prevalente l'attribuzione dell'assegno di divorzio appare finalizzato al mantenimento del tenore di vita goduto effettivamente in costanza di matrimonio così da proteggere il coniuge più debole (4) allo stesso modo dell'assegno in favore del coniuge separato ex art. 156 c.c., mentre un diverso indirizzo ricollega l'adeguatezza dei mezzi alla realizza-

### Note:

(1) Sulla natura e i presupposti dell'assegno di divorzio v. L. Barbiera, *Il matrimonio. Matrimonio civile, canonico, concordatario, degli acattolici, obblighi coniugali, separazione, divorzio, regimi patrimoniali del matrimonio*, Padova, 2006, 339 ss.; F. Pantaleoni, *Gli effetti del divorzio*, in *Separazione, divorzio, annullamento*, opera diretta da G. Sicchiero, Bologna, 2005, 217 ss.; G. Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. Bonilini - F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice Civile. Commentario* già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2004, 512 ss.; G. Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 246 ss.; A. Totaro, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, t. II, Milano, 2002, 1232 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, Milano, 2001, 243 ss.

(2) Il testo originario dell'art. 5, l. n. 898/1970, stabiliva che «con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro, periodicamente, un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno, il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi».

Sull'assegno di divorzio prima della riforma v. V. Scalisi, *Divorzio, persona e comunità familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 755-771, e in *Id.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post-moderno*, Milano, 2005, 339 ss., spec. 355 ss.

(3) Sul tema v. L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 98; M. Dogliotti, *Più luci che ombre nella riforma del divorzio*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 494. In senso contrario E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Digesto*, IV, *Disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, 537 ss.

In giurisprudenza v. Cass. 28 febbraio 2007, n. 4764, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 444; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4021, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 484; Cass. 7 maggio 2002, n. 6541, in questa *Rivista*, 2003, 228, con nota di G. Sciancalepore, *Assegno di divorzio o perdita di chance: la scelta della Cassazione*; Cass. 17 gennaio 2002, n. 432, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 38, con nota di E. Al Mureden, *In tema di adeguatezza dei redditi del coniuge divorziato*; Cass. 4 novembre 1997, n. 10791, in *Dir. fam.*, 1998, 891, con nota di M. De Robertis, *Assegno di divorzio ed adeguatezza dei mezzi economici tra tenore di vita in costanza di matrimonio e modello di vita autonoma e dignitosa*; Cass. 6 agosto 1997, n. 7269, in *Giur. it.*, 1998, I, 215, con nota di F. Parente, *L'assegno di divorzio tra tenore di vita paraconiugale ed esistenza libera e dignitosa*; Cass. 3 luglio 1997, n. 5986, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1126.

(4) V. in dottrina C. M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 243; A. Totaro, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1237. V. in giurisprudenza Cass. 17 marzo 1989 n. 1322, in *Giust. civ.*, 1989, I, 829; Cass. 4 maggio 2000, n. 5582, in questa *Rivista*, 2000, 505.

zione di un tenore di vita libero e dignitoso (5) e non equivalente a quello goduto durante la convivenza matrimoniale nel tentativo di evitare l'insorgenza di rendite parassitarie soprattutto nella fase della dissoluzione del vincolo coniugale (6).

Seguendo il primo orientamento, nella fase dell'*an*, cioè della individuazione dei presupposti per la concessione dell'assegno, non dovrebbero rilevare i criteri fissati dall'art. 5, ovvero quelli delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, considerati complessivamente anche in riferimento alla durata del matrimonio (7). Operandosi una scissione tra la fase della spettanza dell'assegno e quella della sua commisurazione, i criteri suindicati fungono da parametri integrativi idonei alla riduzione dell'ammontare dell'emolumento; la componente compensativa e quella risarcitoria vengono in evidenza in via succedanea e subordinatamente solo nella fase della determinazione del *quantum* sempre che si sia risolto favorevolmente l'accertamento giudiziale sulla presenza del presupposto principale, cioè l'impossibilità per il richiedente di mantenere un tenore di vita equiparabile a quello goduto in coesistenza di matrimonio.

Malgrado questa rigida separazione tra la fase dell'*an* e quella del *quantum* si è ritenuto, con una prospettiva critica rispetto alla soluzione dominante, che i criteri risarcitorio e compensativo possano operare nella prima fase, tanto da determinare in qualche caso un azzeramento dell'importo neutralizzando la funzione assistenziale (8).

L'attenuazione del contrasto tra la funzione assistenziale dell'assegno divorzile nella valutazione dell'*an* e quella degli altri criteri nell'accertamento del *quantum* (con la conseguente refluenza di taluni aspetti, ad esempio di natura compensativa, al momento dell'attribuzione dell'assegno stesso) dovrebbe valere a rimarcare la natura perequativa dell'assegno post-matrimoniale, che assume l'esigenza di non sottovalutare l'apporto collaborativo e partecipativo fornito dai coniugi durante la convivenza matrimoniale (9).

Pertanto le esigenze di tutela del coniuge più deboli impongono proprio nella fase della dissoluzione della vita familiare di operare un'equa distribuzione delle risorse patrimoniali, sì da non penalizzare proprio l'ex coniuge che, avendo deciso di dedicarsi prevalentemente durante la convivenza alla cura della famiglia e della prole, abbia rinunciato allo svolgimento di un'attività lavorativa produttiva di reddito (10).

In un'ottica compensativa l'importo dell'assegno può essere diminuito in presenza di un matrimonio di breve durata o di assenza di contribuzione da parte del coniuge richiedente; a soluzioni esattamente opposte si dovrebbe pervenire nel caso di una contribuzione consistente e protratta per lungo tempo (11).

### Determinazione dell'assegno e miglioramenti delle condizioni economiche dell'ex coniuge onerato

Se allora la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio può essere suscettibile di temperamenti attraverso l'applicazione di criteri di natura anche compensativa (12), una più persuasiva giustificazione trova la stessa sentenza in commento che, ripren-

#### Note:

(5) Cfr. T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2006, 229; G. Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 528; F. Macario, *Commento alla legge 6 marzo 1987*, n. 74, sub art. 10, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, 900 ss.

(6) V. in giurisprudenza Cass. 2 marzo 1990, n. 1652, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 895, con nota di R. Tommasini, *Primi "discutibili" orientamenti della Suprema Corte in tema di determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 925, con nota di S. Sotgiu, *Il concetto di "adeguatezza di mezzi" nell'attribuzione dell'assegno di divorzio*, in *Foro it.*, 1990, I, 1165, con nota di E. Quadri, *La Cassazione "rimedita" il problema dell'assegno di divorzio*.

(7) In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67, con note di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, e di V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; in *Giust. civ.*, 1991, I, 1223 con nota di A. Spadafora, *L'orientamento delle Sezioni unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*, e ivi, 1991, I, 2119, con nota di E. Bruschì, *Le Sezioni Unite e l'assegno di divorzio*; in *Dir. fam.*, 1991, 119, con nota di G. Nappi, *Sull'assegno di divorzio aleggia ancora il fantasma del matrimonio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 112, con nota di E. Quadri, *Assegnazione e quantificazione dell'assegno di divorzio*. V. anche sulla pronuncia C. M. Bianca, *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della Cassazione hanno deciso*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 221 ss. L'orientamento delle Sezioni unite è confermato *ex plurimis* da Cass. 2 luglio 2007, n. 14965, in questa *Rivista*, 2007, 1090, con nota di R. Russo, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento*; Cass. 17 maggio 2007, n. 11522, in questa *Rivista*, 2007, 949; Cass. 16 maggio 2005, n. 10210, in *Dir. e just.*, 2005, 25, 40; Cass. 19 marzo 2003, n. 4040, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 554; Cass. 4 giugno 2001, n. 7541, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2058; Cass. 15 maggio 2001, n. 6660, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 974; Cass. 15 gennaio 1998, n. 317, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 69; Cass. 1° dicembre 1993, n. 11860, in questa *Rivista*, 1994, 12, con nota di V. Carbone, *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio*.

(8) V. E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, cit., 72; Id., *Rilevanza della "durata del matrimonio" e persistenti tensioni in tema di assegno di divorzio*, in *Foro it.*, 1997, I, 1541 ss., in nota a Cass. 29 ottobre 1996, n. 9439.

(9) V. sul punto E. Quadri, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam.*, 2005, 1302 ss.; Id., *I rapporti patrimoniali tra i coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2006, I, 32 ss.

(10) V. Cass., 14 gennaio 2008, n. 593, in *Guida al diritto*, 2008, 5, 34.

(11) Una funzione compensativa si rileva anche nelle disposizioni riguardanti il diritto dell'ex coniuge divorziato alla pensione di reversibilità (art. 9, l. n. 898/1970), che spetta all'ex coniuge solo qualora sia titolare dell'assegno di divorzio e non sia passato a nuove nozze, e all'indennità di fine rapporto (art. 12 bis, l. n. 898/1970), ad una percentuale della quale ha diritto lo stesso per gli anni in cui il rapporto di lavoro sia coinciso con il matrimonio, se non passato a nuove nozze e in quanto titolare di assegno ai sensi dell'art. 5.

(12) Per una maggiore valorizzazione della funzione compensativa ed una conseguente revisione della giurisprudenza in tema di assegno di divorzio, in virtù del tendenziale fallimento della riforma del 1975 sul punto della perequazione patrimoniale tra i coniugi, dato il carattere derogabile del regime di comunione legale, v. E. Quadri, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, cit., 1310.

dendo l'iter argomentativo della giurisprudenza conforme della Suprema Corte (13), ricollega la valutabilità dei miglioramenti reddituali dell'ex coniuge onerato nella determinazione dell'assegno al loro porsi come sviluppo dell'attività svolta durante il matrimonio.

Il requisito ex art. 5, comma 6, della l. n. 898/1970 del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune (14) vale a sottrarre dall'ambito della valutazione i miglioramenti che non possano ricollegarsi alle aspettative maturate nel corso del matrimonio, cioè ai contributi personali e patrimoniali realizzativi della comunione di vita durante la convivenza coniugale; determinante appare altresì in tal senso il riferimento alla natura dell'attività svolta, al tipo di qualificazione professionale e alla collocazione sociale dell'onerato.

Nella considerazione dei miglioramenti delle condizioni economiche dell'ex coniuge onerato è necessario fare riferimento al parametro fondamentale di commisurazione del tenore di vita familiare, giacché soltanto un'attenta disamina della differenza tra le condizioni patrimoniali e reddituali dei coniugi in costanza di matrimonio e all'epoca dello scioglimento del vincolo coniugale consente di evidenziare eventuali peggioramenti reddituali dell'avente diritto all'assegno e specularmente aumenti nella posizione dell'obbligato tali da incidere sulla determinazione dell'importo dell'assegno (15). Nello stesso modo qualunque incremento anche minimo delle risorse dell'avente diritto può determinare la riduzione o l'eliminazione dell'assegno (16).

Tuttavia la valorizzazione della funzione compensativa ai fini dell'attribuzione dell'emolumento, che permette di ricomprendere nell'oggetto dell'accertamento giudiziale i miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiedi l'assegno, incontra il limite della prevedibilità e dell'eccezionalità degli eventi e delle circostanze da cui scaturiscono gli stessi aumenti patrimoniali.

### Prevedibilità degli aumenti reddituali e rapporto di causalità

Sulla base della problematica distinzione tra eventi prevedibili ed imprevedibili e del conseguente criterio della prevedibilità (17) si è ritenuto, nella sentenza in commento, che tra i miglioramenti suscettibili di valutazione non possano rientrare quelli derivanti da circostanze occasionali e non rappresentabili preventivamente; in tal senso l'attività libero-professionale esercitata dall'ex marito al momento del divorzio non po-

I, 743, con nota di E. Al Mureden, *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte*, in *Dir. e giust.*, 2004, 8, 23, con nota di G. Dosi; Cass. 8 febbraio 2000, n. 1379, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 267, in *Dir. e giust.*, 2000, 6, 6, con nota di C. Ubaldi; Cass. 28 gennaio 2000, n. 958, in *Giust. civ.*, 2000, I, 679, in questa *Rivista*, 2000, 586, con nota di S. Merello, *Assegno divorzile: presupposti per la revisione*; Cass. 29 aprile 1999, n. 4319, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 978; Cass. 25 agosto 1998, n. 8427, in questa *Rivista*, 1999, 32, con nota di M. Montanari, *Diritto all'assegno divorzile e giudizio camerale di revisione della sentenza di divorzio*; Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 620; Cass. 26 giugno 1997, n. 5720, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1064; Cass. 10 giugno 1997, n. 5194, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 957; Cass. 18 marzo 1996, n. 2273, in questa *Rivista*, 1996, 439, con nota di G. Amadio, *Indennità di fine rapporto e diritti del coniuge divorziato: elementi della fattispecie e successione di leggi nel tempo*.

(14) Per una indagine comparatistica sulla soluzione del problema della compensazione del coniuge economicamente debole nell'ambito di matrimoni di lunga durata v. E. Al Mureden, *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte*, cit., 750. In giurisprudenza v. Cass., 11 ottobre 2006, n. 21805, in questa *Rivista*, 2007, 229, con nota di E. Al Mureden, *Crisi del matrimonio, famiglia destrutturata e perduranti esigenze di perequazione tra coniugi*.

Più in generale per un'inquadramento della disciplina del divorzio nell'ambito del diritto europeo della famiglia v. S. Patti, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Famiglia*, 2005, I, 337 ss.; Id., *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, I, 529 ss., e in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, 461 ss.

(15) Per tenore di vita matrimoniale deve intendersi quello che i coniugi hanno tenuto o avrebbero potuto tenere in base ai loro redditi, non quello eventualmente più morigerato, frutto di tolleranza, imposizione o anche di accordo: v. Cass. 15 maggio 2001, n. 6660, cit.

Per la valutazione dell'adeguatezza o meno dei mezzi del coniuge richiedente alla conservazione del tenore di vita precedente Cass. 16 luglio 2004, n. 13169, (in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1675) afferma che il giudice del merito può tenere conto della situazione reddituale e patrimoniale della famiglia al momento della cessazione della convivenza, quale elemento induttivo da cui desumere, in via presuntiva, il precedente tenore di vita e può, in particolare, in mancanza di prova da parte del richiedente, fare riferimento, quale parametro di valutazione del pregresso stile di vita, alla documentazione attestante i redditi dell'onerato. All'interno della valutazione dei redditi si deve tenere conto anche di tutti i cespiti patrimoniali, compresi quelli improduttivi, suscettibili comunque di essere diversamente impiegati o convertiti. V. da ultimo Cass. 31 maggio 2007, n. 12763, in questa *Rivista*, 2007, 949.

(16) La possibilità per il coniuge richiedente di beneficiare di aiuti economici da parte della famiglia di origine e la sussistenza di una convivenza all'interno della quale sia configurabile uno stabile mantenimento da parte dell'altro partner costituiscono elementi idonei a produrre l'eliminazione o la riduzione dell'assegno; v. sul tema in giurisprudenza Cass. 10 novembre 2006, n. 24056, in questa *Rivista*, 2007, 329, con nota di F. Astiggiano, *Convivenza more uxorio con un terzo e diritto all'assegno divorzile da parte dell'ex coniuge onerato: problematiche e prospettive*; Cass. 24 novembre 1999, n. 13053, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2343; Cass. 5 giugno 1997, n. 5024, in questa *Rivista*, 305, con nota di V. Carbone, *Determinazione del quantum dell'assegno e rilevanza della convivenza more uxorio*; Cass. 30 ottobre 1996, n. 9505, in questa *Rivista*, 1997, 29, con nota di G. Ferrando, *Assegno di divorzio e convivenza more uxorio*.

Per l'incidenza, invece, ai fini della quantificazione dell'assegno di divorzio, della formazione di una nuova famiglia da parte dell'ex coniuge onerato della corresponsione dell'assegno v. Cass. 12 ottobre 2006, n. 21919, in questa *Rivista*, 2007, 596, con nota di S. La Rosa, *Quantificazione dell'assegno di divorzio e rilevanza della formazione di una nuova famiglia*.

(17) Per una valorizzazione del criterio della durata del matrimonio, che consenta di individuare le aspettative sugli incrementi reddituali rilevanti ai fini dell'attribuzione dell'assegno e preceda la valutazione sulla prevedibilità dell'incremento stesso, v. E. Al Mureden, *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali del coniuge economicamente forte*, cit., 752.

#### Note:

(13) V. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19446, in *Foro it.*, 2006, I, 1362, con nota di G. Casaburi, in questa *Rivista*, 2006, 621, con nota di S. Merello, *Presupposti e criteri di valutazione dell'assegno di divorzio*; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1487, in questa *Rivista*, 2004, 237, con nota di A. Liuzzi, *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004,

trebbe costituire il prevedibile sviluppo della carriera dallo stesso svolta nella pubblica amministrazione durante la convivenza matrimoniale, bensì un evento eccezionale determinato dalla scelta di accedere al pensionamento anticipato e di seguire la professione autonoma.

In giurisprudenza si ritiene ad esempio che non possano ricomprendersi tra i suddetti miglioramenti quelli dovuti ad eredità ricevute dall'onerato dopo il divorzio, non ponendosi i relativi incrementi reddituali in collegamento con il tenore di vita matrimoniale; se difatti le successioni ereditarie che si verificano in costanza di convivenza tra i coniugi rilevano ai fini della determinazione del *quantum* dell'assegno dovuto dall'onerato, quelle che si collocano dopo non sono idonee ad ingenerare affidamenti economici (18).

Specularmente i miglioramenti economici relativi all'attività di lavoro subordinato svolta dai coniugi durante la convivenza rappresentano evoluzione prevedibile del rapporto di lavoro, non potendosi conseguentemente considerare eccezionali gli incrementi patrimoniali dovuti a emolumenti quali i compensi per lavoro straordinario o i premi di presenza e di produttività (19), come quelli collegati non soltanto ad automatismi di carriera e di anzianità professionale ma esclusivamente alle capacità personali (20).

In via più generale quindi ai fini della commisurazione dell'assegno non può tenersi conto dei maggiori redditi guadagnati dall'obbligato al momento della sentenza di divorzio, a prescindere dalle aspettative sorte nel pregresso periodo di vita coniugale, sicché lo svolgimento di un'attività lavorativa da parte dell'onerato dopo la cessazione della convivenza coniugale, radicalmente diversa rispetto a quella pregressa, difficilmente dovrebbe aver suscitato nel richiedente significativi affidamenti.

Ciò stante, risulta opportuna una puntuale definizione del concetto di prevedibilità, per cui soccorrono gli argomenti elaborati nel campo risarcitorio, laddove il principio della causalità materiale e della equivalenza delle cause, di origine penalistica, trova il suo temperamento nella causalità efficiente, basata sul criterio della adeguatezza e della regolarità causale. La conseguenza deve trovarsi con il suo antecedente necessario in un rapporto di sequenza costante, in quanto prevedibile secondo un giudizio oggettivo di probabilità *ex ante* (21).

Difatti una valutazione della prevedibilità in termini esclusivamente soggettivistici, cioè sulla base della capacità di rappresentazione o di previsione degli eventi da parte dell'agente concreto, rischia di condurre ad applicazioni incerte e variabili, sicché soltanto un accertamento della causalità condotto in termini rigorosamente oggettivi consente di evidenziare l'evoluzione normale e probabile dei rapporti giuridici contrassegnati dalla durata nel tempo.

L'insorgenza di un evento straordinario e imprevedibile si colloca in questo contesto al di fuori dell'ordi-

nario svolgersi degli accadimenti in ragione proprio del carattere dell'eccezionalità, che interrompendo il normale decorso causale pone in evidenza l'impossibilità di ricondurre l'evento verificatosi in concreto all'attività posta in essere originariamente. La qualificazione dell'eccezionalità e occasionalità dell'evento segue poi all'apprezzamento delle circostanze preesistenti che rappresentano il contesto di riferimento all'interno del quale si realizza la condotta iniziale.

Per quanto detto risulta evidente come nella commisurazione dell'assegno divorzile possano essere considerati i miglioramenti reddituali del coniuge onerato, che si pongano quali sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio e soprattutto dell'affidamento e delle aspettative dell'altro coniuge più debole, conseguenti alla collaborazione e contribuzione intesa in senso lato dallo stesso profusa durante il *menage* familiare.

L'esclusione dei miglioramenti economici, scaturiti da eventi autonomi e non collegati alle aspettative formatesi nel corso del matrimonio, come nel caso della sentenza in esame, si giustifica allora non solo perché gli incrementi reddituali del coniuge nei cui confronti si chiede l'assegno (peraltro qui conseguiti a notevole distanza di tempo dalla cessazione della convivenza matrimoniale) non possono correlarsi all'attività lavorativa precedente ma anche per l'inidoneità a svolgere una funzione compensativa in assenza di aspettative rilevanti maturate nel corso del matrimonio.

In definitiva, ove non si valorizzasse la componente compensativa dell'assegno divorzile per rimarcare la natura esclusivamente assistenziale, la determinazione di esso sarebbe insensibile alle dinamiche reddituali dell'ex coniuge onerato, dovendo cristallizzarsi sulle condizioni economiche dei coniugi e sul loro conseguente tenore di vita all'atto della cessazione della convivenza coniugale.

#### Note:

(18) V. Cass. 30 maggio 2007, n. 12687, in *Dir. fam.*, 2007, 1654; Cass. 18 marzo 1996, n. 2273, cit. Per l'esclusione dall'ambito dei miglioramenti, rilevanti ai fini della determinazione dell'assegno, dell'indennità percepita per una carica elettiva assunta dal coniuge onerato successivamente alla separazione, in ragione della mancata prova del carattere di prevedibilità dell'incremento economico, v. Cass. 28 gennaio 2004, n. 1487, cit.

(19) V. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19446, cit.

(20) V. Cass. 8 febbraio 2000, n. 1379, cit.

(21) Sulla generalizzazione del modello della prevedibilità cfr. C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista di diritto civile, svoltosi a Treviso, nei giorni 23-24-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 81 ss., spec. 94 ss. Sui diversi significati della causalità giuridica v. A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7 ss.