

# **TI\_GERICHTE 11.2001.23 vom 12. Oktober 2001**

TI Tribunale d'appello, 2001-10-12, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_11.2001.23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_11.2001.23)

FR: TI\_GERICHTE 11.2001.23 du 12 octobre 2001

IT: TI\_GERICHTE 11.2001.23 del 12 ottobre 2001

## **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto (1° gennaio 2000: RU 1999 pag. 1142) il divorzio è retto dalla legge nuova (art. 7 a cpv. 1 tit. fin. CC). Questa si applica a tutti i processi “che devono [ancora] essere giudicati da un'istanza cantonale” (art. 7 b tit. fin. CC). Le parti medesime si dipartono a ragione del resto, come il Pretore, dal medesimo principio.

### **E. 2**

Rilevata l'applicabilità del nuovo diritto, il Pretore ha accertato che in concreto le parti vivono separate dal maggio del 1996. E siccome il 1° gennaio 2000 non era ancora decorso il periodo di quattro anni prescritto dall'art. 114 CC, non poteva essere trattata come azione unilaterale né quella principale della moglie (intesa alla separazione) né quella riconvenzionale del marito (intesa al divorzio). Che quest'ultimo chiedesse lo scioglimento del matrimonio – ha continuato il primo giudice – ancora non significava che egli consentisse alla separazione, come pretendeva la moglie, e non bastava dunque per applicare alla riconvenzione la procedura relativa al divorzio su richiesta comune (art. 116 CC). Infine il Pretore ha scartato gli estremi di un caso di rigore, la relazione extraconiugale allacciata dal convenuto (poco importa se prima o dopo la separazione di fatto) non essendo sufficiente per integrare i presupposti dell'art. 115 CC. In definitiva il Pretore non ha ravvisato né i requisiti per una separazione né quelli per un divorzio, onde la caducità delle domande riguardanti gli effetti dell'una o dell'altro.

### **E. 3**

L'appellante chiede per la prima volta in questa sede che sia pronunciato il divorzio, sostenendo di avere postulato la separazione ancora nel memoriale conclusivo dinanzi al Pretore nella “non recondita speranza” di salvare il matrimonio (appello, pag. 7 in alto). Asserisce nondimeno che, giusta l'art. 138 cpv. 2 CC, un'azione di separazione può essere mutata in azione di divorzio alle condizioni disposte dal diritto cantonale, che la procedura ticinese ha sempre autorizzato una tale mutazione anche al dibattimento finale davanti al Pretore e che, di conseguenza, ciò deve valere anche in appello, l'art. 321 cpv. 1 lett. a CPC riservando l'applicazione dell'art. 75. A suo parere, anzi, l'art. 138 cpv. 2 CC denota una lacuna, poiché consente di passare in ogni tempo da una domanda di divorzio a una domanda di separazione, ma non regola l'ipotesi inversa. Comunque sia – essa continua – nella fattispecie la mutazione dell'azione di separazione in azione di divorzio è ammissibile anche in virtù di un fatto nuovo (nel senso dell'art. 138 cpv. 1 CC), avendo essa avuto modo di persuadersi che ormai il matrimonio è destinato allo scioglimento, in particolare dopo

essersi resa conto che il marito non intende aderire alla separazione. Da ultimo l'appellante censura la sentenza impugnata siccome nulla con l'argomento che il Pretore – “vista la particolarissima situazione nel caso concreto” – non avrebbe dovuto procedere al dibattimento finale in assenza di lei né, tanto meno, concedere al marito la messa a verbale dell'arringa.

#### **E. 4**

L'art. 138 cpv. 2 CC stabilisce che “l'azione di divorzio può essere tramutata in ogni tempo in azione di separazione”, soccorrendone le premesse anche in una procedura su richiesta comune ( Sutter/Freiburghaus , Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 24 e 26 ad art. 138 CC). La mutazione è possibile pure in appello e persino davanti al Tribunale federale (FF 1996 I 152, n. 234.5 in fine; Sutter/Freiburghaus , op. cit., Zurigo 1999, n. 27 ad art. 138 CC; Werro , Concubinage, mariage et démariage, Berna 2000, pag. 193 n. 893). Tutto ciò allo scopo di salvaguardare il matrimonio ( in favorem matrimonii : FF 1996 I 152, nota 440 con rinvii; Micheli/Nordmann/Jaccottet/Tissot/Crettaz/ Thonney/Riva , Le nouveau droit du divorce, Losanna 1999, pag. 179 nota 9; Leuenberger in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basilea 2000, n. 8 ad art. 138 CC). L'imperativo di tutelare il matrimonio, che sgorga dal diritto sostanziale, non vale evidentemente nell'ipotesi inversa, ovvero nel caso in cui si tratti di mutare un'azione di separazione in azione di divorzio ( Spühler , Neues Scheidungsverfahren, Zurigo 1999, pag. 49). Per tale motivo l'art. 138 cpv. 2 CC regola unicamente la trasformazione di un'azione di divorzio in azione di separazione. A torto l'appellante crede dunque di intravedere nella citata norma una lacuna di legge.

#### **E. 5**

Per quanto attiene alla mutazione di un'azione di separazione in azione di divorzio, il diritto federale pone un solo principio: quello per cui “davanti all'istanza cantonale superiore” vanno ammessi fatti e mezzi di prova nuovi, come pure nuove conclusioni, purché fondate a loro volta su fatti o mezzi di prova nuovi (art. 138 cpv. 1 seconda frase CC). Il resto è disciplinato dal diritto cantonale (S utter/Freiburghaus , op. cit., n. 30 ad art. 138 CC; v. anche Sutter-Somm , Neuerungen im Scheidungsverfahren, in: Hausheer, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berna 1999, pag. 228 nota 39; Micheli/Nordmann/Jaccottet/Tissot/Crettaz/ Thonney/Riva , op. cit., pag. 179 n. 808; Werro , op. cit., pag. 192 n. 890). Nel Ticino l'art. 423 b cpv. 2 CPC autorizza fatti nuovi, mezzi di prova nuovi e nuove conclusioni fondate su fatti o mezzi di prova nuovi “al più tardi con la presentazione dell'appello, rispettivamente della risposta”. In prima sede l'art. 423 a cpv. 1 CPC conferisce analoga facoltà “entro trenta giorni dall'assunzione delle prove ammesse all'udienza preliminare”. In sostanza il legislatore ticinese si è limitato a esplicitare la regolamentazione “minima” del diritto federale, rinunciando a sospingersi oltre.

#### **E. 6**

Sotto l'egida del cessato diritto la giurisprudenza ticinese autorizzava invero la mutazione di una domanda di separazione in domanda di divorzio anche al dibattimento finale, senza particolari formalità (Rep. 1981 pag. 77; I CCA, sentenze dell'11 gennaio 1994 in re C., consid. 1; del 25 marzo 1997 in re S., consid. 3; del 26 febbraio 1999 in re M., consid. 3). A prescindere dal fatto però che il principio non consta essere mai stato esteso alla giurisdizione di appello, tale prassi risulta ormai superata. Attualmente l'art. 423 b cpv. 2 CPC autorizza nuove conclusioni in appello – come detto – solo ove tali conclusioni siano

fondate su mezzi di prova nuovi. Invano l'appellante evoca perciò l'art. 321 cpv. 1 lett. a CPC, che nonostante il divieto di mutare l'azione riserva le modifiche consentite dall'art. 75 CPC. Per tacere del fatto che la citata riserva sembra riferirsi alla sola lett. c dell'art. 75 CPC ( Anastasi , Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile, Zurigo 1981, pag. 85 in fondo), estranea al caso in esame, la trasformazione di un'azione di separazione in azione di divorzio poteva ritenersi una modifica consentita dall'art. 75 CPC – se mai – a mente della vecchia giurisprudenza. Oggi però l'art. 423 b cpv. 2 CPC prevale sulla norma generale dell'art. 321 CPC ( Cocchi/Trezzini, Codice di procedura civile massimato e commentato, Lugano 2000, n. 1 ad art. 423 b CPC). Per di più, contrariamente all'opinione dell'interessata, la separazione non è un semplice minus , bensì un aliud rispetto al divorzio ( Sutter/Freiburghaus , op. cit., n. 25 ad art. 138 CC con rimando). La trasformazione di un'azione di separazione in azione di divorzio non è quindi una semplice “estensione”, come essa pretende.

#### **E. 7**

Afferma l'appellante che in concreto la modifica dell'azione di separazione in azione di divorzio è ammissibile, sia come sia, in forza dell'art. 138 cpv. 1 CC, poiché successivamente alla sentenza del Pretore è subentrato un fatto nuovo, ovvero la sua consapevolezza di non poter più salvare il matrimonio, in particolare dopo essersi resa conto che il marito non intende aderire alla separazione. Meri cambiamenti d'opinione non bastano tuttavia per connotare un fatto nuovo. Se così fosse, del resto, l'art. 423 b cpv. 2 CC risulterebbe praticamente svuotato di senso e scopo, giacché un semplice ripensamento soggettivo sarebbe sufficiente – alla stregua di fatto nuovo – per giustificare la conversione di un'azione di separazione in azione di divorzio. Su questo punto l'appello non merita altro approfondimento.

#### **E. 8**

L'appellante sembra insistere sulla nozione che un coniuge convenuto, chiedendo il divorzio in via riconvenzionale, aderisca implicitamente alla separazione postulata dall'altro coniuge (appello, pag. 7 a metà). Se non che, come si è appena accennato, la tesi è manifestamente destituita di fondamento. Divorzio e separazione sono istituti distinti, di modo che una riconvenzione di divorzio non implica in alcun caso un consenso alla petizione di separazione, né giustifica l'applicazione dell'art. 116 CC ( Rhiner , Die Scheidungsvoraussetzungen nach rediviertem schweizerischem Recht [Art. 111–116 ZGB], Zurigo 2001, pag. 343; Fankhauser in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht , Basilea 2000, n. 15 ad art. 116 CC). Che l'entrata in vigore del nuovo diritto vanifichi la lunga istruttoria condotta dalle parti davanti al Pretore per lo scioglimento del regime dei beni è una conseguenza intrinseca alle norme del diritto transitorio. Per ovviare a tale inconveniente sarebbe bastato del resto che in primo grado l'interessata aderisse al divorzio chiesto dal marito. La riconvenzione di quest'ultimo essendo ormai stata respinta, senza che il marito sia insorto davanti a questa Camera, ciò non è più possibile nell'attuale sede.

#### **E. 9**

Da ultimo l'appellante censura di nullità la sentenza impugnata, facendo valere che il Pretore non avrebbe dovuto procedere al dibattimento finale in assenza di lei, né tanto meno concedere al marito la messa a verbale dell'arringa, l'art. 282 CPC disponendo che il verbale indichi “solamente il fatto delle arringhe avvenute senza farne alcun sunto”. Ora, giovi ricordare che il 28 giugno 2000 l'interessata ha inviato al Pretore il suo memoriale

conclusivo (act. XXI) insieme con una lettera accompagnatoria (nel fascicolo “corrispondenza”) in cui comunicava che non avrebbe presenziato al dibattimento finale. A tale udienza, del 10 luglio 2000, si è presentato così il solo marito e correttamente il Pretore ha proceduto “come all'art. 135 cpv. 1 CPC”, cioè alla presenza della sola parte comparsa (art. 280 cpv. 4 prima frase CPC). Certo, a rigore il Pretore avrebbe dovuto – dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto – assegnare alle parti un termine per formulare eventuali nuove conclusioni e indicare nuovi mezzi di prova (art. 515 a cpv. 2 CPC). Nel suo memoriale conclusivo del 28 giugno 2001 però l'attrice si è spontaneamente espressa sull'applicazione della legge nuova e non ha subito pertanto alcun pregiudizio. Se essa è rimasta assente al dibattimento finale (ove avrebbe potuto replicare: art. 281 cpv. 1 CPC), ciò è dovuto a sua libera scelta. Sotto questo profilo il caso in esame non denota pertanto alcunché di “particolarissimo” (appello, pag. 7) e l'operato del primo giudice resiste alla critica.

#### **E. 10**

Più delicata è la questione di sapere se il Pretore potesse autorizzare la messa a verbale (act. XXII) non solo delle conclusioni del convenuto, ma anche dei motivi per cui questi si opponeva – sulla scorta del nuovo diritto – alla separazione chiesta dalla moglie (una quindicina di righe). Dato il tenore categorico dell'art. 282 CPC, la risposta dovrebbe essere negativa. Resta il fatto nondimeno che, quand'anche il Pretore sia caduto in un eccesso di verbalizzazione, ciò non comporta ancora la nullità della sentenza impugnata. A norma dell'art. 142 cpv. 1 CPC un vizio di forma inficia la validità di un atto solo se quest'ultimo difetta di un presupposto processuale (lett. a), se comporta una violazione del diritto di essere sentito (lett. b) o se la nullità è espressamente comminata dalla legge (lett. c). Nessuna delle tre ipotesi ricorre in concreto. Per il resto la sentenza impugnata non appare nemmeno annullabile (art. 143 CPC). Non solo l'appellante non pretende di avere patito un pregiudizio non altrimenti riparabile se non con l'annullamento della medesima (cpv. 1), ma dopo essersi visto notificare il verbale egli ha lasciato che il Pretore emanasse il giudizio – 6 mesi dopo – senza nulla eccepire (cpv. 2). Anche a tale proposito l'appello si rivela perciò destinato all'insuccesso.

#### **E. 11**

Gli oneri processuali seguono il principio della soccombenza (art. 148 cpv. 1 CPC), ritenuto che a titolo di equità la tassa di giustizia è volutamente ridotta per rapporto a quanto prevede l'art. 24 lett. a LTG. Il convenuto, che ha introdotto osservazioni all'appello con l'assistenza di un legale, ha diritto a un'adeguata indennità per ripetibili. Per questi motivi, vista sulle spese anche la tariffa giudiziaria, pronuncia: 1. L'appello è respinto e la sentenza impugnata è confermata. 2. Gli oneri processuali, consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 450.– b) spese fr. 50.– fr. 500.– sono posti a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte fr. 900.– per ripetibili. 3. Intimazione a: – avv. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_; – avv. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 6. Per la prima Camera civile del Tribunale d'appello La presidente La segretaria