

Ne bis in idem: modifica delle condizioni di separazione ex art. 710 c.p.c. e divorzio (improcedibile il primo, se instaurato il secondo) commento a decreti del Tribunale di Genova, 31.01.2012 e 21.02.2012)

Il Tribunale di Genova si è recentemente pronunciato circa la procedibilità o meno del ricorso per la modifica delle condizioni di separazione che sia stato depositato in concomitanza temporale con il procedimento di divorzio.

Con decreto 31.01.2012 il Tribunale di Genova ha ritenuto sussistere rapporto di continenza tra la causa promossa ex art. 710 c.p.c. e quella di divorzio introdotta qualche giorno dopo, affermando che nell'ambito di quest'ultimo procedimento verranno necessariamente trattati anche i temi oggetto della modifica (nella specie, domande di affidamento, collocazione della prole, relativo mantenimento e provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.).

Con decreto 21.02.2012 (entrambi qui leggibili, in formato pdf) il Tribunale ha ritenuto improcedibile la causa introdotta ex art. 710 c.p.c. qualche giorno prima del deposito del ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio "dovendosi affermare che, instaurato il giudizio per divorzio, anche la cognizione del precedente ricorso per la modifica delle condizioni della separazione spetta al giudice investito del giudizio di divorzio".

Entrambe le decisioni, richiamano i principi espressi dalla Corte di Cassazione n. 7488/1994 e 28990/2008.

Le decisioni si prestano a talune riflessioni.

Il procedimento per la modifica delle condizioni di separazione è regolato dall'art. 710 c.p.c. in base al quale " le parti possono sempre chiedere, con le forma del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei

provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole”.

Il procedimento ex art. 710 c.p.c. può essere richiesto in ogni tempo (art. 155 c.p.c.) nel presupposto dell'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza che ho pronunciato la separazione (Cass. 16398/2007) o dell'avvenuta omologa della separazione consensuale e richiede che siano prospettati e dimostrati fatti sopravvenuti rispetto alle circostanze valutate in sede di separazione (giudiziale passata in giudicato od omologata).

Il procedimento risponde alla necessità che nel diritto di famiglia i provvedimenti siano dati rebus sic stantibus, ammettendone la modificabilità allorché i presupposti di fatto su cui i provvedimenti siano stati resi, siano mutati.

Risponda anche ad altro principio, secondo cui la modificabilità dei medesimi provvedimenti non può essere operata direttamente dalla parte, ma abbisogni sempre di una richiesta in tal senso al Giudice e di un conseguente suo pronunciamento.

Siffatta scansione, è suscettibile tuttavia di determinare la contemporanea pendenza di due giudizi.

Escluso, ovviamente, che potessero essere disposti provvedimenti “doppi” (non può chiedersi per lo stesso periodo la concessione di due assegni: Cass. 7488/1994) si è quindi domandato quale dei due provvedimenti far prevalere sull'altro e la giurisprudenza, da tempo risalente, ha optato per la scelta di ritenere che la doppia domanda si possa unificare in una sola, “convertendo” il contributo di mantenimento del coniuge separato in assegno provvisorio ai sensi della legge 898/1970 e successive modificazioni (Cass. 515/1986).

Detta conversione, comporta che le due domande originarie in realtà si eguagliano, consistano in "identica domanda" così richiamando il principio del "ne bis in idem", per cui è preclusa la proposizione della stessa domanda, in tempi diversi e dinanzi a due giudici, ad evitare contrasto interno di giudicati (cfr. Cass. SS.UU. 8527/2007; Cass. 20111/2006).

Di qui l'improcedibilità del ricorso ex art. 710 c.p.c. a favore del giudice del divorzio, che successivamente sia stato instaurato.

Così testualmente si è pronunciata Cass. 28990/2008, richiamata dal Tribunale di Genova:

"In tema di assegno di mantenimento, deve ritenersi ammissibile, stante l'opportunità del simultaneus processo innanzi allo stesso giudice per la definizione delle questioni patrimoniali connesse, la proposizione della domanda di adeguamento dell'assegno di separazione nel corso del giudizio di divorzio, poiché questo è dovuto fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio; con la conseguenza che può convertirsi il contributo al mantenimento del coniuge separato in assegno provvisorio ai sensi dell'art. 4 l. 1 dicembre 1970 n. 898 e con l'ulteriore conseguenza che, in pendenza del giudizio di divorzio, deve ritenersi preclusa dal divieto del ne bis in idem la medesima richiesta proposta in sede di modifica dei patti della separazione".

Sotto il profilo pratico, la conversione dell'un assegno nell'altro è indubbiamente giustificata da ragioni di celerità del procedimento, dall'opportunità che uno stesso giudice esamini e decida nel merito, da principi tendenti all'unificazione del processo di famiglia.

Tali vie interpretative, del resto, ben si colgono nella legge 64/2006, laddove i

provvedimenti riguardanti la prole debbono obbedire alle medesime disposizioni di legge, indipendentemente dal tipo di processo che riguarda i genitori.

Viene, peraltro, da chiedersi se, limitatamente ai provvedimenti concernenti il coniuge, sia corretto operare una "conversione" tra due assegni differenti tra loro nella natura e se conversione vi debba essere in pendenza di giudizio di divorzio, se le disposizioni economiche temporanee da adottarsi debbano essere stabilite sulla base dei criteri del mantenimento in sede di separazione o di quelli dettati per la pronuncia di divorzio.

E' una domanda alla quale la giurisprudenza non ha dato – a quanto consta allo scrivente – una risposta netta.

La risposta dovrebbe peraltro tendere ad affermare che allorché il giudice del divorzio debba decidere sull'assegno di contributo al mantenimento, debba invocare i criteri previsti per l'an ed il quantum tipici della separazione e ciò per due ragioni: la prima perché l'assegno di separazione, viene meno solo con il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, che fa cessare lo stato di separati ed il vincolo matrimoniale, la seconda è che nel caso di attrazione della causa di modifica in quella di divorzio, oggetto del contendere sarà costituita dalla valutazione dell'idoneità dei "fatti sopravvenuti" allegati dall'una e/o dall'altra parte a modificare o meno le disposizioni economiche in quel momento in essere, che in altro non possono consistere (quali derivanti dal ricorso ex art. 710 c.p.c.) se non nell'assegno di separazione.

De jure condendo, sono molte le riflessioni che derivano dalla disamina (seppur veloce) delle norme e della giurisprudenza indicata.

Si chiede, ad esempio, se sia il caso di mantenere la differenziazione tra

separazione e divorzio, tenuto conto che le conciliazioni successive alla separazione sono statisticamente di minima portata e che numerose sono ormai le relazioni di fatto contratte dai coniugi (tali in forza della permanenza del vincolo matrimoniale) subito dopo la separazione.

Si ci chiede, in altri termini, se sia tuttora attuale distinguere la natura dei due assegni allorché di fatto, autorizzati i coniugi a vivere ciascuno per conto proprio, non si apprezzano nella maggior parte dei casi, differenze tra uno stato di separazione ed uno di divorzio. In quest'ottica, stupisce indubbiamente la lungimiranza della Corte di Cassazione 516/1986, che appunto si esprimeva in termini di "conversione" di assegni, quasi che l'uno potesse confluire e quindi confondersi (giuridicamente parlando) nell'altro, ad unitaria disciplina del rapporto di coppia fratturato.

avv. Anna Maria Occasione.