

Si può chiedere di sciogliere la comunione se pende la causa di separazione?

## **SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE**

### **SEZIONE I CIVILE**

**Sentenza 26 febbraio 2010 n. 4757**

#### **Svolgimento del processo**

Nelle more della procedura di separazione personale tra le parti, con citazione notificata in data 27/4/1992, G.C. conveniva in giudizio la moglie Z.B., per sentir dichiarare lo scioglimento della comunione legale tra essi.

Costitutosi regolarmente il contraddittorio, la Z. eccepiva l'improponibilità della domanda, e nel merito affermava la sua esclusiva proprietà di alcuni beni, indicati in atto di citazione.

Veniva disposta ed espletata consulenza tecnica.

In corso di causa interveniva il passaggio in giudicato della sentenza non definitiva e di quella definitiva di separazione personale tra le parti.

Con sentenza non definitiva in data 23/3/2000, il Tribunale di Ravenna rigettava l'eccezione di improcedibilità della domanda, dichiarava lo scioglimento della comunione legale e rimetteva il procedimento in istruttoria per le operazioni di divisione.

Con successiva sentenza 22/1/2001, il Tribunale divideva i beni mobili tra le parti e rimetteva ulteriormente la causa in istruttoria per procedere alla vendita della casa coniugale.

Avverso tale sentenza proponeva appello la Z., ribadendo l'eccezione di improcedibilità della domanda.

Costitutosi il contraddittorio, il G. chiedeva rigettarsi l'appello e, in via incidentale, chiedeva riformarsi la sentenza del primo Giudice, in punto spese giudiziali.

La Corte d'Appello di Bologna, con sentenza 19/11/2004 - 25/1/2005, accoglieva l'appello principale e dichiarava improponibile la domanda di scioglimento della comunione.

Ricorre per cassazione, sulla base di tre motivi, il G..

Resiste con controricorso la Z., che chiede altresì dichiararsi inammissibile il ricorso.

Il ricorrente ha depositato memoria per l'udienza.

## Motivi della decisione

Vanno dapprima esaminate le eccezioni sollevate dalla controricorrente.

La Z. sostiene la nullità della notifica del ricorso, richiesta dall'Avv.to Carmine Villani, non munito della procura del G.. L'eccezione non ha pregio, in quanto, dalla relata di notifica, emerge che la notifica stessa è stata domandata dalla parte e dai suoi difensori, Avv.ti Raffi e Chigi, regolarmente muniti di mandato speciale a margine del ricorso.

Eccepisce altresì la controricorrente la tardi vita del ricorso, non potendo computarsi il periodo di sospensione feriale, in quanto la causa rientrerebbe nel novero di quelle urgenti, ai sensi del R.D. n. 12 del 1941, art. 92 trattandosi di causa di opposizione all'esecuzione. Anche questa eccezione non ha pregio: non si tratta, nella specie, di opposizione all'esecuzione, ma di procedimento avente ad oggetto lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi.

Venendo al ricorso proposto, si ritiene opportuno, per ragioni sistematiche, esaminare dapprima il secondo motivo del ricorso. Con esso, il G. lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 191 c.c., artt. 100 e 112 c.p.c., ovvero nullità della sentenza o del procedimento, là dove il Giudice a quo ha considerato improponibile la domanda di scioglimento della comunione e relativa divisione, nonostante fosse passata in giudicato la sentenza di separazione personale. La questione da esaminare è, dunque, se sia proponibile la domanda di scioglimento della comunione legale, ove, all'atto introduttivo del relativo giudizio, fosse ancora pendente la causa di separazione personale, ma il passaggio in giudicato della relativa sentenza sia intervenuto anteriormente alla decisione in primo grado sulla domanda stessa.

E' ben consapevole il Collegio che questa Corte si è pronunciata al riguardo, seppur non molto frequentemente (e spesso ha esaminato una differente fattispecie: l'introduzione del giudizio di scioglimento della comunione e la relativa pronuncia di primo grado, prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale - o dell'omologa di quella consensuale), nel senso comunque dell'improponibilità della domanda (tra le altre, Cass. n. 4351 del 2003; n. 9325 del 1998; n. 8707 e 11931 del 1997), ma ritiene di riesaminare la questione.

Ritenere che il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, sicuro presupposto dello scioglimento della comunione, debba precedere la domanda di divisione dei relativi beni, significa evidentemente qualificare tale giudicato come presupposto processuale (o, se si vuole, condizione di procedibilità dell'azione) piuttosto che come condizione dell'azione, accogliendosi questa distinzione, che non trova preciso, esplicito riscontro nel codice di rito, ma viene comunemente seguita da giurisprudenza e dottrina, pressoché unanimi.

Come è noto, i presupposti del processo attengono all'esistenza stessa del processo, nonché alla sua validità e procedibilità, e devono sussistere prima della proposizione della domanda. Se l'esistenza del processo richiede che la domanda sia rivolta ad un Giudice, e debba evidentemente consistere in una richiesta di tutela giurisdizionale, i profili di validità del processo e di proponibilità della domanda attengono al potere-dovere del Giudice adito di pervenire ad una pronuncia di merito. Presupposti processuali sono

dunque la giurisdizione, la competenza e la legittimazione processuale, il potere del soggetto che propone la domanda nonchè del soggetto nei cui confronti la domanda è proposta, di compiere gli atti processuali.

Le condizioni dell'azione sono i requisiti di fondatezza della domanda, necessari affinché l'azione possa raggiungere la finalità concreta cui essa è diretta (e cioè il Giudice possa eventualmente pronunciare nel senso favorevole all'attore, la mancanza delle condizioni dell'azione non esclude ab origine l'esistenza del processo, ma impedisce che questo si concluda con una pronuncia favorevole all'attore stesso). E' sufficiente che tali condizioni esistano al momento della pronuncia, e non necessariamente a quello della domanda (per tutte, Cass. n. 21100 del 2004). Tra le condizioni dell'azione, trovano sicuro riscontro normativo l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), volto al perseguimento della tutela giurisdizionale, a garanzia dell'interesse sostanziale per cui si propone la domanda: una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, il cui riconoscimento viene posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio (al riguardo, Cass. n. 9172 del 2003). L'interesse deve essere concreto (collegato all'esistenza di un pregiudizio reale, e non meramente potenziale, per il diritto azionato), ed attuale, nel senso che dovrà esistere al momento della pronuncia del Giudice. Parimenti va considerata la legittimazione ad agire e a contraddire (art. 81 c.p.c.), che consiste nella identità tra la persona dell'attore e quella cui la legge conferisce nel caso concreto il potere di agire per quel determinato fine cui tende la domanda proposta, nonchè l'identità della persona del convenuto con quella nei cui confronti tale potere di agire è attribuito. E, ancora, l'esistenza del diritto, la necessità che la fattispecie dedotta in giudizio si trovi oggettivamente a coincidere con una fattispecie prevista e tutelata da una disposizione normativa. L'art. 191 c.c. prevede le cause di scioglimento della comunione e, tra essi, la separazione personale (giudiziale o consensuale).

Giurisprudenza costante di questa Corte afferma che lo scioglimento si perfeziona con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale (o l'omologa di quella consensuale) (per tutte, Cass. n. 8643 del 1992; n. 2944 del 2001). Nel passaggio in giudicato (o nell'omologa) si individua dunque il momento in cui sorge l'interesse ad agire, concreto ed attuale, volto scioglimento della comunione e alla divisione, ma esso può anche riguardarsi come il fatto costitutivo del diritto ad ottenere tale scioglimento e la conseguente divisione.

Per quanto si è osservato, tali elementi non possono che qualificarsi come condizioni dell'azione, e non già come presupposti processuali. In particolare il passaggio in giudicato (o l'omologa), come elemento decisivo della vicenda costitutiva del diritto allo scioglimento della comunione legale, comporta che tale vicenda debba ritenersi compiutamente realizzata, con la conseguenza che l'eventuale carenza o incompletezza originaria diviene irrilevante, perchè sostituita dalla realizzazione compiuta del fatto costitutivo del diritto azionato, e non può precludere la pronuncia di merito:

ciò che sempre accade ove, nelle more del giudizio, si realizzi uno dei requisiti, prima carente o inesistente, previsto dalla legge per l'accoglimento di una domanda giudiziale. Del resto la regola per cui la sopravvenienza in corso di causa di un fatto costitutivo del diritto rimuove ogni ostacolo alla decisione del merito della domanda, e il più generale principio circa la necessità di esistenza delle condizioni di accoglimento della domanda al momento della decisione, appaiono espressione dell'ancor più generale principio di

economia processuale. L'accoglimento del primo motivo è assorbente ed esime dall'analisi degli altri motivi.

Va cassata la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte d'Appello di Bologna, in diversa composizione, che dovrà procedere allo scioglimento della comunione legale tra i coniugi nonchè alle operazioni di divisione, e pure pronuncerà sulle spese del presente giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

**La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Bologna, in diversa composizione, che si pronuncerà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.**

Così deciso in Roma, il 15 ottobre 2009.

Depositato in Cancelleria il 26 febbraio 2010.