



Fa presente, inoltre la resistente che la prima Sezione della Corte di Cassazione, con un collegio presieduto dalla dott.ssa Maria Acierno (Consigliere estensore della pronuncia a Sezioni Unite sopra citata), con la sentenza n. 11178/2019 avrebbe previsto la possibilità per le parti di essere rimesse nei poteri di allegazione e prove.

La sentenza citata del giudice di legittimità deve essere condivisa, anche se alcuni passaggi motivazionali sarebbe opportuno venissero approfonditi in futuro dalla Corte.

La Cassazione, in particolare, si è trovata a decidere sulla richiesta di riforma di una decisione della Corte d'Appello di Roma che confermava la decisione del Tribunale di primo grado relativamente all'attribuzione di un assegno divorzile all'ex coniuge, la cui motivazione, richiamata la giurisprudenza consolidata in tema di interpretazione dell'art. 5 legge n. 898/1970, si basava sulla circostanza che dall'accertamento di una differente capacità reddituale delle parti dovesse desumersi l'inadeguatezza dei redditi della moglie a mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto durante il matrimonio.

1. Nel merito la decisione rappresenta, a parere dello scrivente, un approdo equilibrato e volto, in funzione nomofilattica, ad informare a principi di equità sostanziale il panorama giurisprudenziale di merito successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite in tema di assegno divorzile.

Infatti, la corsa evolucionistica che ha avuto l'art. 5 della legge divorzile negli ultimi ventiquattro mesi, dopo essersi assestata per quasi trent'anni su certezze ora spazzate via, non può non avere una ricaduta su quei processi in corso, le cui istanze istruttorie si siano formate e siano state improntate al precedente criterio (che icasticamente potremmo definire) del "tenore di vita", mentre oggi i fatti da allegare e da provare a fondamento della domanda del richiedente l'assegno risultano drasticamente diversi.



Non può non averla in quanto, ragionando in via contraria, si dovrebbe concludere per la non ammissione, nell'attuale panorama giurisprudenziale, delle istanze di prova formulate con riferimento al tenore di vita o per l'irrelevanza delle prove già assunte, con la conseguenza di giungere al rigetto della domanda in quanto non ne sono stati provati i fatti posti (oggi) a fondamento; *rectius*, in quanto, la parte non ha avuto la possibilità di allegare e provare i fatti oggi posti a fondamento della domanda, mentre ha allegato e provato fatti oggi irrilevanti ai fini dell'accertamento e della concessione dell'assegno.

2. Tali considerazioni, tuttavia, devono rapportarsi alle diverse situazioni processuali in cui i procedimenti stessi si trovano.

2.1 Nel caso all'attenzione della Prima Sezione della Corte di Legittimità, la Cassazione ha optato per la scelta, in accoglimento del ricorso e cassando la sentenza impugnata, di rinviare alla corte distrettuale per il "nuovo esame alla stregua dei principi tutti di cui in motivazione", con conseguente vincolo *"per il giudice ad quem di attenersi alla nuova regola e fermo restando che anche nel giudizio di rinvio le parti potranno essere rimesse nei poteri di allegazione e prove conseguenti al dictum delle Sezioni Unite"*. Una scelta, dunque, molto forte dal punto di vista processuale e che il Collegio di legittimità motiva legandola al disposto di cui all'art. 394, terzo comma, ultimo periodo, cod. proc. civ. e ritenendola un adeguamento necessario alla struttura del giudizio di rinvio al fine di garantire il pieno rispetto del diritto di difesa delle parti allorquando i mutamenti giurisprudenziali investano il contenuto di norme sostanziali e di merito.

2.2 Nelle fattispecie, come quella di cui al presente giudizio, in cui ancora non sono state precisate le conclusioni, invece, la piena garanzia del rispetto del diritto di difesa deve passare necessariamente attraverso la lettura combinata delle norme di cui all'art.



177 cod. proc. civ. e di cui all'art. 153, comma secondo, cod. proc. civ. Per l'effetto, la precedente ordinanza di ammissione delle istanze probatorie articolate dalle parti dovrà essere revocata e andranno concessi (ex art. 294, commi secondo e terzo, cod. proc. civ.) alle parti nuovi termini ex art. 183, comma sesto, cod. proc. civ.

La fattispecie esaminata, infatti, deve essere disciplinata in via analogica quale forma di decadenza per causa non imputabile alla parte. A seguito della riforma di cui alla legge n. 69 del 18 giugno 2009 che ha introdotto il secondo comma dell'art. 153 cod. proc. civ., contestualmente abrogando il previgente art. 184 bis cod. proc. civ., infatti, il legislatore ha inteso operare una significativa estensione dell'istituto rispetto all'assetto precedente, collocando la nuova disposizione fra le previsioni generali del libro primo del codice di rito civile e configurando, come ritiene la migliore dottrina processualcivilistica che si condivide, una vera e propria norma generale sulla rimessione in termini per causa non imputabile nel processo civile.

Ai fini indicati, per causa non imputabile deve intendersi un fattore estraneo alla volontà delle parti, del quale è necessario fornire la prova (Cass., 25 marzo 2011, n. 7003; Cass., 28 settembre 2011, n. 19836) e si deve meditare se rientri in tale ambito anche il mutamento della giurisprudenza che determina un affidamento incolpevole. Sul punto, non si ritiene applicabile l'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2067 del 28 gennaio 2011, in quanto considera non utilizzabile il rimedio della rimessione in termini ritenendo che in quel caso la precedente sentenza della Corte di cassazione (che, nello specifico, riguardava il giudicato implicito sulla giurisdizione) non rappresentasse *“una svolta inopinata e repentina rispetto ad un diritto vivente fermo e consolidato, ma ha solo portato a termine un processo di rilettura dell'art. 37 cod. proc. civ., pervenendo ad un esito interpretativo da tempo in via di elaborazione”*, circostanza



completamente diversa per le ragioni già esposte da quella relativa al mutamento interpretativo in tema di assegno divorzile.

Al contrario, illuminante è il *dictum* di cui all'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 8127 del 11 aprile 2011, la quale ha ritenuto che il principio "*secondo cui, alla luce della norma costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo incorre in un errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ex art. 184 bis cod. proc. civ.*" (applicabile *ratione temporis*, oggi ex art. 153, comma secondo, cod. proc. civ.) deve essere applicato nell'ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale abbia reso impossibile una decisione sul merito delle questioni sottoposte al giudice scelto dalla parte, circostanza che è certamente avvenuta nel presente procedimento, essendo il nuovo orientamento legato all'allegazione ed alla prova di fatti radicalmente diversi da quelli giustamente allegati e oggetto di istanze probatorie in passato.

A tale ordinanza, è seguita poi la famosa sentenza in tema di cosiddetto "overruling" (la quale, però, fa riferimento a regole processuali e non a regole sostanziali, come avviene invece nel caso in esame; cfr. Cass., Sez. Un., n. 15144 del 11 luglio 2011, secondo cui il mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia, il quale porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, ove si connoti del carattere dell'imprevedibilità esclude l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dal "overruling" nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa). La questione sarà approfondita in proseguo al punto 4.2.



Pertanto, se la causa si trova in fase antecedente alla precisazione delle conclusioni nessun dubbio in merito alla possibilità di rimessione in termini di entrambe le parti per il deposito di memorie ex art. 183, comma sesto, cod. proc. civ.

2.3 Se, invece, la causa si trovi in una fase successiva alla precisazione delle conclusioni ma anteriore al deposito delle memorie conclusive di replica, deve ritenersi che, qualora la richiesta di rimessione in istruttoria per la concessione di nuovi termini (ex art. 183, comma sesto, cod. proc. civ. o ex art. 190 cod. proc. civ., a scelta della parte) sia inserita nelle comparse conclusive, spetti al Collegio decidere se disporre con ordinanza ex art. 279, comma primo, cod. proc. civ. la rimessione della causa nella fase di trattazione.

Tale decisione dovrà essere presa caso per caso, valutando il momento in cui sono state depositate le memorie istruttorie rispetto al *revirement* giurisprudenziale, la rilevanza delle nuove circostanze dedotte rispetto alle domande delle parti, l'esistenza di fatti che, anche in presenza di diverse allegazioni e prove renderebbero impossibile l'accoglimento della domanda di concessione di assegno divorzile (ad esempio, il passaggio del coniuge richiedente a nuove nozze ex art. 5, comma decimo, legge 898/1970).

2.4 Infine, certamente non potrà essere avanzata alcuna pretesa con riferimento ad un procedimento sul quale sia già calato il sipario del giudicato (è irrilevante nella presente sede distinguere fra giudicato formale ex art. 324 cod. proc. civ. e giudicato sostanziale ex art. 2909 cod. civ., trattandosi, sulla scorta della prevalente dottrina cui si ritiene di aderire, per lo più di diversi aspetti dello stesso fenomeno).

Né si può invocare in tale caso il fenomeno del "overruling", il quale come accennato nel nostro ordinamento può essere evocato solo quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una



compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte, ed ha – come elementi costitutivi – l’aver ad oggetto una norma processuale, oltre a rappresentare un mutamento imprevedibile ed a determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa.

2.5 Altra e diversa questione, che verrà brevemente analizzata nel successivo punto 4.1 è invece quella attinente la possibilità di accertare se la conclusione raggiunta da Cass. 11178/2019 possa o meno trovare applicazione anche nei giudizi di revisione proposti ex art. 9 legge 898/1970, per adeguare l’assegno divorzile alle mutate condizioni economiche delle parti.

3. Quanto sin qui enunciato deve poi essere visto sotto la luce del principio della domanda che informa tutto il nostro ordinamento processuale e costituisce il punto di passaggio (come scrive acuta dottrina) fra il diritto sostanziale e il processo.

In particolare, va radicalmente esclusa la possibilità che il giudice rimetta in termini le parti esercitando un potere d’ufficio. Dovrà essere, invece, solo la parte che ha avanzato la domanda di concessione di assegno divorzile, ad attivarsi e a formulare la relativa richiesta, a tutela del proprio diritto.

Nel caso di specie, infatti, trattandosi di un diritto eteroindividuato, è proprio la fattispecie acquisitiva ad essere l’elemento identificatore e costitutivo del diritto e, nel momento in cui la fattispecie acquisitiva originariamente dedotta subisce una variazione in corso di giudizio (come nella fattispecie di cui discorriamo), sarà la parte che reclama il conseguente diritto di credito ad essere onerata della necessità di chiedere di essere ammessa ad allegare e provare i nuovi fatti costituenti la nuova fattispecie.

Tale interpretazione, peraltro, viene confortata anche dalle parole di Cass. 11178/2019, la quale afferma al par. 3.4.1. “*le parti parti potranno essere rimesse nei poteri di*



*allegazione e prove conseguenti al menzionato dictum delle Sezioni Unite*”: l’uso del verbo “potere” sembra, infatti, voler escludere la possibilità del ricorso a poteri officiosi del Giudice.

3.1 Quanto al momento entro cui la parte dovrà esercitare tali poteri, qualora la causa non sia ancora stata trattenuta in decisione, l’art. 153, comma secondo, cod. proc. civ. non pone limiti ma la necessità di contenere i tempi del giudizio ed evitare di dover procedere a onerose rinnovazioni istruttorie impone l’auspicio che la domanda venga avanzata nel primo atto o nella prima udienza utile successiva al *revirement* della Corte di Cassazione.

Se la causa è già stata trattenuta in decisione, invece, la richiesta di rimessione in istruttoria ed, al contempo, di rimessione in termini dovrà avvenire nelle memorie conclusive.

4. Si è anticipato già che alcuni passaggi motivazionali della sentenza meriterebbero di essere in futuro ripresi e sviluppati dalla Cassazione.

4.1 Ci si riferisce soprattutto alla questione di fondamentale interesse volta a capire – come già indicato in precedenza – se la conclusione raggiunta da Cass. 11178/2019 possa o meno trovare applicazione anche nei giudizi di revisione proposti ex art. 9 legge 898/1970, per adeguare l’assegno divorzile alle mutate condizioni economiche delle parti.

La pronuncia esaminata ne tratta in maniera sibillina al par. 3.5.4, ed invero sarebbe stato il caso di dissipare i dubbi sorti sul punto.

La giurisprudenza del Tribunale di Treviso ha da tempo riflettuto sulla questione, ritenendo che la disposizione di cui all’art. art. 9 legge 898/1970 debba continuare ad essere interpretata nel senso di ritenere che i “giustificati motivi” che consentono di



accogliere la domanda debbano essere rappresentati dalla sopravvenienza di elementi fattuali (e non di semplici mutamenti giurisprudenziali) obiettivamente nuovi sorti, in un momento successivo rispetto al provvedimento di cui si domanda la revisione.

A conferma di tale indirizzo confortano anche le scarse parole sul punto della corte di legittimità laddove parla, nel par. citato, di *“mutate condizioni economiche della parti”* facendo intendere la necessità, per il giudizio di revisione dell’assegno divorzile, pur sempre di un legame con il mutamento di un presupposto fattuale ossia con il mutamento delle condizioni economiche delle parti.

Corollario di ciò è, da un lato, che non può ritenersi sufficiente, ai fini dell’ammissibilità stessa del ricorso, il semplice mutamento di interpretazione nomofilattica e, dall’altro, che il mutamento deve essere effettivo e di portata tale da alterare significativamente la posizione reddituale e patrimoniale della parte istante, e non può risolversi in una modifica sostanzialmente irrilevante, allegata al solo fine di consentire di introdurre il giudizio di revisione chiedendo che sia effettuato alla stregua dei nuovi approdi interpretativi.

4.2 Infine, al par. 3.3.3., la Corte ricorda il valore dell’interpretazione delle norme giuridiche da parte della Cassazione, al fine di ribadire il principio consolidato per cui *“un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività né è assimilabile allo ius superveniens, essendo comunque suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito”* e puntualizzando tuttavia che *“l’individuazione di una regola giuridica piuttosto che un’altra implica, spesso, la valorizzazione di un diverso quadro fattuale [...] l’affermazione di una nuova regola giuridica quasi mai si traduce soltanto in una diversa valutazione giuridica di un*



*quadro fattuale inalterato, ma comporta la valorizzazione di aspetti fattuali non considerati dalla vecchia regola sostituita perché irrilevanti”.*

Queste affermazioni vanno condivise completamente con riferimento alla fattispecie concreta dell'assegno divorzile che era all'esame dei giudici di nomofilachia, ma devono essere limitate nella loro assolutezza, finendo altrimenti per far contrastare le conclusioni del discorso (*essendo comunque suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito*) con le premesse dello stesso (*un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività né è assimilabile allo ius superveniens*) e divenire una pericolosa chiave di volta che, se male utilizzata, potrebbe portare ad eccessi di giurisprudenza normativa inammissibile nel nostro sistema di *civil law*.

La giurisprudenza normativa, infatti, può presentarsi in due modi: attraverso la vincolatività del precedente o attraverso la creazioni di istituti non espressamente previsti dal diritto positivo. Per quanto qui ci interessa, il principio dello *stare decisis* è tipico dei sistemi di *common law* e, a titolo di *obiter dictum*, è opportuno analizzarlo per comprendere meglio la pronuncia cass. 11178/2019 e differenziarla dall'istituto del cosiddetto *overruling*.

In particolare, nel sistema statunitense, l'idoneità del precedente ad imporsi come regola di giudizio è uno dei pilastri sia del diritto federale che degli ordinamenti statuali.

Tale regola, tuttavia, viene meno allorché contrasti con la logica intrinseca della fattispecie regolata o con i principi di *natural justice*, con le concezioni etiche contemporanee, gli indirizzi politico-amministrativi stabilmente affermati o le condizioni di sviluppo economico.



Questo “giudizio di irrazionalità” nel sistema statunitense è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini dell’operatività dell’istituto dell’*overruling*. Se da un lato, infatti, si riconosce alle Corti il poteri di rivedere e incidere in senso modificativo sul case-law consolidato, dall’altro, si ammette che le persone che hanno costituito rapporti giuridici regolandosi in base al precedente possono vantare diritti quesiti (*vested rights*) oppure aspettative consolidate (*settled expectations*) che devono essere protetti.

Come affermato dal Giudice Brandeis nella celebre *dissenting opinion* alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America nel caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932), d’altronde, “*lo stare decisis è tendenzialmente la scelta più saggia [per un giudice], poiché nella maggior parte dei casi è più importante che la regola applicata al caso concreto sia preconstituita che la stessa sia corretta e condivisibile in termini di giustizia sostanziale*”.

Tuttavia, Brandeis stesso, nel ribadire l’importanza della regola della vincolatività del precedente, lasciava intendere come tale regola non potesse trovare applicazione sempre e comunque in termini assoluti. Anche il Giudice Kennedy, nell’opinione di maggioranza della sentenza *Patterson v. McLean Credit Union* (1982), coerentemente affermava che “*i nostri precedenti non sono sacri: abbiamo in più occasioni preso le distanze dagli stessi quando ciò si è reso necessario (...), fermo restando che, in ogni caso, l’overruling richiede sempre una specifica giustificazione*”.

Con riguardo alla fenomenologia dell’*overruling* nei sistemi anglosassoni, si riconoscono, in via generale, due varianti: l’*anticipatory overruling* e il *prospective overruling*.

L’*anticipatory overruling* muove dalla regola dello *stare decisis* in senso verticale e si concretizza nel potere di una Corte inferiore di rifiutarsi di seguire un precedente della



Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base di pronunce giudiziarie dei componenti della Corte stessa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente.

Il *prospective overruling* consiste, invece, nel potere del giudice di modificare un precedente di diritto qualora lo ritenga inadeguato per tutti i casi che si presenteranno da lì in futuro, decidendo però il caso sottoposto alla sua immediata cognizione sulla base della regola precedente pur se ritenuta superata. L'*overruling*, in questi termini, annuncia una norma nuova che non verrà applicata alle fattispecie anteriori alla data della decisione.

Tale ipotesi è ricorrente nell'ambito del controllo di costituzionalità, attuato, negli Stati Uniti d'America, in via "diffusa" da ogni organo munito di potere giurisdizionale ai sensi dell'art. III della Costituzione (cosiddetto "*decentralized system of judicial review*"). In considerazione della complessità della procedura di riforma costituzionale prevista dall'art. V della Legge Fondamentale, nonché dell'atteggiamento a dir poco cauto del legislatore americano nell'attivazione di tale procedura (si pensi che in oltre 200 anni, la procedura di riforma costituzionale è stata attivata solo 33 volte e sono passati 27 emendamenti in totale), è soprattutto in ambito costituzionale che i giudici americani, consci dell'improbabilità di un intervento del legislatore ex art. V, hanno fatto uso dello strumento descritto al fine di coniugare l'esigenza di abbandonare un orientamento ritenuto ingiusto con l'aspettativa di chi, su tale orientamento, faceva affidamento.

Ebbene, ben si comprende che quanto esposto non si concilia né potrà conciliarsi con i mutamenti conseguenti alle pronunce di nomofilachia rese dalla Cassazione di cui



stiamo parlando nel nostro ordinamento, le quali invece potranno sempre essere motivatamente disattese dalla giurisprudenza di merito.

5. La richiesta

viene rinviata a seguito della decisione sull'ammissione delle istanze istruttorie conseguente al deposito delle nuove memorie istruttorie delle parti.

**P.Q.M.**

- conferma la propria ordinanza del \_\_\_\_\_ la quale aveva riguardo esclusivamente a profili inerenti affidamento, residenza e diritto di visita dei figli minori e non questioni legate alla determinazione dell'assegno divorzile;

- accoglie l'istanza della resistente ex art. 153, comma secondo, cod. proc. civ. e, visto l'art. 183, comma sesto, cod. proc. civ., assegna a decorrere dal \_\_\_\_\_

1) termine sino al \_\_\_\_\_ per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;

2) termini sino al \_\_\_\_\_ per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificata dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;

3) termine sino al \_\_\_\_\_ per le sole indicazione di prova contraria;

rinvia

all'udienza del \_\_\_\_\_ ad ore 10:00 per l'ammissione dei mezzi istruttori.

Si comunichi.

Treviso, 27 maggio 2019

**Il Giudice**

**Dott. Alberto Barbazza**

