[AZA 0/2]

5C.294/2001

II CORTE CIVILE
****

22 gennaio 2002

Composizione della Corte: giudici federali Bianchi, presidente,
Nordmann e Meyer.
Cancelliere: Piatti.

_____
Visto il ricorso per riforma del 16 novembre 2001 presentato da A.G._____, attrice, Davesco-Soragno, patrocinata dall'avv. Aldo Foglia, Lugano, contro la sentenza emanata il 12 ottobre 2001 dalla I Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino nella causa che oppone la ricorrente a B.G._____, convenuto, Manno, patrocinato dall'avv. Gianluca Boscaro, Lugano, in materia di divorzio;
Ritenuto in fatto :

A.- B.G._____ e A.G._____ si sono sposati a Mollis nel 1969. Dal maggio 1996 i coniugi vivono separati.
Il 18 ottobre 1996 A.G._____ ha domandato al Pretore di Lugano di pronunciare la separazione per tempo indeterminato e di liquidare il regime dei beni. Con risposta 10 novembre 1997 il marito si è opposto alla petizione e ha chiesto in via riconvenzionale il divorzio. Nelle proprie conclusioni risp. al dibattimento finale le parti hanno ribadito le rispettive domande. Il 10 gennaio 2001 il Pretore ha respinto sia l'azione di separazione che la domanda riconvenzionale di divorzio, non essendo adempiuti i presupposti per un'azione unilaterale in base al nuovo diritto del divorzio entrato in vigore il 1°gennaio 2000.

B.- Con appello del 29 gennaio 2001 A.G._____ è insorta contro la sentenza pretorile, chiedendo lo scioglimento per divorzio del matrimonio. Con osservazioni 26 febbraio 2001 B.G._____ ha proposto la reiezione dell'impugnativa e la conferma del giudizio di primo grado. Il 12 ottobre 2001 la I Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha respinto il rimedio e ha confermato la decisione del Pretore. I giudici cantonali hanno rilevato che in concreto non sono adempiuti né i presupposti del diritto federale né quelli del diritto cantonale che permettono di mutare l'azione. Inoltre, formulando una domanda riconvenzionale di divorzio, il marito non ha acconsentito alla pronuncia della separazione. Infine la Corte cantonale ha indicato che alla moglie è stata preclusa la facoltà di aderire in sede di appello all'azione di divorzio del coniuge, poiché quest'ultimo non ha impugnato la decisione negativa del primo giudice.

C.- Il 16 novembre 2001 A.G._____ ha inoltrato al Tribunale federale un ricorso per riforma con cui postula la modifica della sentenza cantonale nel senso che il matrimonio contratto dalle parti è sciolto per divorzio e la causa è rinviata al Pretore per statuire sulle conseguenze accessorie. La ricorrente afferma che nel nuovo diritto sussiste una duplice lacuna. La prima concerne l'applicazione del termine quadriennale di sospensione della vita comune anche alla separazione coniugale. La seconda riguarda l'art. 138 CC, la cui corretta applicazione dovrebbe permettere di modificare una domanda di separazione in una domanda di divorzio anche in sede di appello. Non è stata chiesta una risposta al gravame.

Considerando in diritto :

1.- Il ricorso tempestivo e diretto contro una decisione con cui il tribunale supremo del Cantone Ticino ha rifiutato di pronunciare il divorzio è ricevibile in virtù degli art. 44, 48 cpv. 1 e 54 cpv. 1 OG.

2.- L'attrice critica dapprima l'art. 117 cpv. 1 CC, ritenendo incomprensibile l'applicazione del termine quadri-

ennale di sospensione della vita comune previsto dall'art. 114 CC all'istituto della separazione coniugale. Infatti, durante quest'ultima il matrimonio continua, motivo per cui i rischi connessi ad un'immediata pronuncia del divorzio non sussistono.

Contrariamente al previgente diritto (art. 146 cpv. 3 vCC), con la novella legislativa il giudice non ha più la possibilità di pronunciare la separazione coniugale se è unicamente chiesto il divorzio (Schnyder, Die ZGB-Revision 1998/2000, pag. 50 § 9 I; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 4 ad art. 117/118 CC). Ora, poiché l'attrice postula oramai solo ancora il divorzio, le tesi ricorsuali concernenti una pretesa lacuna nell'art. 117 CC, che indica i presupposti per la pronunzia della separazione coniugale, sono prive di pertinenza ai fini del presente giudizio e si rivelano inammissibili.

3.- a) Secondo l'attrice esiste una lacuna nell' art. 138 cpv. 2 CC, poiché esso si limita ad indicare che un'azione di divorzio può essere tramutata in ogni tempo in un'azione di separazione, senza però prevedere la possibilità inversa. Ritenuto come la separazione e il divorzio sono sottoposti alle stesse condizioni e devono seguire la medesima procedura, non vi è motivo per non parificarli anche per quanto concerne le successive modifiche. Il legislatore, concentrandosi sul divorzio a scapito della separazione, ha dimenticato la possibilità per la parte che ha introdotto una domanda di separazione di tramutarla in un' azione di divorzio.

b) I giudici cantonali hanno rilevato, citando la dottrina e i lavori preparatori, che l'art. 138 cpv. 2 CC prevede unicamente la possibilità di trasformare un'azione di divorzio in un'azione di separazione allo scopo di salvaguardare il matrimonio. Tale fine non si realizza, qualora si ammettesse pure il contrario.

c) L'art. 138 cpv. 2 CC recita lapidariamente che l'azione di divorzio può essere tramutata in ogni tempo in azione di separazione. Ora, come già indicato dai giudici cantonali, la modifica di un'azione di separazione in un' azione di divorzio non è paragonabile all'operazione contraria.
Infatti la norma in discussione è espressione di una volontà intesa a favorire la continuazione del vincolo matrimoniale e codifica la giurisprudenza federale sul tema (Sutter/Freiburghaus, op. cit. , n. 8 all'art. 138 CC; Leuenberger, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, n. 8 all' art. 138 CC; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, pag. 48 in fine; Messaggio sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, divorzio, filiazione, assistenza fra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF 1996 I 1 pag. 152, cfr. in particolare anche DTF 79 II 4 consid. 1), mentre una sua completazione mediante l'interpretazione proposta dall'attrice promuoverebbe la dissoluzione di tale vincolo. Giova inoltre rilevare che diversamente da quanto sottinteso nel ricorso, non è esatto, come si vedrà nel seguente considerando, che la legge non disciplina il tema della mutazione dell'azione di separazione in un'azione di divorzio. La censura si rivela pertanto infondata.

4.- Giusta l'art. 138 cpv. 1 CC fatti e mezzi di prova nuovi possono essere invocati davanti all'istanza cantonale superiore; sono ammesse nuove conclusioni, purché siano fondate su fatti e mezzi di prova nuovi. Con l'adozione di tale norma il legislatore federale ha introdotto uno standard minimo per quanto concerne l'ammissione di nova e la mutazione dell'azione. I Cantoni - a cui compete giusta l'art. 122 Cost. vigente disciplinare la procedura giudiziaria - possono tuttavia emanare una regolamentazione più permissiva per quanto concerne segnatamente una modifica delle conclusioni in seconda istanza (Leuenberger, op.
cit. , n. 1 e 3 all'art. 138 CC; Sutter/Freiburghaus, op.
cit. , n. 19 e 30 ad art. 138 CC).

a) A tal proposito la sentenza impugnata indica innanzi tutto che il legislatore ticinese si è limitato ad esplicitare la regolamentazione minima del diritto federale senza conferire alle parti ulteriori possibilità di mutare l'azione. I giudici cantonali hanno poi rilevato che la consapevolezza dell'attrice di non poter salvare il matrimonio, dopo essersi segnatamente resa conto che il marito non aderiva alla separazione, costituisce un mero cambiamento d'opinione che non è sufficiente a connotare un fatto nuovo.

b) Alla fine del proprio ricorso per riforma, a titolo subordinato, l'attrice afferma che la Corte cantonale ha pure violato l'art. 138 cpv. 1 CC, poiché è profondamente cambiato - e ciò costituisce un fatto nuovo - il suo sentimento sia verso il marito che nei confronti del vincolo coniugale. Essa ribadisce inoltre di aver pensato che

il marito postulando in via riconvenzionale il divorzio acconsentisse perlomeno alla separazione.

c) Ora, l'attrice, limitandosi a riprodurre testualmente l'appello, non spiega in ossequio all'art. 55 cpv. 1 lett. c OG in che modo la decisione impugnata avrebbe violato il diritto federale, non ritenendo dei semplici cambiamenti d'opinione idonei ad essere assimilati a fatti nuovi che permettono una modifica delle conclusioni innanzi alla seconda istanza cantonale. Ne segue che la censura si avvera inammissibile. A prescindere da quanto precede, si può rilevare che la motivazione della sentenza impugnata su questo punto appare del tutto corretta.

5.- Da quanto sopra discende che il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, si rivela infondato e come tale va respinto. La tassa di giustizia segue la soccombenza (art. 156 cpv. 1 OG), mentre non si giustifica assegnare ripetibili alla controparte, che non è stata invitata a presentare una risposta.

Per questi motivi

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto e la sentenza impugnata è confermata.

2. La tassa di giustizia di fr. 2000.– è posta a carico dell'attrice.

3. Comunicazione ai patrocinatori delle parti e alla I Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino.
Losanna, 22 gennaio 2002 VIZ

In nome della II Corte civile
del TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO:
Il Presidente,

Il Cancelliere,