

OSSERVAZIONE AL PROGETTO DI LEGGE DI RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA (RELATRICE ON. MARCELLA LUCIDI)

AVV. GIULIA FACCHINI
AVV. ANTONINA SCOLARO
AVV. PELLOSO
AVV. TOSETTO

Il nostro gruppo di lavoro aveva il compito di formulare rilievi critici sull'impianto processuale del progetto di riforma.

Prima di passare all'esame dei singoli punti, appare opportuno ribadire che consideriamo fondamentali le regole processuali per la piena attuazione del diritto alla difesa sancito dalla costituzione.

La nuova formulazione dell'articolo 111, "Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo ed imparziale" che tanto ha fatto discutere sul "giusto processo" riferito al penale, ha uguale portata anche per le procedure che ci riguardano.

A proposito del dibattito che si è svolto tra gli addetti ai lavori (compresi i giudici Minorili) sulle ipotesi di attribuire la materia familiare alle Sezioni specializzate del Tribunale ordinario piuttosto che al Tribunale della famiglia, è opportuno ricordare la netta presa di posizione dell'Aiaf contro il tentativo di degiurisdizionalizzazione della materia e quindi a favore delle sezioni specializzate, avanti alle quali si applica il rito ordinario, e contro il Tribunale per la famiglia avanti al quale si procederebbe con il rito camerale.

Fatte queste doverose premesse la prima constatazione è che la riforma prevede un impianto processuale assolutamente carente per non dire inesistente.

Le norme che ci riguardano sono infatti gli articoli 706, 707, 708, 709, 710, 711 e 712 bis che, dopo avere "unificato" le procedure di separazione e divorzio, trattengono la disciplina delle procedure consensuali o congiunte, la fase del ricorso e dei provvedimenti provvisori di quelle contenziose, senza dire nulla sulla fase istruttoria di queste ultime.

Sotto questo profilo la normativa è talmente carente che non abbiamo potuto procedere a formulare emendamenti e ci limitiamo quindi a sottolineare le mancanze sollecitando una integrazione che, come vedremo, sottende alcune scelte di fondo che la bozza ha omissa.

Seguendo l'ordine degli articoli passiamo ad esaminare i singoli problemi.

Art. 706: Problema della competenza

La riforma attribuisce la competenza per separazioni divorzi e materie minorili attribuite al Tribunale ordina-

rio, al "tribunale in composizione monocratica". Con l'avvento della riforma del giudice unico di primo grado tutte le preture sono diventate sedi distaccate del Tribunale. Cadendo la riserva della collegialità, che sin'ora ha conservato al vecchio Tribunale la trattazione esclusiva dei procedimenti di famiglia si attiverebbe la competenza delle sezioni distaccate con la conseguenza, per quanto ci riguarda, che si faranno secondo la residenza dei coniugi le separazioni nelle vecchie sedi di Pretura.

A parte le difficoltà logistiche che deriverebbero per tutti noi, il gruppo di lavoro ha espresso forti perplessità sulla esperienza professionale dei magistrati titolari delle sedi distaccate, che mai sinora, come Pretori, si sono occupati di questa materia sottolineando tra l'altro il rischio di provvedimenti non univoci.

Si rileva inoltre che le sedi distaccate possono essere assegnate anche a magistrati onorari (articolo 10 legge 51/98), con conseguenze ancora più gravi.

Il gruppo ha discusso a lungo sulla opportunità di conservare la materia alla riserva collegiale o comunque alla competenza della sede principale del tribunale.

A favore della prima opzione si è rilevato che in un procedimento dove, come vedremo, viene meno la distinzione tra fase Presidenziale e fase di merito e che quindi viene trattato per l'intero dal medesimo magistrato, la decisione collegiale offre maggiori garanzie in particolare contro il rischio di perdita di quella posizione di terzietà che è indispensabile per un giusto provvedimento.

Si è sottolineato infatti che non a caso in una materia così delicata come quella delle relazioni familiari, che inevitabilmente sollecita reazioni emotive da parte dei professionisti che se ne occupano, il lavoro di mediazione come quello di sostegno sociale o psicologico è sempre svolto o in equipe o con l'ausilio di un supervisore.

Il gruppo ha concluso che ove la richiesta di riservare la decisione al collegio venga accolta, si dovrà comunque insistere per la riserva della trattazione dei giudizi familiari alle sedi principali dei Tribunali dove secondo le indicazioni del Ministero dovrebbero già essere istituite sezioni specializzate.

Altri rilievi critici sugli articoli 706-708

L'impianto dell'articolo che riguarda l'introduzione dei giudizi ha chiaramente fatto proprio il "rito ambrosiano".

L'articolo 706 ripropone grosso modo la formula dell'articolo 4 della legge 74/87 senza però tenere conto dell'avvento della novella del 1990 che ha spazzato via il vecchio codice di procedura civile sancendo nuove regole e introducendo il sistema delle decadenze.

Si rileva in particolare che:

Non è previsto l'obbligo di intimare al convenuto di costituirsi entro un determinato termine, né un termine di decadenza a carico di quest'ultimo per la proposizione delle sue domande anche riconvenzionali.

In ogni caso resta il problema, che si pone rispetto alla novella, per tutte le procedure che iniziano con ricorso, di chi sia l'onere dell'intimazione. A suo tempo proprio il gruppo di Torino aveva, in una relazione sul punto, evidenziato che l'intimazione è un atto di parte e che demandarla al presidente in sede di decreto di fissazione di udienza avrebbe spostato su un soggetto terzo le

nullità conseguenti la mancata o erronea intimazione. Non è normata la disciplina della contumacia, l'articolo 706 ultimo comma dispone infatti che il convenuto debba costituirsi mediante il deposito di una comparsa contenente i requisiti di cui ai commi 2, 3 e 5 dello stesso articolo almeno 5 giorni prima dell'udienza, mentre l'articolo 708 1° comma, prevede che i coniugi devono comparire personalmente, "anche con l'assistenza dei rispettivi difensori". La locuzione anche fa pensare che in questa fase l'assistenza dei difensori non sia obbligatoria ma solo eventuale, il che contrasta con il disposto che prevede la costituzione del convenuto.

La previsione di quale sia il termine utile per la costituzione del convenuto consentirà anche di individuare la disciplina ed il momento della dichiarazione della contumacia.

Si osserva inoltre che non è previsto alcun termine a favore del ricorrente per la replica alle difese del convenuto.

Non è previsto l'iter del passaggio dalla fase dei provvedimenti provvisori a quella dell'istruttoria. L'articolo 708 comma 2 si limita a disporre in merito alla pronuncia dei provvedimenti provvisori senza disporre, ad esempio, che nell'ordinanza il Tribunale fissi un termine per memorie ed una udienza per la prosecuzione del processo.

Pare opportuno osservare che, dalla lettura testuale dei commi 3 e 4, sembra evidenziarsi la possibilità che il Tribunale possa definire il processo con ordinanza!!!, dandosi che i predetti commi prevedono: "Nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno il Tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione, allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio Avverso tale sentenza è ammesso solo appello immediato".

Non è previsto il termine ultimo per l'indicazione dei mezzi di prova come non sono previsti i tempi e le modalità di assunzione di assunzione dei mezzi di prova.

Non è prevista la possibilità di modificare ed integrare le conclusioni né l'udienza di precisazione delle conclusioni definitive.

Le osservazioni in merito alle singole norme che abbiamo tentato di effettuare, ci riportano alla considerazione iniziale, nel progetto manca la scelta di fondo relativa al rito e le incongruenze e contraddizioni evidenziate non sono sanabili se non effettuando con chiarezza questa scelta di fondo.

A questo proposito è necessario ribadire che gli avvocati, in sede di Congresso Nazionale Forense di Pisa, si sono espressi chiaramente contro il moltiplicarsi di riti speciali, che importano tra l'altro giudici speciali e per il rito ordinario, l'Aiaf si è più volte espressa contro il rito camerale. L'applicazione della novella per contro, ha creato sin'ora non pochi problemi, tra gli altri sottolineiamo il mancato coordinamento tra la fase presidenziale e quella istruttoria, che come ben sappiamo ha fatto nascere numerosi "riti locali" e l'incongruenza tra il sistema rigido delle decadenze ed i procedimenti in materia di famiglia ove, attraverso l'articolo 708 è sempre possibile, in corso di causa, introdurre nuovi elementi di valutazione.

L'auspicio del gruppo di lavoro è quello di individuare un rito contenzioso, con ampie garanzie per il diritto alla difesa, ma con caratteristiche di maggiore snellezza

rispetto all'attuale rito ordinario. Tale soluzione consentirebbe di usufruire, data peculiarità delle situazioni oggetto delle procedure in esame, - in costante divenire ed evoluzione - di una struttura processuale più rispondente alle reali esigenze dei cittadini-utenti, in definitiva consentirebbe un processo più giusto e rispettoso dei "tempi di maturazione" della vicenda umana.

Rilievi critici sull'articolo 707

Al di là del lodevole intento di unificare le procedure di separazione e divorzio, bisogna distinguere le fattispecie della separazione consensuale da quella del divorzio a domanda congiunta. La separazione consensuale, secondo la eminente dottrina è una fattispecie composta in cui due sono gli elementi essenziali: il consenso delle parti (sulla separazione prima ancora che sulle condizioni) e il provvedimento che lo recepisce. La volontà di separarsi, indipendentemente dalla sussistenza della intollerabilità della convivenza, è rimessa esclusivamente alle parti, mentre nel divorzio, fatta salva l'eccezione di riconciliazione (di cui peraltro il progetto non fa menzione), è comunque rimessa alla valutazione del tribunale tanto è vero che si parla di divorzio congiunto e non consensuale.

Anche per quanto riguarda la decorrenza degli effetti è necessario tenere distinte le due procedure. La separazione consensuale, dipendendo dalla esclusiva volontà dei coniugi, deve avere effetto salvo i problemi di pubblicità per quanto attiene allo scioglimento della comunione, dal momento della sottoscrizione e quindi dall'udienza ex presidenziale, mentre il divorzio, modificando uno status, non può che avere efficacia dal giorno della trascrizione.

Ciò premesso siamo assolutamente contrari a che l'omologa della separazione consensuale si trasformi in sentenza che recepisce le condizioni proposte dalle parti e proponiamo quindi per l'articolo 707 il seguente testo emendato:

"Il ricorso per separazione consensuale e la domanda congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti la prole ed i rapporti economici, è proposta con ricorso al tribunale. (emendare "in composizione monocratica in camere di consiglio" giusta i rilievi svolti al capitolo competenza). Il tribunale, sentiti i coniugi, (aggiungere e per il divorzio) verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse morale e materiale dei figli, omologa le condizioni proposte, decidendo (aggiungere in caso di divorzio) con sentenza.

Qualora il tribunale ravvisi che l'accordo dei coniugi relativamente al mantenimento istruzione ed educazione dei figli, nonché ad ogni altro aspetto dell'interesse morale e materiale degli stessi, è in contrasto con l'interesse della prole, riconvoca i coniugi indicando

* Loro le modificazioni da apportare nell'interesse dei figli e, in caso di inidonea soluzione può rifiutare allo stato l'omologazione (aggiungere o in caso di divorzio respingere la domanda con sentenza).

La separazione consensuale (aggiungere purché omologata acquista efficacia dal momento della sottoscrizione davanti al tribunale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio acquistano efficacia con la trascrizione della sentenza).

Articolo 710

In conseguenza dei rilievi di cui sopra sarà necessario emendare anche l'articolo 710 laddove dispone in materia di separazione. In particolare sia al primo che al secondo comma dovrà essere eliminato ogni riferimento alla separazione. A questo articolo andrà aggiunto un comma che recita: " L'ordinanza Presidenziale e l'omologa della separazione consensuale in caso di coniugi in regime di comunione dei beni, vengono trasmesse all'ufficiale di stato civile, al fine della annotazione dello scioglimento della comunione legale".

Articolo 711

Si contesta la mancata previsione della modificabilità delle pattuizioni che non riguardino l'interesse materiale e morale della prole o gli assegni di mantenimento per coniugi e figli.

Nelle separazioni consensuali vi sono spesso pattuizioni articolate anche relative a rapporti patrimoniali che devono poter essere parimenti modificabili.

Si propone quindi di chiudere l'articolo con le parole: "disporre la revisione delle precedenti disposizioni", eliminando le ultime quattro righe dell'articolo.

Articolo 712

A prescindere dalle questioni di merito ci pare troppo vago il rinvio alla mediazione in ogni stato e grado del giudizio.

Articolo 712 bis

Nell'articolo 712 bis, fermi i rilievi effettuati dal gruppo che si è occupato dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, riteniamo necessario inserire in calce al comma 6 il seguente inciso: " al sequestro in oggetto si applicano le disposizioni di cui all'articolo 686 c.p.c.. Per il credito già maturato l'avente diritto, anche in base all'ordinanza contenente i provvedimenti provvisori, può procedere al pignoramento delle somme sequestrate".

Articolo 712 ter

E' stata molto apprezzata dal gruppo la previsione normativa che attribuisce alla competenza del Tribunale Ordinario i procedimenti di cui agli articoli 316, 317 bis, 330, 332, 333, 334, 335, qualora si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori. Tale previsione consente una concreta parificazione della famiglia di fatto a quella legittima, consentendo di discutere nella medesima sede sia dell'affidamento regime di visite sia dell'assegno di mantenimento. Si deve censurare però che rimanga attribuita alla competenza del Tribunale dei Minorenni la emissione del provvedimento di cui all'articolo 333 nel caso di figli legittimi: pertanto l'articolo andrebbe emendato con l'eliminazione delle parole: "qualora si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori".

Il lodevole intento del progetto naufraga anche in questo caso sulla procedura applicabile. Non è previsto il rito da applicarsi.

Richiamiamo quindi in proposito le considerazioni precedentemente svolte.