

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

AVV. VINCENZO M. CARENA
AVV. GIULIA FACCHINI

DR. VALENTINA FERRERO
DR. EMANUELE OLMI

E-MAIL: carena.facchini@tiscalinet.it
P.IVA: 07378930015

10128 TORINO - CORSO GALILEO FERRARIS, 63
TEL. (+39) 011 517.85.99 (4 linee)
TELEFAX (+39) 011.518.46.49

20122 MILANO - VIA SAN SENATORE, 6/1
TEL. E TELEFAX (02) 80.56.890

SEPARAZIONE E DIVORZIO: PROBLEMI PROCESSUALI

LA FAMIGLIA DI FATTO

Innanzitutto è opportuno chiarire che le norme processuali che andremo ad esaminare si applicano soltanto ai matrimoni e non alle cosiddette famiglie di fatto. Questo non lo dico io ma la Corte Costituzionale la quale, con sentenza n. 166 del 13 maggio 1998 ha così statuito:

“La convivenza “more uxorio” rappresenta l'effetto di una scelta di libertà dalle regole costruite dal legislatore per il matrimonio, donde l'impossibilità, pena la violazione della libera determinazione delle parti, di estendere alla famiglia di fatto, per la diversità delle situazioni raffrontate, le regole anche processuali connesse all'istituto matrimoniale; pertanto, e' manifestamente infondata, in relazione agli art. 2, 3, 24 e 30 cost., la questione di costituzionalità del combinato disposto degli art. 151 comma 1 e 155 c.c., nella parte in cui, per l'appunto, non consente l'applicabilità alla cessazione della convivenza di fatto degli art. 706-709 c.p.c., dettati per il caso di separazione dei coniugi”.

QUALI SONO LE DOMANDE CHE SI POSSONO PROPORRE NELLE CAUSE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

Dice la Cassazione

“La trattazione congiunta di cause soggette a riti differenti può attuarsi, secondo le regole di cui all'art. 40 c.p.c. (nel testo modificato dalla l. n. 353 del 1990), soltanto laddove tali cause siano connesse ai sensi degli art. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.; conseguentemente non e' possibile il cumulo in un unico processo della domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio,

soggetta al rito della camera di consiglio, e di quella di scioglimento della comunione su un bene comune dei coniugi, soggetta a rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di connessione ma in tutto autonome e distinte. (Nella specie la S.C. ha confermato la pronuncia di improponibilità in sede di divorzio della domanda di divisione perché incompatibile col rito camerale)”.

Cassazione civile sez. I, 12 gennaio 2000, n. 266

Questa giurisprudenza è pacificamente applicata dalla nostra Settima Sezione che, con la stessa motivazione esclude di poter trattare nel giudizio di separazione qualunque questione che non sia connessa agli articoli 155 e 156 c.c.

IL RICORSO INTRODUTTIVO ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DI CUI ALL'ARTICOLO 4 LEGGE 898/1970 COSÌ COME MODIFICATO DALLA LEGGE 74/87

a) CONTENUTO DEL RICORSO E COSTITUZIONE DELL'ATTORE

L'articolo della legge sul divorzio, pone per il ricorso dei requisiti assai più articolati di quelli indicati dall'articolo 706 del codice di procedura civile per quanto riguarda la separazione. L'articolo in oggetto precisamente dispone che: *“La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone al tribunale del luogo in cui il coniuge ha residenza o domicilio oppure, nel caso di irreperibilità o di residenza all'estero, al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, nel caso di residenza all'estero di entrambi i coniugi, a qualunque tribunale della Repubblica. La domanda congiunta può essere proposta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.*

La domanda si propone con ricorso, il quale deve contenere:

- a) l'indicazione del giudice;*
- b) il nome e il cognome, nonché la residenza o il domicilio del ricorrente nel comune in cui*
- c) ha sede il giudice adito, il nome e il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del coniuge convenuto;*
- d) l'oggetto della domanda;*

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

- e) *l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, con le relative conclusioni;*
- f) *l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.*

Del ricorso il cancelliere dà comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove il matrimonio fu trascritto per l'annotazione in calce all'atto.

Nel ricorso deve essere indicata l'esistenza dei figli legittimi, legittimati od adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio.

Il presidente del tribunale fissa con decreto in calce al ricorso, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, la data dell'udienza di comparizione dei coniugi innanzi a sé e il termine per la notificazione del ricorso e del decreto. Nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace.

Tra la data della notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 bis del Codice di procedura civile ridotti alla metà.

I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi. Il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano, o comunque, se il coniuge istante dichiara di non voler proseguire nella domanda, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione o della dichiarazione di rinuncia all'azione.

Se il coniuge convenuto non compare o se la conciliazione non riesce, il presidente, sentiti, qualora lo ritenga strettamente necessario ma anche in considerazione della loro età, i figli minori, dà, anche d'ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti dinanzi a questo. L'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177 del Codice di procedura civile. Si applica l'art. 189 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile.

Nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno, il tribunale

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

emette sentenza non definitiva relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Avverso tale sentenza è ammesso solo appello immediato. Appena formatosi il giudicato, si applica la previsione di cui all'art. 10.

Quando vi sia stata la sentenza non definitiva, il tribunale, emettendo la sentenza che dispone l'obbligo della somministrazione dell'assegno, può disporre che tale obbligo produca effetti fin dal momento della domanda.

Per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva.

L'appello è deciso in camera di consiglio.

La domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio. Il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza. Qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli siano in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8 del presente articolo”.

L'articolo 23 della legge 74/87 a sua volta dispone che “Fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione personale dei coniugi si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art.4 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, come sostituito dall'art. 8 della presente legge”.

Da più parti si è ritenuto che la novella del 1990 sia appunto una novella e non costituisca l'invocato nuovo codice di procedura civile e quindi che le norme attualmente applicabili alla separazione siano quelle previste dal divorzio.

D'altro canto l'indirizzo dei progetti di legge, a parte quello criticabile sulla riforma degli articoli 706 c.p.c. e seguenti approvato dal Senato alla fine della scorsa legislatura, prevede una

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

disciplina processuale uniforme per i procedimenti di separazione e divorzio.

La norma dell'articolo 4 legge 898/1970, a differenza di quella del 163 c.p.c., non pone i requisiti del ricorso a pena di nullità. Quali sono quindi le domande indispensabili alla validità del ricorso e quali sono quelli superflue. Vediamo la giurisprudenza sul punto:

“La tempestività della domanda di corresponsione di assegno per il proprio mantenimento, da parte del coniuge che abbia promosso il giudizio di separazione, va riscontrata non già con riferimento alla fase di cognizione innanzi al giudice istruttore, bensì con riferimento all'atto introduttivo del giudizio di separazione che, in quanto tale, deve necessariamente contenere l'indicazione dell'oggetto della domanda e delle ragioni che la sorreggono”.

Cassazione civile sez. I, 23 febbraio 2000, n. 2064

E ancora: *“Nel processo di divorzio la costituzione in giudizio del ricorrente si perfeziona col deposito in cancelleria del ricorso contenente la domanda”.* Cassazione civile sez. I, 8 settembre 1992, n. 10291.

E se non ci bastasse:

“Nel procedimento di separazione personale ex art. 706 c.p.c. - che è unico, seppure distinto in due fasi, delle quali anche quella presidenziale ha carattere contenzioso - la costituzione dell'attore si perfeziona al momento e per effetto del deposito del ricorso introduttivo, che deve essere sottoscritto dal difensore munito di procura, instaurandosi attraverso tale deposito il rapporto cittadino-giudice e dovendo ex art. 36 disp. attuaz. c.p.c. la cancelleria provvedere alla formazione del fascicolo di ufficio ed all'iscrizione della causa a ruolo generale, nonché a ricevere gli adempimenti di cui all'art. 38 disp. attuaz. c.p.c., mentre la notificazione del ricorso e del decreto che fissa l'udienza di comparizione è finalizzata unicamente alla formazione del contraddittorio ed alla difesa della controparte. Ne discende che nel procedimento di separazione personale l'attore non ha l'onere, dopo l'udienza presidenziale, di costituirsi in giudizio anche davanti al giudice istruttore, restando inapplicabili le disposizioni fissate dall'art. 165 e 171, comma 1, c.p.c. e di conseguenza esclusi gli effetti perentivi del giudizio ex art. 307,

commi 1 e 2, c.p.c”

Cassazione civile, sez. I, 24 giugno 1989 n. 3095,

Queste sentenze quindi ci chiariscono il primo punto, nei procedimenti che iniziano con ricorso, la costituzione dell'attore avviene sin dal primo atto difensivo e quindi la tempestività delle domande formulate dovrà valutarsi, per il ricorrente, sulla base del ricorso introduttivo.

Per quanto riguarda il ricorrente deve ritenersi pacifica la tesi secondo la quale egli deve proporre tutte le proprie domande in sede di ricorso introduttivo (pare che la settima sezione civile non sia d'accordo su questa tesi ritenendo che il ricorrente possa ancora formulare le domande nella cosiddetta memoria integrativa. Gli avvocati del Gruppo famiglia e Aiap per contro ed a quanto mi risulta propongono comunque sempre tutte le domande in sede di ricorso inclusa quella di addebito (che al massimo, se infondata come spesso accade, può essere successivamente rinunziata).

b) COSTITUZIONE DEL CONVENUTO

Su questo punto si fronteggiano due tesi contrapposte, quella del cosiddetto “rito ambrosiano”, seguita anche dai Tribunali di Lucca, Nola ed altri e quella contraria al rito ambrosiano, ci sono poi molte soluzioni intermedie che vanificano completamente il principio della certezza del diritto.

La tesi ambrosiana risulta espressa nella seguente sentenza: *“Nei giudizi di separazione e di divorzio, il ricorso introduttivo, ritualmente notificato, è idoneo ad assolvere definitivamente alle funzioni di "edictio actionis" e di "vocatio in ius" proprie della domanda giudiziale; conseguentemente, anche la costituzione del convenuto deve avvenire anteriormente all'udienza presidenziale, secondo i termini previsti dal regime ordinario, ridotti alla metà, e le preclusioni ad essi connesse, mentre **ogni domanda successivamente proposta, salve le facoltà ex art. 183 c.p.c., deve ritenersi inammissibile perche' tardiva, a nulla rilevando un'eventuale accettazione del contraddittorio, espressa od implicita, ad opera della***

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

controparte". Tribunale Milano, 27 giugno 1997.

Che cosa consegue però dall'accoglimento di tale tesi? Consegue logicamente che: *"Il ricorso introduttivo del processo di divorzio deve contenere l'avvertimento di cui all'art. 163, n. 7, c.p.c.. In mancanza il ricorso e' nullo, e non sanabile ex art. 164 c.p.c."* Tribunale Lucca, 15 luglio 1996

Quindi, riassumendo, il rito ambrosiano prevede la costituzione dell'attore sin dal deposito del ricorso, l'obbligatorietà dell'avvertimento al convenuto a comparire all'udienza Presidenziale ed a costituirsi entro 20 giorni prima formulando tutte le domande ed eccezioni, pena la tardività delle stesse, anticipando in questo modo l'udienza prevista dall'articolo 180 c.p.c. alla fase presidenziale.

Nel silenzio della legge, questa soluzione che appare la più coerente sotto il profilo del diritto, non è però condivisa, per molte ragioni processuali e non solo, da altre autorità giudiziarie, vediamo cosa dice la Corte di Appello di Firenze: *"Nel procedimento di separazione la fase contenziosa del giudizio ha inizio con la rimessione delle parti dinanzi al giudice istruttore, dal momento che la fase presidenziale preordinata all'esperimento del tentativo di conciliazione resta fuori dal giudizio contenzioso di separazione. Conseguentemente, se la costituzione del convenuto avviene almeno venti giorni prima dell'udienza di rimessione delle parti dinanzi al giudice istruttore, la riconvenzionale formulata con la comparsa di risposta deve considerarsi ammissibile. (Nella specie, la Corte ha considerato tempestiva la domanda riconvenzionale proposta con la comparsa di costituzione e risposta, depositata sei giorni prima dell'udienza presidenziale, in quanto la costituzione del convenuto risultava anteriore di più di venti giorni rispetto alla udienza di prima comparizione delle parti dinanzi al giudice istruttore)".* Corte appello Firenze, 23 giugno 1999.

Vediamo ora l'altra tesi: premesso che il ricorrente deve formulare tutte le sue domande sin dal deposito del ricorso, il convenuto può assistere all'udienza Presidenziale senza costituirsi formalmente in giudizio e quindi senza formulare tutte le sua domande ed eccezioni. Il

Presidente quindi, come si fa qui a Torino, dà al ricorrente un termine per notificare al convenuto non costituito, o depositare in cancelleria se il convenuto si è costituito, una memoria integrativa, contenente l'avvertimento e le domande che si intendono mantenere ferme rispetto al ricorso. A questo punto si pongono due problemi:

- Il primo è quello di individuare quali siano le domande riconvenzionali in senso tecnico nelle procedure di separazione e divorzio:

“Nel giudizio di separazione e divorzio, i provvedimenti necessari alla tutela degli interessi morali e materiali della prole, tra i quali rientrano anche quelli di attribuzione e determinazione di un assegno di mantenimento a carico del genitore non affidatario, possono essere adottati d'ufficio”. Cassazione civile sez. I, 22 giugno 1999, n. 6312

Ne consegue che, essendo come vedremo inammissibili nei giudizi di separazione e divorzio tutte quelle domande che non siano ricomprese tra i provvedimenti del 155 e 156 c.c., le uniche **domande riconvenzionali** in senso tecnico sono, **per la sola separazione la domanda di addebito** e per entrambe le procedure la richiesta di **assegno di contributo al mantenimento o alimenti per il coniuge**.

- Il secondo è di individuare quale sia il termine ultimo entro il quale il convenuto che intenda proporre domande riconvenzionali deve costituirsi:

“Nel giudizio di separazione personale tra coniugi, la domanda riconvenzionale (nella specie, domanda di addebitabilità all'attore della separazione, avanzata dal convenuto nei cui confronti era stata richiesta analoga declaratoria) è tempestivamente introdotta con la comparsa di risposta in sede di costituzione avanti al g.i., ancorché non sia stata formulata in controdeduzioni scritte depositate, nella fase preliminare, avanti al presidente, posto che solo la costituzione avanti al g.i. predetto segna l'inizio della fase di cognizione”. Cassazione civile, sez. III, 1 giugno 1989 n. 2658.

Per la regolare introduzione della fase contenziosa avanti il G.I. però, seguendo l'impostazione della novella del 1990 relativamente al rito ordinario, bisogna che il ricorrente abbia formulato

l'intimazione a comparire e l'avvertimento al convenuto.

Cosa accade nel caso in cui il ricorrente abbia omissso di notificare al convenuto la memoria integrativa con l'avvertimento?

Sul punto vorrei leggervi e poi commentare una ordinanza, della Settima sezione civile in data 7/1/1997:

“ Nel caso di specie la parte convenuta si è regolarmente costituita in giudizio prima dell'udienza presidenziale depositando la comparsa di risposta.

Il Presidente, dati i provvedimenti provvisori, con l'ordinanza presidenziale fissava l'udienza avanti al G.I. e assegnava a parte ricorrente termine fino a 60 giorni prima della predetta udienza per il deposito di una memoria integrativa e a parte convenuta termine fino a venti giorni prima per replicare ai sensi e per gli effetti dell'art.167 c.p.c.

All'udienza ex art. 180 c.p.c. avanti a questo G.I. il procuratore dell'attore dichiarava di non aver iscritto la causa a ruolo e di non avere depositato la memoria integrativa e domandava di essere rimesso in termini.

Il procuratore della convenuta faceva rilevare l'inadempimento dell'attore e domandava la cancellazione della causa dal ruolo ex art. 307 c.p.c.

Eccepiva inoltre la nullità del ricorso introduttivo ai sensi dell'art.4 legge 898/1970 e successive modifiche.

Sulle questioni sollevate dalle parti rileva il G.I. che la costituzione di parte convenuta ha già sanato ogni eventuale nullità del ricorso introduttivo ex art.164, 3 comma c.p.c.

Per quanto attiene alla costituzione dell'attore è pacifico che egli debba considerarsi già regolarmente costituito con il deposito del ricorso (in questo senso Cass. n. 3095/89) posto che, pur essendo distinte la fase presidenziale da quella di trattazione avanti il G.I., il procedimento è unico.

Come già avveniva in passato, anche ora, entrata in vigore la riforma del codice di

procedura civile ritenuta applicabile anche ai procedimenti di separazione e divorzio, il ricorrente che nella prassi propone un ricorso succinto, deve successivamente integrare le sue difese mediante il deposito o la notificazione, a seconda che il convenuto si sia o meno costituito nella fase presidenziale, di una memoria integrativa contenente tutte le indicazioni di cui all'art.163 c.p.c.

Il convenuto che non si sia costituito all'udienza presidenziale e al quale sia l'ordinanza presidenziale sia la memoria integrativa dovranno essere notificate nel rispetto del termine di cui all'art.163 bis c.p.c., ha l'onere di costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata avanti al G.I. ex artt.166-167 c.p.c.

Qualora, invece, il convenuto si sia già costituito all'udienza presidenziale gli deve comunque essere data la possibilità di replicare alla memoria integrativa, prendendo posizione su tutti i fatti dedotti dall'attore.

In particolare, con riferimento alla posizione del convenuto si osserva che, se la regolare costituzione in giudizio avviene già per l'udienza presidenziale, egli può formulare in quella sede tutte le difese che si siano rese necessarie in relazione al contenuto del ricorso introduttivo.

Nella successiva memoria di replica prevista dall'ordinanza presidenziale egli dovrebbe invece proporre le domande e le eccezioni che si siano rese necessarie in conseguenza della successiva integrazione da parte dell'attore, nonché, a pena di decadenza, le eventuali domande riconvenzionali.

Infatti, in base all'orientamento seguito dal Tribunale di Torino, il ricorrente non deve inserire nel ricorso introduttivo l'avvertimento al convenuto previsto dall'art.163 n. 7 c.p.c. (contra Trib. Lucca 15/7/96 che ritiene che l'avvertimento debba già essere contenuto nel ricorso introduttivo a pena di nullità) con la conseguenza che il convenuto, costituendosi all'udienza presidenziale, non incorre nelle preclusioni di cui all'art. 167, potendo riservare il completo svolgimento di tutte le difese e la proposizione di eventuali

domande riconvenzionali fino alla memoria di replica alla memoria integrativa attorea.

Per quanto attiene alla posizione della parte attrice va osservato che il termine previsto dal Presidente per il deposito della memoria integrativa non è perentorio in quanto non si rinviene una norma che autorizzi il giudice a fissare un termine perentorio per tale incumbente (art.152 1 comma c.p.c.) con la conseguenza che non può essere invocato l'art. 307 c.p.c.

Nel caso di specie il termine ordinatorio previsto per il deposito della memoria integrativa poteva essere prorogato dal Giudice ai sensi dell'art.154 c.p.c., solo prima della sua scadenza.

L'istanza di "rimessione in termini" (rectius di proroga) avanzata dal procuratore di parte attrice solo all'udienza ex art. 180 e quindi dopo la scadenza del termine, è tardiva e deve essere rigettata considerata l'eccezione sollevata da controparte.

Ne consegue che la parte attrice deve ritenersi decaduta dal deposito della memoria integrativa con il conseguente divieto di proporre nuove domande diverse da quelle già introdotte con il ricorso.

La parte convenuta avrebbe comunque potuto depositare la memoria prevista dall'ordinanza presidenziale contenente eventuali altre difese e domande riconvenzionali.

Ciò posto, il presente giudizio deve dunque proseguire con la fissazione dell'udienza ex art.183 c.p.c".

Le affermazioni della menzionata ordinanza appaiono motivate in modo logico e conseguente ma rendono assolutamente evidente che il sistema delle preclusioni contenuto nella novella non riesce a trovare ingresso nelle procedure che iniziano con ricorso e di conseguenza nelle procedure di separazione e divorzio.

Se infatti non può essere perentorio il termine dato dal Presidente all'attore per notificare la memoria integrativa ugualmente non può essere perentorio il termine dato al convenuto per

costituirsì con la conseguenza che le decadenze maturano al più se le parti omettono di chiedere la proroga del termine dato dal Presidente esattamente come sopra riportato.

La Cassazione è andata ancora oltre affermando:

“Con la nuova disciplina del processo di divorzio introdotta con l'articolo 8 legge 74/1987, che ha sostituito l'articolo 4 l. 898/1970, è stato abrogato il potere del Presidente del Tribunale di assegnare un termine perentorio all'attore per notificare al convenuto la fissazione dell'udienza di comparizione avanti il giudice istruttore, con la conseguenza che, l'eventuale assegnazione di tale termine risulta irrilevante”. Cass. civ. l 27 novembre 1998 n. 12040.

E ancora: *“Con la nuova disciplina del processo di divorzio introdotta con l'art. 8 della l. 6 marzo 1987 n. 74, che ha sostituito l'art. 4 della l. 1 dicembre 1970 n. 898, è stato abrogato il potere del presidente del Tribunale di assegnare un termine perentorio all'attore per notificare al convenuto la fissazione dell'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore, con la conseguenza che l'eventuale assegnazione di tale termine risulta irrilevante (nella specie, non essendo stato notificato alla convenuta, non comparsa all'udienza presidenziale, il verbale di tale udienza entro il termine perentorio fissato dal presidente, l'attore aveva ottenuto dal giudice istruttore la fissazione di un nuovo termine)”. Cassazione civile sez. I, 28 ottobre 1995, n. 11315*

Questa esposizione credo che evidenzi senza più dubbi il vero “tallone d’Achille” della costruzione comunemente adottata dalla fazione contraria al rito ambrosiano, che è la mancanza di norme di coordinamento tra la fase Presidenziale introdotta con ricorso e la fase di merito.

Peraltro anche la costruzione giuridica del rito ambrosiano è criticabile in quanto destituita di fondamento normativo espresso e basata su una ricostruzione meramente analogica della fattispecie.

Questo dibattito peraltro non riguarda solo le procedure familiari ma tutte le procedure che iniziano con ricorso.

Afferma il dott. Di Benedetto, magistrato, in un articolo intitolato “ *Giudizi civili introdotti con ricorso*

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

nella disciplina della novella” apparso su Documenti Giustizia n. 9/95:

“Ove infatti- argomentando a contrario dall’assenza nell’art. 184 disp. att. di qualsiasi richiamo al n 7 dell’ art 163 c.p.c.- si ritenesse che fra gli elementi essenziali del ricorso non possa essere incluso l’avvertimento al convenuto, sarebbe possibile giungere ad affermare l’incompatibilità, con il nuovo rito ordinario, delle disposizioni degli artt. 615, 616, 617, 618, 619 nella parte in cui prevedono la proposizione della opposizione con il ricorso, stante l’inidoneità di tale atto- così come concepito in base all’art. 184 disp. att.- ad introdurre il processo secondo la sua nuova struttura. Ove invece si affermasse il contrario, la compatibilità dei due corpi verrebbe confermata.

Nel primo caso (incompatibilità fra i due corpi di norme) le conclusioni potrebbero essere le seguenti.

- A) Potrebbe affermarsi, sulla base di una presunta specialità delle norme riguardanti le opposizioni nei procedimenti esecutivi, la inapplicabilità ad esse della nuova disciplina del rito ordinario ritenendo quindi tutt’ora vigente per tali processi la disciplina del vecchio rito. Conclusione estrema, fondata sul principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, che urta tuttavia contro la difficoltà di ritenere speciale il corpo delle disposizioni di cui agli artt. 616 e 175 e segg. c.p.c. in presenza di un richiamo, quale quello agli artt. 175 e segg. c.p.c., che denota viceversa l’evidente volontà del Legislatore di assoggettare tali procedimenti alla disciplina generale del processo ordinario.
- B) Potrebbe ritenersi applicabile alle opposizioni in esame l’intero rito del lavoro considerato come disciplina generale di tutti i processi a cognizione piena introdotti con ricorso. Conclusione che tuttavia urta contro l’espresso richiamo agli artt. 175 e segg. c.p.c. .
- C) Potrebbe affermarsi – esclusa la specialità delle norme sulle opposizioni – l’opposto di quanto ipotizzato sub A; l’abrogazione cioè per incompatibilità con le nuove

disposizioni sul rito ordinario delle norme di cui agli artt. 615, 617 e 619 c.p.c nella parte in cui prevedono la proposizione dell'opposizione mediante ricorso, sicchè ogni opposizione - anche quelle ad esecuzione già iniziata ed anche quelle agli atti esecutivi - dovrebbe essere comunque introdotta con atto di citazione. Ipotesi questa che comporterebbe tuttavia il sacrificio delle esigenze di immediatezza e maggior speditezza sottese alla proposizione della domanda con ricorso allo stesso G.E. investito delle varie istanze di sospensione o di altri provvedimenti indilazionabili.

Trattasi di conclusioni comunque gravi e poco condivisibili che consigliano di esaminare con maggiore attenzione la questione dell'applicabilità ai ricorsi delle norme sull'avvertimento al convenuto chiedendosi soprattutto se, pur in assenza di espresse disposizioni in tal senso tale avvertimento costituisca elemento essenziale, non solo della citazione, ma anche dei ricorsi con i quali si introducano giudizi a rito ordinario, con conseguente nullità, quantomeno ex art.156 - comma 2, di quelli che ne fossero privi.

In tal caso, ove nulla si opponga alla ipotizzata applicabilità ai ricorsi delle norme sull'avvertimento di cui al n. 7 dell'art.163, la compatibilità fra i due corpi di norme sarebbe certamente confermata.

La risposta (positiva) a tale questione scaturisce da tre considerazioni.

La prima è che l'intera struttura del giudizio a rito ordinario poggia sul sistema di preclusioni delineato negli artt.167 e 183 c.p.c.;

La seconda è che le preclusioni di cui all'art. 167 sono indiscindibilmente legate all'avvertimento di cui all'art.163 n. 7;

La terza è che intorno all'atto di citazione il legislatore ha tracciato le linee generali dell'atto introduttivo del giudizio a rito ordinario.

Ne deriva che l'avvertimento di cui al n. 7 dell'art.163, essendo coesistente alle

preclusioni di cui all'art. 167 e, conseguentemente alla struttura dell'intero processo che su di esse è fondato, costituisce elemento necessario per la introduzione di qualsiasi giudizio con rito ordinario, sicchè la nullità dell'atto che ne risultasse mancante, discenderebbe non solo come nel caso della citazione dall'espressa disposizione dell'articolo 164 ma, prima ancora dalla norma generale contenuta nel 2 comma dell'art. 156 atteso che l'atto in questione sarebbe comunque inidoneo a produrre lo scopo suo proprio di introdurre il giudizio di cognizione.

La conclusione è che anche nei ricorsi mediante i quali si introducono giudizi a rito ordinario l'avvertimento di cui all'art. 163 n. 7 c.p.c sebbene non previsto da alcuna espressa disposizione, costituisce elemento essenziale, in difetto del quale l'atto dovrà considerarsi nullo, quantomeno ex art. 156 c.p.c. – 2 comma, per difetto dei requisiti di validità richiesti per qualsiasi atto con il quale si introducano giudizi a rito ordinario.

Adattando questa tesi alle procedure di separazione e divorzio si deve concludere che il cosiddetto "rito Ambrosiano", che come abbiamo visto prevede l'obbligatorietà anche per il convenuto di costituirsi formalmente già davanti al Presidente in quanto l'avvertimento viene inserito nel ricorso, è l'unico che mostra, pur nel silenzio della legge, una coerenza rispetto al sistema.

Bisogna peraltro ricordare che sia gli avvocati del "gruppo famiglia" sia i magistrati della VII sezione hanno ritenuto non utile l'adozione di tale rito sotto vari aspetti.

L'UDIENZA DI 180 E LA SUA UTILITÀ NELLA MATERIA FAMILIARE, QUALI ISTANZE SONO ACCOGLIBILI IN SEDE DI 180

Per ovviare sin d'ora alla necessità di disporre, sin dall'udienza di prima comparizione una c.t.u a carattere psicologico o di richiedere informazioni al servizio sociale ai sensi dell'art. 213 c.p.c., incumbenti spesso necessari ed indilazionabili in una controversia familiare, si potrebbe adottare la giurisprudenza del Tribunale di Milano che con la sentenza 19/12/1995 ha statuito: **"Nell'udienza di prima comparizione istituita dall'art. 180 c.p.c., novellato ex legge 534**

del 1995, è consentita la chiamata in causa del terzo. In detta udienza devono essere emessi i provvedimenti espressamente previsti dalla norma, ma il G.I. può altresì emettere ulteriori provvedimenti, giacchè l'elenco del 180 c.p.c. non ha carattere tassativo”.

Altro caso non infrequente nelle vicende familiari riguarda la necessità di modificare o integrare il provvedimento Presidenziale; anche su questo punto potrebbe soccorrere la giurisprudenza del **Tribunale di Milano che afferma la possibilità che in sede di 180 c.p.c. si discuta della richiesta di un provvedimento cautelare (Tribunale di Milano 20/7/1995).**

E' opportuno ricordare che sulle facoltà del G.I. in sede di udienza di 180 vi è una ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Rovigo (28/6/1995). **Nella specie il giudice ha ritenuto che contrastasse con le esigenze di concentrazione del processo il differimento della prima udienza di trattazione e l'introduzione di una udienza di prima comparizione nella quale non sono sostanzialmente previste attività istruttorie.**

L'UDIENZA DI 183 cpc

Utilità e necessità dell'udienza del 183 c.p.c.: in questi giudizi la comparizione delle parti è esperita pochi mesi prima dal Presidente non sempre le parti hanno maturato in quel breve lasso di tempo la decisione di addivenire ad un accordo; tutti noi sappiamo che è utile che il Magistrato “forzi la mano” dei nostri clienti per portarli ad una consensuale soltanto quando la vicenda sia “matura”. L'udienza del 183 c.p.c. è spesso un aggravio di lavoro inutile e dovrebbe essere esperita soltanto su segnalazione dei legali. Particolarmente gravosa appare poi l'udienza del 183 nel caso di contumacia in particolare nei casi non infrequenti ove non vi sia alcuna domanda accessoria ma si richieda semplicemente la pronuncia di separazione o di divorzio. Sul punto non ho però rinvenuto alcuna sentenza che suffraghi la mia tesi.

L'UDIENZA DI 184 IL PROBLEMA DELLE DECADENZE RISPETTO A CAUSE DA DECIDERE REBUS SIC STANTIBUS

Il sospetto di incompatibilità ontologica tra la novella del 1990 basata sul sistema delle

preclusioni, il cui cardine è l'avvertimento e le conseguenti decadenze, è confermata dalla sola sentenza di merito che si rinviene digitando 184 c.p.c. e separazione, la sentenza è peraltro significativa ed afferma:

“Ai giudizi di separazione personale dei coniugi e di divorzio sono parzialmente inapplicabili le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c. (novellati) nel senso che dette preclusioni non operano in materia di diritti indisponibili (come quelli circa l'affidamento e il mantenimento dei figli minori) mentre in tema di diritti disponibili operano soltanto nel senso della non allegabilità di prove relative a fatti avvenuti prima della scadenza di detti termini, restando sempre deducibili i fatti nuovi”.

Tribunale Catania, 30 aprile 1998

Peraltro è nella nostra pratica quotidiana l'esperienza della possibilità di introdurre, attraverso un ricorso ex articolo 708 c.p.c., domande, fatti e prove nuove in un giudizio di separazione e ugualmente per il divorzio.

Per concludere a proposito di 183 e 184 c.p.c. in materia di famiglia, vediamo un paio di sentenze sul problema delle mutatio o emendatio libelli.

“Il principio che l'addebitabilità della separazione può essere pronunciata anche per fatti sopravvenuti o comunque conosciuti nel corso del giudizio di separazione, non esclude il rispetto delle norme processuali ed in particolare del fondamentale principio del contraddittorio, con a conseguenza che tali fatti possono perciò acquistare rilievo solo se la richiesta di addebito sia stata proposta tempestivamente, trovando altrimenti applicazione le preclusioni di cui agli art. 183 e 184 c.p.c.”. Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1994 n. 1919,

“Costituisce domanda nuova, e non e' pertanto proponibile dopo la prima udienza istruttoria, la richiesta di addebito della separazione formulata nel corso del giudizio dalla moglie (attrice) la quale, nel costituirsi davanti al g.i., aveva formalmente omissso di chiedere che la separazione venisse addebitata al coniuge”.

Tribunale Trieste 24 luglio 1981

LA SENTENZA PARZIALE DI SEPARAZIONE

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

Vi è un problema di coordinamento tra la procedura di separazione e la legge di modifica del divorzio (74/87) laddove prevede la pronunciabilità di sentenza parziale ove l'istruttoria sulle questioni patrimoniali e/o di affidamento si presenti complessa.

Il Tribunale di Milano, con una famosa e pluricommentata sentenza si è così pronunciato sul punto:

“L'applicabilità al giudizio di separazione personale dei coniugi della disciplina processuale del divorzio, prevista dall'art. 23, comma 1 l. n. 74/1987, determina la possibilità, anche ai sensi dell'art. 277 c.p.c., di pronunciare sentenza di separazione non definitiva e soggetta ad appello immediato, qualora il processo debba continuare per risolvere, a prescindere dallo "status" di separato già acquisito da ciascuno dei coniugi, questioni residue in ordine ai rapporti personali e patrimoniali relative ai coniugi stessi ed ai loro figli, non escluso l'accertamento dell'addebitabilità; la domanda di separazione personale proposta dai coniugi è, invero, pienamente autonoma, sul piano ontologico ed effettuale, una volta accertata l'improseguibilità della convivenza, rispetto alla domanda diretta a provocare la dichiarazione di addebito ed a regolare ogni altra pendenza collegata alla separazione, per cui il giudice del merito, su istanza di una o di entrambe le parti che v'abbiano interesse, può pronunciare, senza che occorran ulteriori accertamenti istruttori, la separazione personale, riservandosi di decidere "in prosieguo" su ogni altra richiesta avanzata dalle parti, fermo restando che per la pronuncia del divorzio è sufficiente l'acquisizione dello stato di coniuge separato.

Tribunale Milano, 16 novembre 1995

La Corte di Appello di Bologna 22 dicembre 1998 non è d'accordo ed ha affermato:

“E' nulla la sentenza non definitiva con la quale il giudice di I grado, essendo stata chiesta la separazione con addebito, abbia dichiarato la separazione e disposto la prosecuzione del giudizio sull'addebito”.

La Cassazione ha risolto il conflitto stabilendo che:

“La norma del processo di divorzio, secondo la quale il tribunale emette sentenza non definitiva

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

immediatamente appellabile in ordine allo "status", con rimessione al definitivo di ogni altra decisione sui provvedimenti accessori, è applicabile anche ai giudizi di separazione personale (in motivazione, la corte ha precisato che tale principio non confligge con quello che esclude che possa essere rinviata al definitivo la pronuncia sull'addebito)". Cassazione civile sez. I, 29 novembre 1999, n. 13312

Quindi sì alla sentenza parziale anche nelle procedure di separazione, no alla pronuncia sulla separazione che prescinda dall'addebito.

Per quanto riguarda quale sia l'ambito della sentenza parziale di divorzio e simmetricamente l'ambito delle questioni che possano essere rimandate a successiva istruttoria si richiama la Cassazione:

"L'art. 4, comma 9, l. 1 dicembre 1970 n. 898, nel testo introdotto dall'art. 8, l. 6 marzo 1987 n. 74, - il quale prevede, anche senza istanza di parte, la pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio, nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno - configura non una deroga, ma un'ipotesi di applicazione del principio generale di cui all'art. 277 comma 2 c.p.c., con l'unico elemento distintivo della sostituzione all'istanza di parte ed alla necessaria verifica della sussistenza di un apprezzabile interesse concreto di questa alla sollecita definizione della domanda, di una valutazione generale ed astratta della rispondenza della pronuncia non definitiva ad un interesse siffatto. Conseguentemente vanno ravvisati i presupposti per una pronuncia non definitiva di divorzio in ogni caso in cui restino ancora da definire i rapporti patrimoniali tra i coniugi ovvero quelli, patrimoniali e non, nei confronti dei figli o anche altre questioni pendenti tra le parti che richiedano indagini istruttorie".

Cassazione civile sez. I, 20 febbraio 1996, n. 1314

La Settima Sezione civile ritiene che:

"Si respinge l'istanza di fissazione di udienza di precisazione delle conclusioni per la pronuncia di una sentenza parziale di separazione, staccata dalla pronuncia sull'addebito.

Se è vero infatti che qualche isolato Tribunale ammette tale possibilità, argomentando dall'art. 4 comma 9 della legge n. 898 del 1970 nella formulazione introdotta dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987 ed applicando l'estensione di cui all'art. 23 della citata legge n. 74/87 (in tal senso cfr.

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

Tribunale di Milano 29.9.1994 in Famiglia e Diritto n. 1 del 1995) , ritiene questo Giudice che la formulazione letterale dell'art. 151 secondo comma c.c. renda impossibile tale pronuncia parziale in concreto.

L'art. 23 della legge 74/87 infatti dispone che la disciplina dell'art. 4 legge div. si applichi ai giudizi di separazione personale dei coniugi in quanto COMPATIBILI, laddove l'art. 151 c.c. disponendo al primo comma che la separazione possa essere pronunciata "quando si sono verificati fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole" ed al secondo comma che "il Giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne sia richiesto e ne ricorrano le circostanze, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione in considerazione dei sui doveri in contrasto con il matrimonio", rende indispensabile una valutazione complessiva della condotta dei coniugi e delle ragioni che hanno determinato il fallimento del matrimonio.

Non si vede, in altri termini, come potrebbe il Giudice motivare una sentenza parziale di separazione in punto intollerabilità della convivenza, senza entrare anche nel merito dell'addebito, qualora richiesto.

In questi termini l'applicazione della disciplina dell'art. 4 legge div. alla separazione deve ritenersi incompatibile con tale giudizio.

In tal senso pare essersi espressa anche la Corte di Appello di Roma con sentenza 28.4.1997 (in Giust. Civile, Dic. 1997).

E ancora, si osserva come, in termini pratici, la scissione della pronuncia della separazione da quella sull'addebito e sulle questioni patrimoniali conseguenti possa dare luogo a pratici inconvenienti notevoli: si pensi al caso in cui, senza attendere la pronuncia definitiva sulle questioni patrimoniali uno dei coniugi intenti subito, decorsi i tre anni di rito, la procedura per il divorzio, chiedendo di nuovo pronuncia parziale di divorzio con prosecuzione della causa sulle questioni patrimoniali, questioni che non potranno essere nemmeno prese in considerazione ab initio, non essendo ancora stata emessa la sentenza di separazione definitiva. Uno dei parametri per la pronuncia divorzile in tema di questioni economiche è costituito infatti dalle "ragioni della decisione", che secondo l'interpretazione più accreditata, consistono in una

valutazione anche delle ragioni della separazione e della sua addebitabilità.

Problematica si prospetta altresì la questione circa i poteri spettanti al Presidente innanzi al quale i coniugi separati solo "parzialmente" compaiano per il divorzio circa i "provvedimenti urgenti" di cui all'art. 4 legge div.

I RICORSI EX ARTICOLI 708 c.p.c. E 4 co 8 LEGGE DIVORZIO NATURA, RECALMABILITA' E RAPPORTI CON L'ARTICOLO 700 c.p.c.

Il primo dei problemi che ci si pone è quello della diversa formulazione dell'articolo 708 c.p.c. rispetto all'articolo 4 co. 8 legge divorzio. Afferma infatti il primo che: *"Se si verificano mutamenti nelle circostanze, l'ordinanza del Presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177"* mentre il secondo dispone: *"L'ordinanza del Presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177."*

Problema dibattuto in giurisprudenza è se in forza del disposto dell'articolo 23 legge divorzio, la norma di cui all'articolo 4 comma 8, si applichi alla separazione, con la conseguenza che anche i provvedimenti Presidenziali di separazione siano sempre modificabili e non solo quando vi siano "fatti nuovi".

Il Tribunale di Napoli, la sentenza è in Famiglia e Diritto ed è commentata, afferma:

"L'ordinanza emessa dal presidente a norma dell'art. 708 comma 3 c.p.c. può essere revocata o modificata ad opera del G.I. - anche in assenza di mutamenti nelle circostanze - in base ad una diversa valutazione dei medesimi elementi di fatto già noti al presidente".

Tribunale Napoli, 14 novembre 1995

Quale è la natura dei provvedimenti emessi ex articolo 708 c.p.c.?

"I provvedimenti temporanei e urgenti che il presidente del tribunale o il giudice istruttore può adottare nell'ambito del procedimento di separazione personale dei coniugi, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., "nell'interesse dei coniugi e della prole", pur essendo privi del requisito della strumentalità, rivestono finalità cautelari e rappresentano lo strumento normativamente previsto

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

per assicurare con urgenza il soddisfacimento delle esigenze di tutela che emergono nella fase iniziale della crisi dei rapporti coniugali. Di conseguenza, è inammissibile, nell'ambito del procedimento per separazione personale dei coniugi, il ricorso alla tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., stante il carattere residuale di quest'ultima".

Tribunale Taranto, 8 marzo 1999

A tale proposito chiarisce il Tribunale di Firenze con la sentenza 11 dicembre 1999:

"E' inammissibile il ricorso d'urgenza volto ad ottenere l'allontanamento del coniuge dalla casa di abitazione coniugale, avendo l'ordinamento previsto uno strumento tipico per soddisfare detta esigenza, cioè l'ordinanza presidenziale per i provvedimenti temporanei e urgenti del procedimento di separazione di coniugi".

Queste pronunce definiscono quindi i provvedimenti in oggetto a finalità "cautelare" ma poi i magistrati, quando si tratta di trarne tutte le logiche conseguenze del caso si tirano indietro ed infatti il Tribunale di Roma ha affermato in data 27 gennaio 1994:

"La nuova disciplina sui procedimenti cautelari non si applica ai provvedimenti temporanei e urgenti emessi dal presidente o dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione dei coniugi (in applicazione di tale principio è stata dichiarata la inammissibilità del reclamo proposto avverso il provvedimento del giudice istruttore di modifica dell'originaria ordinanza presidenziale)".

Tribunale Roma, 27 gennaio 1994

Questa disciplina unitamente a quella relativa ai cautelari che andiamo ora ad esaminare è in odore di incostituzionalità alla luce dei principi sul giusto processo posti dalla nuova formulazione dell'articolo 111 nonché degli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Il Tribunale di Trani, in data 26 novembre 1997 però, investito della questione ha ritenuto:

"E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 669 quaterdecies nella parte in cui esclude che i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole dati nel processo di separazione siano reclamabili".

I PROCEDIMENTI CAUTELARI ORDINARI E SPECIALI, ESEGUIBILITÀ DEI CAUTELARI SPECIALI

Si ringraziano gli avvocati Romilda e Beatrice Blanc che mi hanno concesso di attingere a piene mani dalla relazione da loro predisposta sul punto.

Il sequestro conservativo (disciplinato dagli articoli 2905 c.c. e seguenti 671 c.p.c. e seguenti) è una misura preventiva e cautelare tipica, di cui il creditore può avvalersi quando ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito costituita dal patrimonio del debitore. La funzione del sequestro conservativo, come sapete, è quella di conservare al creditore l'integrità del patrimonio del debitore, in modo da poter trovare la sua soddisfazione coattiva, attraverso l'espropriazione forzata, secondo il disposto dell'art. 2910 c.c.

I singoli beni del debitore vengono quindi in rilievo, non per la loro individualità, ma in relazione al loro valore complessivo; il giudice nel concedere il sequestro si limita a determinare il valore fino a concorrenza del quale il sequestro può essere eseguito su qualsiasi bene del debitore.

Funzione fondamentale del sequestro conservativo è quella di pignoramento anticipato, nel senso che nel momento in cui il creditore ottiene la sentenza di condanna esecutiva, il sequestro si converte in pignoramento ai sensi dell'art. 686 c.p.c..

A diversa esigenza risponde invece il sequestro giudiziario di cui all'art. 670 1° comma c.p.c., che può essere concesso sui singoli beni di cui sia controversia la proprietà o il possesso ed appaia pertanto opportuno (in quanto sussista il periculum in mora, che qui è pericolo di alienazione sottrazione, ecc.) provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene.

Questo tipo di sequestro, che può concernere solo beni non fungibili, è quindi strumentale alla pronuncia di merito sulla titolarità del bene e volto a garantire che, all'esito del giudizio, colui che sarà riconosciuto proprietario o legittimo possessore, possa effettivamente acquisire la res, che sarà stata nel frattempo preservata dal pericolo di alienazione a terzi, sottrazione, distruzione.

Caratteristica comune ad entrambi i sequestri ordinari che perdono efficacia qualora non vengano portati ad esecuzione, entro trenta giorni dalla pronuncia (art. 675 c.p.c.) e non vengano

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

azionata il procedimento di merito, sempre entro trenta giorni dalla pronuncia, come previsto dall'art. 669 novies c.p.c..

Posta questa necessaria premessa, passiamo all'esame dei sequestri speciali evidenziandone le differenze rispetto al sequestro conservativo, cui vengono spesso assimilati anche se in realtà, come vedremo, le differenze sono molte e di non poco conto, tanto che sarebbe forse più corretto ritenere tali sequestri un genere a se stante.

L'art. 156 6° comma c.c. dispone: *“in caso di inadempienza, (del pagamento dell'assegno di mantenimento per il coniuge e/o per i figli), su richiesta dell'avente diritto il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto”.*

L'art. 8 comma 7 legge 898/70 dispone:”

Per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli art. 5 e 6, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro dei beni del coniuge obbligato a somministrare l'assegno. Le somme spettanti al coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno di cui al precedente comma, sono soggette a sequestro e pignoramento fino alla concorrenza della metà per il soddisfacimento dell'assegno periodico di cui agli art. 5 e 6”.

Il primo elemento che differenzia in maniera radicale questi sequestri da quello conservativo è il loro carattere non cautelare.

Invero, mentre il sequestro conservativo ha un efficacia strettamente connessa all'esito del giudizio di merito e può colpire anche tutti i beni mobili ed immobili del debitore i sequestri speciali in oggetto non devono essere seguiti da alcun giudizio di merito, in quanto presuppongono la preventiva esistenza di un titolo con efficacia esecutiva e soprattutto non possono convertirsi in pignoramento.

Dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto che la finalità di questi sequestri non è tanto quella

di garantire la fruttuosità dell'esecuzione quanto quella di esercitare sull'obbligato una coazione "anche psicologica" tesa a rafforzare la condanna ed a provocare l'adempimento attraverso la minaccia della lesione.

Cass. 20 febbraio 1989 n. 4861, Cass. 5 febbraio 1988 n. 1261, C. Cost. 16 luglio 1996 n. 258.

Anche relativamente ai presupposti questi sequestri atipici divergono dal sequestro conservativo. Nel sequestro ordinario occorre dimostrare la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora. **Per i sequestri in parola è sufficiente invece dimostrare l'inadempienza del debitore agli obblighi di mantenimento.**

Andiamo ora ad esaminare che cosa s'intende per inadempienza nelle diverse fattispecie previste dall'art.156 c.c. e nell'art. 8 legge divorzio.

Nell'ipotesi di cui all'art. 156 comma 6 c.c., per inadempienza s'intende:

- a) Il mancato adempimento dell'obbligo di versare l'assegno di mantenimento per coniuge e figli;
- b) Il mancato adempimento dell'obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale, di cui al comma 4 dello stesso articolo 156 che il giudice può imporre al coniuge obbligato se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di mantenimento posti a suo carico (in pratica, per l'effetto, il debitore può costituire ipoteca volontaria su propri beni immobili, consegnare impegno al coniuge beni mobili o universalità di mobili o propri credito, ovvero fare in modo che terze persone costituiscano in favore dell'altro coniuge un'ipoteca volontaria o un pegno o ancora consegnare fideiussione prestata da persona solvibile o da istituto bancario);
- c) La mancata osservanza degli accordi assunti in sede di separazione consensuale, garanzia dell'adempimento degli obblighi di mantenimento, ipotesi questa ritenuta dalla giurisprudenza assimilabile alla precedente, come si vedrà meglio in seguito (C. Cost., 19.1.1987 n. 5; C. Cass., 12.5.1998 n. 4776).

Per quanto attiene al sequestro di cui all'art. 8, l. 898/70, autorevole dottrina ritiene invece

sufficiente, il mero periodo nel ritardo e non un vero e proprio inadempimento, dottrina che non pare tuttavia confermata dalla giurisprudenza.

Per quanto attiene all'**oggetto** dei sequestri, si rileva che, mentre ai sensi dell'art. 156 cod. civ. il sequestro è limitato a parte dei beni dell'obbligato, l'art. 8 l. Div. ha una portata più ampia, prevedendo che possibile **oggetto di sequestro siano tutti i beni dell'obbligato**, oltre alle somme allo stesso spettanti fino alla concorrenza della metà.

Per quanto attiene all'**efficacia nel tempo** del provvedimento, si osserva che i sequestri in esame **costituiscono un vincolo a tempo indeterminato**, fatta sempre salva la possibilità di revoca o modifica.

Si tratta di un'ulteriore fondamentale differenziazione dei sequestri speciali rispetto a quelli ordinari, la cui efficacia è invece limitata nel tempo (essendo subordinata all'avvio dell'azione di merito nei termini perentori di legge – art. 669 novies c.p.c.).

Ciò d'altra parte non stupisce più di tanto, tenuto conto della diversa ratio sottesa ai due generi di sequestro. Mentre, infatti, il sequestro giudiziario e conservativo sono strettamente connessi al giudizio di merito, in quanto finalizzati a garantire la soddisfazione del credito, i sequestri speciali, come visto, in quanto non collegati al giudizio di merito ed alla successiva fase dell'esecuzione (non si convertono mai in pignoramento), sono mezzi cautelari **atipici**, diretti a svolgere anche una funzione di coazione psicologica sull'obbligato, per garantire il futuro adempimento (ad ogni scadenza) degli obblighi di mantenimento.

ART. 156 C.C. – QUESTIONI DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE -

L'art. 156, comma 6, cod. civ., è stato oggetto di numerose pronunce della Corte Costituzionale, recepite dalla giurisprudenza di legittimità, le quali ne hanno ridisegnato, ampliandolo, il campo di applicazione.

Pare pertanto opportuno procedere al loro esame.

Sulla applicabilità anche ai coniugi separati consensualmente.

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

E' stata sollevata la questione circa l'applicabilità dell'art. 156 cod. civ. anche in ipotesi di separazione consensuale.

Con sentenza del 19.1.1987 n. 5 la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 6 dell'art. 156 cod. civ. nella parte in cui non prevede che le disposizioni ivi contenute si applichino ai coniugi separati consensualmente.

Conforme a questo indirizzo è la sentenza n. 144 del 1983 della Corte Costituzionale, con cui è stato dichiarato illegittimo il comma 6 dell'art. 156 cod. civ. nella parte in cui non prevede che le disposizioni ivi contenute si applichino a favore dei figli dei coniugi separati consensualmente.

Una volta sancita dunque in via generale l'estensibilità della disciplina di cui all'art. 156 comma 6 cod. civ. anche ai casi di separazione consensuale, la tematica è stata approfondita dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento non già alla corresponsione più o meno regolare dell'assegno di mantenimento nel suo preciso ammontare (ipotesi in cui, alla luce delle sentenze della Consulta, è indubbio che si possa fare ricorso al sequestro di cui all'art. 156 c. 6 cod. civ.), bensì al caso del venir meno della garanzia prestata e/o concordata a tutela del pagamento dell'assegno.

La Corte di cassazione, con sentenza 12.5.1998 n. 4776, ha ribadito che, in caso di violazione delle prescrizioni concordate tra i coniugi volte a garantire l'osservanza dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento, si possa fare ricorso al sequestro de quo:

nella specie, l'assegno di mantenimento era commisurato al 75% dei redditi prodotti dalle azioni e partecipazioni societarie di cui il marito era titolare; i coniugi avevano altresì inserito tra le condizioni della separazione il divieto per il marito di cederle ad altri, senza la preventiva autorizzazione della moglie.

Il marito, pur continuando a corrispondere l'assegno concordato, aveva tuttavia alienato le azioni.

La moglie si era quindi rivolta al tribunale, chiedendo il sequestro della somma ricavata dalle dette azioni e partecipazioni societarie.

Il Tribunale di Bologna aveva respinto la domanda e la Corte d'appello aveva confermato la sentenza di primo grado, argomentando che il marito, con siffatta alienazione, non si era in realtà reso inadempiente all'obbligo di mantenimento assunto con i patti della separazione consensuale e che, pertanto, difettava la *conditio sine qua non* per la concessione del richiesto sequestro.

Di avviso contrario è stata invece la Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto che l'alienazione dei titoli integrasse gli estremi dell'inadempienza di cui all'art. 156 cod. civ., poiché alterava il complesso dei rapporti patrimoniali stabiliti fra i coniugi, tra cui dovevano essere fatte rientrare anche le garanzie, implicite o esplicite, accessorie degli stessi.

Sulla proponibilità dell'istanza di sequestro in corso di causa.

Altra questione sottoposta all'esame della Corte Costituzionale è stata quella della applicabilità dell'istituto di cui all'art. 156 c.c. anche in corso di causa e non solo, come espressamente previsto dal testo di legge, a conclusione del procedimento con l'emanazione della sentenza di separazione.

Il problema è stato risolto con la sentenza del 19 luglio 1996 n. 258, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, comma 6, cod. civ., nella parte in cui non prevede che il G.I. possa adottare, nel corso della causa di separazione, il provvedimento di sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato al mantenimento.

Pur mancando una pronuncia analoga con riferimento al sequestro di cui all'art. 8 l. div., la giurisprudenza di merito non dubita che anche nel corso di questo giudizio possano essere concessi i sequestri speciali qui presi in considerazione.

L'orientamento giurisprudenziale in materia non è tuttavia univoco circa la norma applicabile nel corso della causa di divorzio.

Taluni tribunali (Cfr. Trib. Verona 17.11.1993) ritengono pacificamente applicabile il sequestro di cui all'art. 8 l. div. già in corso di causa, senza doversi fare ricorso all'art. 156 cod. civ. e ciò sul presupposto che i due istituti sarebbero paralleli ed avrebbero, pertanto, la medesima

estensione applicativa.

Altri (Cfr. Trib. Milano) ritengono invece che nel corso del procedimento divorzile non possa essere disposto il sequestro ex art. 8 l. div. e ciò per la ragione che, non essendoci ancora pronuncia di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio ed essendo quindi i coniugi ancora in regime di separazione, si potrebbe applicare solo l'istituto previsto dall'art. 156 c.c. e non già quello di cui alla legge divorzile, riservato alle sole ipotesi in cui già intervenuta la sentenza che definisce il relativo giudizio.

Applicabilità dei sequestri speciali alla famiglia di fatto.

Con riferimento al sequestro di cui all'art. 156 c.c., la giurisprudenza costituzionale ha equiparato la posizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi.

Con sentenza interpretativa di rigetto del 18 aprile 1997 n. 99, la Corte ha dichiarato che l'art. 156 c.c. deve ritenersi applicabile anche in ipotesi di figli naturali e, quindi, al di fuori del procedimento di separazione, individuando in questo modo nel sequestro *de quo* un ulteriore mezzo di tutela speciale, ma non eccezionale, della prole in generale.

Un'interpretazione che ne escludesse l'estensione a favore dei figli naturali, riconosciuti o dichiarati, non coglierebbe, sempre secondo la Consulta, l'intima *ratio* della norma né la valenza sistematica del principio di responsabilità genitoriale e condurrebbe quindi ad una inaccettabile disparità di trattamento.

PROBLEMI PROCESSUALI DELL'APPELLO TERMINI E FORMA

“I termini per proporre appello contro una sentenza di divorzio sono quelli previsti dalla disciplina generale delle impugnazioni civili. L'assoggettamento del giudizio d'appello in causa di divorzio alle regole dei procedimenti in camera di consiglio, non incide sulla disciplina ordinaria dei termini per impugnare, applicabile - in difetto di contraria espressa indicazione di legge - ogni volta che oggetto dell'impugnazione è una sentenza”.

Cassazione civile sez. I, 20 dicembre 1994, n. 10950

Quindi appello entro 30 giorni dalla notifica della sentenza o entro un anno e quarantacinque giorni dalla pubblicazione.

Quanto alla forma:

“L'appello contro la sentenza che pronuncia la separazione personale dei coniugi va proposto con ricorso, da depositarsi in cancelleria nei termini ordinari di impugnazione. Ove sia proposto con atto di citazione, l'impugnazione è ammissibile, per il principio di conversione degli atti processuali viziati, unicamente ove la costituzione dell'appellante sia intervenuta nei citati termini: in caso contrario, l'inammissibilità del gravame non può essere evitata neppure attraverso l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini”.

Cassazione civile sez. I, 17 gennaio 1998, n. 367

Le parti

“Nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori o incapaci, a norma degli artt. 4 e 5 l. n. 898 del 1970 (come novellati dalla l. n. 74 del 1987), il p.m. è litisconsorte necessario in concorrenza con le parti private ed e' titolare di un autonomo potere di impugnazione in relazione agli interessi dei suddetti figli, con la conseguenza che, ove uno dei coniugi abbia proposto appello avverso un capo della sentenza di primo grado riguardante i predetti interessi, il relativo atto d'appello deve essere notificato anche al p.m. presso il tribunale e, in difetto di notifica, il giudice di secondo grado deve disporre l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti a norma dell'art. 331 c.p.c.; tale integrazione e' necessaria anche quando nel giudizio di secondo grado sia ritualmente intervenuto il procuratore generale presso la corte d'appello, atteso che il p.m. presso il giudice "ad quem" non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado e pertanto dal suo intervento non possono conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ai sensi del citato art. 331 c.p.c.”.

Cassazione civile sez. I, 29 ottobre 1998, n. 10803

I termini di comparizione

“Nel giudizio di appello avverso la sentenza dichiarativa dello scioglimento degli effetti civili del matrimonio (che va deciso, ex art. 8 l. n. 74 del 1987, "in camera di consiglio"), tra la data di

notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione non devono intercorrere i termini di comparizione fissati dall'art. 163 bis c.p.c. (ridotti alla metà), così come disposto dall'art. 4, comma 6 della l. n. 898 del 1970 per il procedimento di primo grado, essendo il principio del contraddittorio rispettato, in appello, per il solo fatto che il ricorso introduttivo sia portato a conoscenza della controparte, e sia assicurata ad entrambe le parti la possibilità di partecipare al processo e di far valere le loro ragioni mediante organizzazione di una tempestiva difesa tecnica”.

Cassazione civile sez. I, 19 febbraio 2000, n. 1916

E se il ricorrente si dimentica di notificare ricorso in appello e decreto di fissazione dell'udienza al convenuto?

“Nel giudizio di appello di divorzio, la inutile scadenza del termine, assegnato al ricorrente per la notifica alla controparte del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione, costituisce inosservanza di termine ordinario, il quale, ai sensi dell'art. 154 c.p.c., può essere prorogato dal giudice che l'ha emesso solo a condizione che non sia ancora scaduto, che la proroga non superi la durata del termine originario e che ricorrano motivi particolarmente gravi; per ciò, la illegittimità della proroga del termine ordinario inutilmente scaduto, implicita nella successiva fissazione di nuova udienza e nuovi termini, non è sanata dalla costituzione dell'appellato e, al pari della inutile decorrenza di un termine perentorio, è rilevabile d'ufficio”.

Corte appello Roma, 28 marzo 1995

Quindi attenzione, la inutile decorrenza del termine per la notifica del ricorso e decreto in appello, a differenza di ciò che avviene per il ricorso e decreto di primo grado, porta al passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

Tutto ciò vale anche per la separazione?

“Ai sensi dell'art. 23 della l. n. 74 del 1987 - che ha esteso ai giudizi di separazione personale tra i coniugi le regole dettate per il giudizio di divorzio dall'art. 8 della stessa legge che ha modificato l'art. 4 della l. n. 898 del 1970 - l'appello avverso le sentenze di separazione deve essere trattato con il rito camerale, il quale si applica all'intero procedimento, dall'atto introduttivo (ricorso anziché citazione) alla decisione in camera di consiglio”.

Cassazione civile sez. I, 11 ottobre 1999, n. 11386

E l'appello incidentale tardivo è ammissibile (quello che si rende necessario alla luce dell'appello incidentale proposto dall'appellato?)

“L'appellante deve formulare tutte le sue censure con l'atto d'appello e nulla può aggiungere nel prosieguo, perchè, in forza della regola della specificità dei motivi, con tale atto consuma definitivamente il diritto d'impugnazione, fissando i limiti di devoluzione della controversie in sede di gravame. (Nella specie l'appellante principale aveva formulato nuovi motivi con l'appello incidentale, contenuto nella comparsa di risposta all'appello della controparte, e sugli stessi la corte d'appello non si era pronunciata; la S.C., sul rilievo che all'appellante principale è precluso l'appello incidentale e sulla base dell'esposto principio, ha dichiarato infondata la censura di omessa pronuncia, non dovendo ne' potendo la corte d'appello esaminare domande che la parte non era processualmente legittimata a formulare). Cassazione civile sez. I, 11 ottobre 1999, n. 11386

IL GIUDIZIO EX ARTICOLO 710 CPC -COMPETENZA TERRITORIALE

“La domanda di modificazione dell'assegno alimentare o di mantenimento, che venga proposta, ai sensi degli art. 710 e 711 (originario testo) c.p.c., da uno dei coniugi separati in base a sentenza o verbale di separazione consensuale omologato, è soggetta ai normali criteri di competenza per valore e per territorio (e, quindi, con riguardo alla competenza per territorio, anche al foro concorrente del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione, da identificarsi con il domicilio dell'avente diritto all'assegno), tenuto conto che la domanda medesima investe rapporti obbligatori, non e' equiparabile alla domanda di separazione, e si sottrae, pertanto, alle speciali regole di competenza per quest'ultima dettate dall'art. 706 c.p.c..

Cassazione civile sez. un., 16 gennaio 1991 n. 381

RAPPORTO TRA IL GIUDIZIO EX ARTICOLO 710 CPC E QUELLO DI DIVORZIO

“Poiché i provvedimenti (non solo quelli contenuti nella sentenza, ma anche quelli temporanei ed urgenti di competenza del Presidente del tribunale) adottati nel giudizio di divorzio vengono a sostituire qualsiasi altra statuizione precedentemente emessa nel corso del giudizio di

separazione e/o di procedimenti successivi ad esso connessi o collegati, l'emissione di tali provvedimenti fa venire meno la materia del contendere in ordine alle dette statuizioni. Pertanto, ove nel corso del procedimento di modifica delle condizioni della separazione sia sopravvenuta sentenza di divorzio tra i coniugi, va dichiarata in quel procedimento la cessazione della materia del contendere, e le statuizioni del giudice del divorzio prendono il posto di quelle dettate in sede di separazione o nel corso del procedimento di modifica di queste.

Corte appello Roma, 6 ottobre 1995

LA DOMANDA CONGIUNTA DI DIVORZIO E LA SEPARAZIONE CONSENSUALE

Sono stata incuriosita in particolare da un aspetto sul quale mai mi era capitato di dovere riflettere, quello relativo alla differenza tra i due istituti in caso di revoca del consenso dopo l'accordo ma prima della sua "omologazione" da parte del Tribunale o del recepimento dello stesso in una sentenza.

Relativamente alla revoca del consenso in caso di separazione consensuale il solito Tribunale di Milano, con la sentenza 11 luglio 1991 afferma:

"Qualora nel procedimento di separazione personale giudiziale tra coniugi, sia sopravvenuto, in seno alla comparizione delle parti avanti al presidente, l'accordo per una separazione consensuale, le cui condizioni siano state verbalizzate nell'udienza presidenziale, ciascuno dei coniugi può revocare il proprio consenso alla separazione amichevole prima che sia stato posto in essere il provvedimento di omologa: l'accordo per una separazione consensuale, pur costituendo manifestazione dell'autonomia dei coniugi nella regolamentazione dei loro rapporti personali e patrimoniali, non è equiparabile ad un negozio contrattuale di diritto privato, ove l'incontro delle reciproche volontà rende irrevocabile il consenso prestato, poichè la volontà dei coniugi costituisce solo il presupposto del provvedimento di omologazione, che ha natura costitutiva. Ritenuta l'opposizione all'omologa, prosegue il giudizio contenzioso di separazione, previa rimessione al presidente degli atti di causa".

Per quanto attiene invece alla revoca del consenso in caso di divorzio a domanda congiunta la Cassazione sostiene:

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

La "domanda congiunta" di divorzio, ai sensi dell'art. 4, comma 13, della l. 1 dicembre 1970 n. 898, non configura una ipotesi di divorzio "consensuale", analogo alla separazione consensuale, poiché il giudice non è condizionato dal consenso dei coniugi, ma deve verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di scioglimento del matrimonio, avendo l'accordo dei coniugi rilevanza, invece, per quanto concerne le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, nel cui merito il tribunale non deve entrare (salva l'ipotesi di contrasto delle condizioni stabilite rispetto all'interesse dei figli). Pertanto, ove uno dei coniugi, in sede di comparizione innanzi al collegio, revochi il consenso già prestato, tale revoca è, per un verso, irrilevante, perchè il giudice adito esamini, nel merito, la domanda di divorzio (per cui deve essere cassata la sentenza della Corte di appello che abbia dichiarato improcedibile la domanda congiunta), per altro, relativamente alla disciplina dei rapporti patrimoniali contenuta nella domanda congiunta, inammissibile (per cui qualora il giudice ritenga la sussistenza delle condizioni per l'accoglimento della domanda di divorzio, dovrà mantenere fermi gli accordi patrimoniali indicati nella domanda congiunta)".

Cassazione civile sez. I, 8 luglio 1998, n. 6664

Alla sentenza segue, pure in Juris Data, una lunga nota del Prof. Finocchiaro che esprime vive perplessità sulla posizione della Suprema Corte

LA LEGGE 4 APRILE 2001 N. 154: “ MISURE CONTRO LA VIOLENZA NELLE RELZIONI FAMILIARI” ;

La tecnica legislativa prescelta per questa mini riforma è quella della novella. L'articolo che riguarda la fattispecie ed il contenuto degli ordini di protezione, cioè l'articolo 2 della legge 154/2001, inserisce nel codice civile due articoli il 342 bis e 342 ter, che vanno ad inserirsi dopo il titolo nono del libro primo e cioè nell'ambito dei rapporti familiari e filiali.

Per quanto riguarda la procedura la legge all'articolo 3 inserisce un articolo 736 bis nel codice di

procedura civile, “sistemandolo” dopo le norme che trattano dei rapporti patrimoniali tra i coniugi e prima di quelle relative ai procedimenti in camera di consiglio.

Vi intratterrò soltanto sugli articoli della legge che riguardano la giurisdizione civile, che sono quelli dal 2 all’8, ne farò una disamina che si risolverà ahimè in una elencazione di problemi più che in una esposizione di soluzioni.

Ringrazio il Presidente Prat che mi ha aggiornato sui nodi evidenziati dai magistrati della Settima Sezione civile nel corso di una riunione di studio. Per ciò che attiene alla interpretazione dottrinale mi rifaccio all’articolo delle colleghe Daniela Abraham e Maria Acierno, comparso sul bimestrale “Questione giustizia” n. 2/2001.

Vi informo che ad oggi risultano presentati, in forza di questa legge, soltanto quattro ricorsi di cui tre respinti ed uno in corso di decisione.

1. AMBITO DI APPLICAZIONE

▪ Cenni alla disciplina penale

Affermano le colleghe Abram e Acierno, nell’articolo sopra citato: *“Nel caso in cui il fatto lamentato costituisca reato perseguibile d’ufficio la vittima è tutelata dall’Articolo 1 che introduce una specifica misura cautelare coercitiva denominata “**ordine di allontanamento dalla casa familiare**”, assoggettata alle esigenze cautelari contenute nell’articolo 274 c.p.p. ed ai limiti di pena previsti dall’articolo 280 c.p.p.. Solo per una tipologia di reati endofamiliari, tassativamente indicati, la misura può essere concessa anche oltre i limiti di pena.*

Qualora sussistano esigenze di tutela dell’incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti l’ordine di allontanamento può essere integrato dal divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (luogo di lavoro, domicilio della famiglia di origine, o dei prossimi congiunti).

Innovativa è la previsione di misure provvisorie a contenuto patrimoniale. Il giudice può ingiungere, contestualmente o successivamente alla misura dell’allontanamento, il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi, qualora queste

ultime, per effetto della misura cautelare coercitiva, rimangano prive di mezzi adeguati”.
“Viene riconosciuto per la prima volta un contributo economico al convivente anche in mancanza di figli, non previsto in nessuna ipotesi nella legislazione precedente in materia di famiglia”.

Alla luce di questo “doppio binario” nasce l’esigenza che il giudice penale e quello civile si coordinino per evitare disparità rilevanti nella liquidazione di contributi al mantenimento, sia per ragioni di sostanziale equità, sia per evitare un indiscriminato ricorso al mezzo penale nel caso la liquidazione in quella sede risultasse statisticamente più alta.

▪ **Rilevanza civilistica**

Dice l’articolo 342 bis: *“Qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d’ufficio”.* Nell’esposizione al magistrato civile del nostro “fatto” ci troveremo però nel primo grave imbarazzo. Sotto il profilo dell’efficacia della nostra domanda dovremo infatti narrare o enfatizzare i fatti di cui il nostro cliente è stato vittima, sotto il profilo della competenza del giudice civile, dovremo essere molto attenti a non configurare ad esempio il reato di “maltrattamenti in famiglia” di cui all’Articolo 570 codice penale, pacificamente procedibile d’ufficio per ciò che attiene ai figli minori.

Affermano la Abram e la Acierno, nell’articolo sopra citato: *“L’inserimento del requisito di ordine negativo avvenuto nell’ultima stesura della Camera dei Deputati, non solo pregiudica l’intenzione originaria del legislatore di creare un doppio binario (penalistico e civilistico) a scelta della persona offesa, ma può determinare, in concreto, una drastica riduzione dell’accesso al nuovo strumento di tutela civile, profilandosi estremamente alto il rischio che il giudice civile dichiari inammissibile il ricorso, proprio quando i fatti lamentati dal ricorrente, configurano un reato procedibile d’ufficio, giungendo così all’assurdo che proprio ove la situazione rappresenta un grave se non gravissimo pregiudizio alla persona offesa, la domanda può essere dichiarata inammissibile. Rimane il potere dovere di trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica per l’avvio di un procedimento penale ove potrà essere emesso l’ordine di allontanamento, ma sulla base di presupposti diversi rispetto all’azione*

civile e con una notevole limitazione della tempestività dell'intervento garantita dalla deformalizzazione del contraddittorio propria del procedimento civile”.

- **“Quando la condotta del coniuge o di altro convivente”**. Si deve ribadire che questa legge costituisce in assoluto il primo riconoscimento legislativo della famiglia di fatto nonché, a parere non solo mio, delle coppie omosessuali.

Afferma Irene Triconi nel commento apparso alla legge su Guida al Diritto n. 18 del 2001, che per “convivente”, deve intendersi *“colui che abbia una relazione familiare qualificata da un quid pluris rispetto da un lato alla semplice sussistenza di meri rapporti di assistenza e solidarietà, dall'altra alla mera coabitazione, e caratterizzata, invece, da una comunanza di vita abituale e stabile che può essere indipendente da un rapporto di parentela o affinità.*

Al di là delle definizioni dottrinali, che risentono certamente della formazione ideologica dell'autore e del contesto in cui vengono date, pare quanto mai opportuno richiamare la definizione legislativa di nucleo familiare anagrafico, contenuto nel DPR 223/1989 “Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente” ove per famiglia anagrafica si intende: **“Un insieme di persone, legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti o aventi dimora abituale nello stesso comune e per convivenza anagrafica si intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, di pena e simili.”**

Vi ricordo che sino ad ora nelle famiglie di fatto, i conviventi non proprietari o non titolari di un diritto personale di godimento non avevano la disponibilità di strumenti di tutela conservativa della residenza familiare. Il ricorso ex articolo 700 infatti era accolto unicamente quando il ricorrente poteva vantare quanto meno un titolo contrattuale che potesse giustificare la prosecuzione dell'occupazione in via esclusiva dell'immobile, mentre, in forza della sentenza interpretativa del rigetto della Corte Costituzionale, n. 166 del 13 maggio 1998, era possibile procedere alla assegnazione della casa ove aveva luogo la convivenza, soltanto ove vi fossero figli minori o maggiorenni non economicamente

autonomi.

- **“E’ causa di grave pregiudizio all’integrità fisica”** ma se è troppo grave si applicherà la competenza del giudice penale di cui al primo comma **“o morale, ovvero alla libertà dell’altro coniuge o convivente”**.

Il giudice penale applica, su richiesta del pubblico ministero, una misura cautelare personale, soltanto se, a carico dell’indagato, o dell’imputato, **sussistono gravi indizi di colpevolezza** in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato, come ad esempio: violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.) prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.), pornografia minorile (art. 600 ter c.p.), detenzione di materiale pornografico (art. 600 quater c.p.) violenza sessuale (articolo 609 bis comma 3 c.p.), atti sessuali con un minorenne (609 quater c.p.), corruzione di minorenne (art 609 quinquies c.p.) violenza sessuale di gruppo (art 609 bis comma 3 c.p.).

A differenza del giudice penale, il giudice civile, al fine dell’adozione degli ordini di protezione, deve, su istanza di parte, verificare la sussistenza di un grave pregiudizio alla integrità fisica o morale , o alla libertà personale dell’altro coniuge o convivente. In altre parole deve **accertare** se la condotta pregiudizievole abbia comportato la lesione di un diritto della personalità, in particolare della salute (integrità fisica) dell’onore e della reputazione (integrità morale) nonché della libertà personale intesa come capacità di autodeterminarsi della persona; inoltre deve valutare la gravità del pregiudizio in relazione sia alla gravità e pericolosità della singola condotta violenta tenuta, sia della sua reiterazione. La condotta, come già detto non deve integrare un reato perseguibile d’ufficio, nel qual caso la tutela torna al giudice penale.

ARTICOLO 736 BIS DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Prima di passare al contenuto degli ordini di protezione di cui all’articolo 342 bis, esaminerei la procedura, regolata dall’articolo 3 della legge, che, come vi ho detto ha introdotto l’articolo 736

bis al codice di procedura civile.

- la principale caratteristica del modello processuale prescelto è l'assenza del giudizio a cognizione piena. La misura di allontanamento dalla residenza familiare viene adottata all'esito di una cognizione sommaria modellata sul procedimento cautelare uniforme, sia per il primo grado che per la fase di reclamo. L'ordine di protezione non è finalizzato a modificare definitivamente la situazione coniugale o di coabitazione, ma solo ad incidere in modo temporaneo, secondo le esigenze del caso concreto. Affermano la Abram e la Acierno che, *“di conseguenza la situazione giuridica tutelata non è qualificabile come un diritto soggettivo”*.
- La prima modifica molto importante che incontriamo nell'articolo 736 bis è quella della regola generale dettata dall'articolo 18 c.p.c., in materia di **competenza**. Qui la competenza è del Tribunale del luogo ove risiede o è domiciliato l'istante non già il convenuto. Questa novità ha certamente lo scopo di rendere più efficace la tutela della “vittima” ma è criticabile sotto il profilo della garanzia del diritto alla difesa del convenuto. Immaginiamo che la vittima si trasferisca in altra città distante da quella dove si svolgeva la convivenza, si domicili, presenti l'istanza, chieda un provvedimento inaudita altera parte la cui udienza deve essere fissata entro 15 giorni con notifica non oltre otto giorni prima. Questa fattispecie, consentita dalla legge, comprime gravemente il diritto di difesa del convenuto che in una sola settimana deve reperire un difensore nel luogo dove si svolge il procedimento, incontrarlo per rilasciargli la procura e consentirgli di svolgere le difese.
- L'istanza può essere presentata anche dalla parte personalmente. E' stato rilevato, ed io condivido l'osservazione che l'incisività del provvedimento da adottare suggerisce una difesa adeguata ed un contraddittorio effettivo. Questa disposizione poteva essere utilmente coordinata con quanto previsto dalla nuova legge sul gratuito patrocinio che ne prevede, dal luglio 2002, la concessione, nelle materie attinenti ai diritti della personalità, a quei soggetti il cui reddito netto annuo non supera i 18.000.000 (pari a £ 1.500.000 mensili).
- Il rito scelto per le procedure in oggetto è quello della volontaria giurisdizione (in camera di

consiglio), quindi un rito snello ed informale, caratterizzato dalla speditezza ed urgenza della procedura, dalla revocabilità e modificabilità della decisione del giudice, nonché dalla non idoneità della decisione stessa a fare luogo alla cosa giudicata.

La competenza a decidere è affidata però, a differenza di quanto disposto dalla regola generale dei camerati e cioè dall'articolo 737 c.p.c., **al giudice monocratico, nominato dal Presidente**. Credo che l'unico altro caso di competenza monocratica nella volontaria giurisdizione sia quello dell'articolo 148 c.c..

- *“Il giudice, sentite le parti, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione necessari, disponendo ove occorra, anche per mezzo della polizia tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti, e provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo”.*

Il giudice, sulla base delle allegazioni dei fatti fornita dalle parti, è dotato di ampi poteri istruttori ufficiosi da esercitarsi soprattutto nei confronti di pubbliche autorità che siano in grado di integrare il quadro probatorio.

Vi è da osservare che le indagini di polizia tributaria, già previste dall'articolo 5 co. 9 della legge sul divorzio, non hanno sino ad ora dato quei risultati sperati, in quanto, normalmente, la polizia tributaria si limita a trasmettere al Tribunale le dichiarazioni dei redditi, che quasi sempre sono già acquisite agli atti di causa. In questo caso parrebbe che dopo una o più udienze, quante ritenute necessarie dal giudice per completare l'istruttoria, venga emesso il provvedimento che è provvisoriamente esecutivo, non suscettibile di passaggio in giudicato, con un termine di decadenza prefissato dal giudice o dalla legge (ha una durata massima di sei mesi).

- *“Nel caso di urgenza il giudice, assunte ove occorra sommarie informazioni, può adottare immediatamente l'ordine di protezione, fissando l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, entro un termine non superiore a quindici giorni, ed assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. All'udienza il giudice*

modifica o revoca l'ordine di protezione". Credo che questa sarà l'istanza formulata nella maggior parte dei ricorsi in quanto, se il coniuge o convivente è manesco, convocarlo preventivamente in Tribunale per l'udienza, può significare provocare una ulteriore reazione violenta.

- **IL RECLAMO.** *“Contro il decreto con cui il giudice adotta l'ordine di protezione o rigetta il ricorso ai sensi del secondo comma ovvero conferma modifica o revoca l'ordine di protezione precedentemente adottato, (quindi in tutti i casi) è ammesso il reclamo al Tribunale”,* in composizione collegiale ma **senza il giudice che ha pronunciato il provvedimento**, entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento stesso se emesso nei confronti di una sola parte, o entro 10 giorni dalla notifica se emesso nei confronti di più parti, in applicazione degli articoli 737 e seguenti c.p.c..
- Ritengo lodevole che per queste procedure finalmente il legislatore abbia adottato un modello di cautelare simile, quanto a garanzie al modello previsto dalla novella del 1990 con il cosiddetto procedimento cautelare uniforme articoli 669 e seguenti c.p.c. sventando così il rischio di incostituzionalità (ex articolo 111 Costituzione) che invece è ancora ben presente negli altri procedimenti cautelari familiari e minorili.

SOSPENSIONE FERIALE

L'articolo 4 della legge, modifica l'articolo 92 primo comma della legge sull'ordinamento giudiziario R.D. 30 gennaio 1941 n. 12, inserendo nell'elenco dei procedimenti che non sono sottoposti alla sospensione feriale dei termini, anche quelli in oggetto. Per gli avvocati ci sarà quindi un altro versante sul quale vigilare durante le meritate vacanze estive.

SULL'EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO (ART. 342 TER 3° COMMA)

Il Giudice, nell'emettere il provvedimento, deve stabilire la durata dell'ordine di protezione che *“non può essere superiore a sei mesi, che decorrono dal giorno della avvenuta esecuzione dello stesso e può essere prorogata su istanza di parte soltanto se ricorrano gravi motivi per il tempo strettamente necessario*.

SULLA RIPROPONIBILITÀ DEL RICORSO

Afferma la dottrina *“La mancanza di un giudicato rende senz’altro riproponibile un ricorso anche oltre i limiti indicati dall’articolo 669 septies per i provvedimenti cautelari, non essendovi un richiamo espresso all’applicazione del provvedimento cautelare uniforme”*. Si deve inoltre ritenere ammissibile la modificabilità dell’ordine di protezione su istanza di parte, sia in senso estensivo che limitativo, salvo definire con esattezza se l’intervento del giudice è solo correttivo o da origine ad un’altra misura. La differenza può essere rilevante ai fini della determinazione della durata complessiva dell’efficacia del provvedimento.”.

E’ possibile riproporre il ricorso dopo la scadenza del termine? Direi che il problema è di più semplice soluzione per ciò che attiene ai matrimoni ed alle convivenze caratterizzate dall’ *affectio coniugalis*, che, nel tempo di durata dell’ordine di protezione, senz’altro si saranno sciolti. Più difficile è la valutazione del problema quando l’ordine di protezione riguardi altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente, pensiamo ai numerosi rapporti difficili e violenti tra genitori e figli ai quali potrebbe risultare più difficile dare un assetto definitivo. La dottrina ritiene che *“Indipendentemente dalla situazione di partenza si può ritenere che il successivo ordine di protezione possa essere richiesto rappresentando una situazione di fatto diversa dalla precedente, anche sotto il profilo della gravità delle conseguenze constatate alla ripresa della coabitazione”*.

SULL’INEFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO (ART 8 SECONDO COMMA LEGGE 154 2001). Il decreto tuttavia **perde efficacia** *“Quando sia successivamente pronunciata, nel procedimento di separazione personale o scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, promosso dal coniugeistante o nei suoi confronti, l’ordinanza contenente provvedimenti temporanei ed urgenti prevista, rispettivamente, dall’articolo 708 del codice di procedura civile e dall’articolo 4 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 e successive modificazioni”*. Questo procedimento è giustamente considerato prodromico alla procedura di separazione legale, e pertanto il provvedimento provvisorio è correttamente superato dal provvedimento Presidenziale.

Poiché però la legge in oggetto comprende anche la famiglia di fatto etero o omosessuale, che cosa accade dopo la scadenza dei sei mesi e delle eventuali proroghe nelle convivenze di fatto, ove pacificamente non si può adire il Tribunale per la declaratoria della separazione e l'emanazione dei provvedimenti accessori? Si consideri che il Tribunale, come vedremo, può disporre a favore di chi, per effetto dell'ordine resti privo di mezzi adeguati anche un assegno di mantenimento, che, nel caso di famiglia di fatto viene meno, salvo per quanto dovuto ai figli, a seguito della perdita di efficacia del provvedimento.

SULLA INAPPLICABILITA' DEL PROVVEDIMENTO (ART. 8 PRIMO COMMA LEGGE 154 2001)

*“Le disposizioni degli articoli 2 e 3 della presente legge non si applicano quando la condotta pregiudizievole è tenuta dal coniuge che ha proposto o nei confronti del quale è stata proposta domanda di separazione personale ovvero scioglimento del matrimonio o cessazione degli effetti civili, **se nel relativo provvedimento si è svolta l'udienza di comparizione dei coniugi avanti il Presidente,.....**”* vi è da notare però che *“nei relativi procedimenti possono essere assunti provvedimenti aventi i contenuti indicati nell'articolo 342 ter del codice civile”*. E' quindi possibile, per i procedimenti già radicati ed in cui si sia già svolta l'udienza Presidenziale o in ogni caso per procedimenti in cui la necessità di emanare l'ordine di allontanamento (non già dalla casa che deve essere dismessa in forza dell'ordinanza Presidenziale, ma dagli altri luoghi) si manifesti dopo l'udienza Presidenziale, introdurre, con un ricorso ex articolo 708 c.p.c., la domanda di allontanamento. Il problema sarà quale tipo di procedura va applicata al provvedimento di urgenza emesso in corso di causa, quella dell'articolo 736 non è infatti richiamata.

SULL'ESECUZIONE (ART 342 TER C.C. 4° COMMA)

“Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione lo stesso giudice provvede ad emanare i provvedimenti più opportuni per l'attuazione, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario”.

La competenza per l'esecuzione è quindi del Giudice Delegato (o del collegio? In caso di reclamo?), la parte istante dovrà formulare un semplice ricorso facendo presente le difficoltà insorte per l'esecuzione. Il Giudice, non si sa in che termini (la legge non li pone) dà i provvedimenti più opportuni. Lodevole la possibilità inserita dal legislatore di fare ricorso all'ufficiale sanitario oltre che alla forza pubblica. L'ufficiale sanitario potrà intervenire in tutti quei casi in cui il soggetto cui è ordinato l'allontanamento sia affetto da disturbi della personalità o alcolismo o tossicodipendenza e sia perciò violento o imprevedibile nelle sue reazioni.

L'ARTICOLO 342 TER IL CONTENUTO DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE

La tecnica di produzione normativa prescelta dal legislatore, anche per questo intervento, è quello della novellazione, attraverso l'introduzione di disposizioni nel corpus del codice civile. La collocazione codicistica consente attraverso una interpretazione sistematica di riempire le lacune normative.

“Con il decreto di cui all'articolo 342-bis il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole, prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante ed in particolare ai luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare gli stessi luoghi per esigenze di lavoro”. L'ordine di cessazione della condotta **è indissolubilmente legato all'ordine di allontanamento**. L'elenco dei luoghi non pare tassativo ed andrà quindi calibrato caso per caso.

“Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali di territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattamenti”.

La prescrizione pare quanto mai opportuna per ciò che concerne il coinvolgimento dei servizi

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

sociali. E' da notare, tra l'altro, che questa è la prima previsione normativa espressa del coinvolgimento dei servizi sociali i quali, dal giudice civile erano in genere consultati utilizzando il disposto dell'articolo 213 c.p.c. che prevede: *“Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo”*.

Il servizio sociale dovrebbe finalizzare il sostegno alle parti durante l'attuazione della misura alla preparazione della fase successiva all'esaurimento degli effetti dell'ordine di protezione.

Criticabilissima appare invece la previsione normativa dell'intervento di un centro di mediazione familiare. Voi sapete che la partecipazione ad un programma di mediazione familiare deve necessariamente essere volontaria, altrimenti il programma non funziona, dovrà quindi distinguersi il contenuto dell'ordine di protezione a carattere cogente ed esecutivo, che potrà avere come oggetti soltanto l'allontanamento, l'ordine di versamento di un assegno e l'ordine al datore di lavoro di versare all'avente diritto il contributo al mantenimento, dalla previsione giudiziale, non cogente e non esecutiva della partecipazione ad un programma di mediazione familiare.

“Il giudice può disporre..... il pagamento periodico di un assegno, a favore delle persone conviventi che, per effetto del provvedimento, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato detraendola della retribuzione stessa”.

A differenza di quanto previsto dall'articolo 156 c.c., che prevede, l'inadempimento del debitore perché il Tribunale possa emanare l'ordine al datore di lavoro, qui la discrezionalità del giudice è massima *“se del caso”* dice la norma.

L'ordine al datore di lavoro previsto da questa norma è suscettibile di reclamo alla luce della procedura di cui all'art.736 bis c.p.c., mentre il provvedimento di cui all'art. 156 c.c. non è reclamabile; ciò mi induce a pensare che ci potranno essere eccezioni di legittimità.

DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI IN PENDENZA DEL TERMINE DI EFFICACIA DELL’ORDINE DI PROTEZIONE

Non vi è traccia in tutto l’articolato della nuova legge di una norma che indichi per i minori il regime di affidamento durante la vigenza dell’ordine di protezione.

Per i figli naturali riconosciuti può supplire l’articolo 317 bis, che sancisce l’affidamento al genitore con cui convivono, per i figli legittimi si dovrebbe affermare che permane, in assenza di un provvedimento del giudice, l’affidamento ad entrambi i genitori, quale criterio legale dell’affidamento della coppia coniugata.

Probabilmente il problema si supera considerando, anche grazie alla sua collocazione codicistica, che il contenuto del provvedimento non sia interamente tipizzato dall’articolo 342 ter ritenendo quindi possibile che il giudice assuma dei provvedimenti consequenziali in ordine al concreto esercizio della potestà.

L’ARTICOLO 5 DELLA LEGGE 154/2001 E LA COMPETENZA CONCORRENTE DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI ALLA LUCE DELL’ARTICOLO 37 DEL DDL 28 FEBBRAIO 2001 RECANTE MODIFICHE ALLA LEGGE 184/1983 IN MATERIA DI ADOZIONE

La nuova legge sull’adozione, prescrive all’articolo 37 la modifica degli articoli 330, e 336 del codice civile, disponendo l’aggiunta in calce ad entrambi gli articoli dell’inciso “*ovvero dell’allontanamento del genitore o convivente*” sancendo così la competenza del Tribunale per i Minorenni a emanare, nelle procedure di limitazione o decadenza della potestà parentale, oltre che l’ordine di allontanamento del minore dalla famiglia, anche l’ordine di allontanamento del genitore maltrattante o abusante.

L’articolo 5 della legge 154/2001 statuisce: “*Le norme di cui alla presente legge si applicano in quanto compatibili, anche nel caso in cui la condotta pregiudizievole sia tenuta da altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente, ovvero nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge e dal convivente. In tale caso l’istanza è proposta dal componente del nucleo familiare in danno del quale è tenuta la condotta*

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
CARENA e FACCHINI

pregiudizievole". L'altro componente del nucleo familiare nei confronti del quale è tenuta la condotta pregiudizievole può essere un figlio minore. In questi casi la competenza sarà del giudice ordinario o di quello minorile?

Secondo le regole generali la competenza del giudice speciale dovrebbe sempre prevalere su quella del giudice ordinario ma nel caso di domanda concorrente proposta dal genitore contro il coniuge o convivente e dal figlio minore, contro il genitore maltrattante, sempre secondo le regole generali la competenza ordinaria dovrebbe attrarre quella speciale e quindi dovrebbe prevalere quella del giudice ordinario.

A favore della tesi della competenza in ogni caso del giudice ordinario si può invocare la previsione di cui all'articolo 38 disposizioni di attuazione del codice civile, che fornisce un elenco tassativo delle materie rimesse alla competenza del giudice minorile, elenco dove l'ordine di protezione del minore non compare.

Prendendo per buona tale interpretazione si potrebbe ritenere che il Tribunale per i Minorenni sia competente unicamente quando la protezione vada fornita al minore contro il o uno dei genitori senza che l'altro possa lamentare a sua volta comportamenti a lui pregiudizievole mentre viga comunque la competenza del Tribunale ordinario quando l'ordine di protezione vada emanato anche a favore di uno dei genitori.

Altro problema è chi agisce a nome e per conto del minore, il genitore non maltrattante, un curatore speciale? La norma dell'articolo 37 legge adozione prevede che il minore sia assistito da un difensore anche a spese dello stato (ma questa disposizione processuale non è ancora entrata in vigore), in questo caso però chi fa l'istanza per la nomina del difensore tecnico per il minore?

Torino li 26 giugno 2001