

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO
modificate dall'art. 2 del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35,
convertito in legge con modificazioni dalla

LEGGE 14 MAGGIO 2005, N. 80

coordinata con la legge 17 agosto 2005 n. 168

a cura degli avvocati
Giulia Facchini
Alessandra Fissore
Magda Naggar

Per poter meglio comprendere i temi toccati dalla riforma che ci occupa è necessario prendere le mosse dalle precedenti modifiche legislative per valutare quale fosse la situazione prima del Decreto competitività e indicare i problemi che avrebbero dovuto essere risolti.

Passaggi precedenti alla emanazione del decreto competitività e problemi processuali connessi

1. 1987 Emanazione nuova legge divorzio
2. 1990 Riforma del cpc
3. 1999 Promulgazione nuova formulazione articolo 111

Costituzione

4. 2005 Decreto competitività

1. 1987: Emanazione nuova legge divorzio

La grande novità della normativa in materia era rappresentata dall'articolo 23 delle disposizioni finali della legge 74/87 che rendeva le norme sul divorzio applicabili anche alla separazione fino alla emanazione del nuovo codice di procedura civile. Ne conseguiva che il ricorso introduttivo, secondo l'Art. 4 legge 74/87, doveva contenere, seppure non a pena di nullità:

a. “ L’indicazione del giudice;

b. Il nome e il cognome, nonché la residenza o il domicilio del ricorrente nel comune in cui ha sede il giudice adito, il nome e il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del coniuge convenuto;

c. L’oggetto della domanda;

d. L’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda di scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili dello stesso, con le relative conclusioni;

e. L’indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.[...]”

Rispetto alle scarse norme in materia di ricorso introduttivo della separazione dettate dall'articolo 706 c.p.c., la legge 74/87 pareva andare nella direzione di una maggiore giurisdizionalizzazione delle procedure di separazione e divorzio.

Ricordiamo anche che, a norma dell'articolo 9 legge citata, i provvedimenti presidenziali o del G.I. potevano essere modificati, anche in assenza di

fatti nuovi, diversamente da quanto disposto dall'articolo 708 cpc per la separazione.

2. 1990: Riforma del codice di procedura civile

Problemi molto più complessi aveva creato l'impatto della novella del 1990 sui procedimenti di separazione e divorzio.

Il testo della riforma non conteneva infatti alcun accenno ai procedimenti che iniziano con ricorso, ma riguardava unicamente il procedimento ordinario. Tuttavia era pacifica la necessità di applicare la riforma quantomeno nella fase avanti al Giudice Istruttore nei giudizi di separazione e di divorzio.

Come noto mancava una norma di collegamento tra la fase presidenziale e quella di merito e tale mancanza consentì la nascita di due grandi filoni interpretativi contrapposti:

a. Il rito Ambrosiano "inventato" dal Tribunale di Milano cui si sono accodati altri Fori quali Lucca, Monza etc.

b. Il rito Sabauda perché per una serie curiosa di circostanze l'interpretazione suggerita dagli avvocati Torinesi, di concerto con il Dott. Barbuto, in allora Presidente della Sezione Famiglia, ad un congresso nazionale di avvocati familiaristi successivo alla novella fu accolta con successo ed applicata, a volte con varianti, in molti altri Tribunali.

a. Rito Ambrosiano: Il Tribunale di Milano, sosteneva che l'udienza presidenziale doveva considerarsi a tutti gli effetti l'udienza ex articolo 180 cpc con il risultato che il Presidente, nel fissare la comparizione avanti a sé,

dava i termini di costituzione al convenuto e inseriva nel decreto di fissazione dell'udienza l'avvertimento ex articolo 163 n. 7 cpc, avvertimento che notoriamente è il requisito cardine perché si verificchino per il convenuto le preclusioni di cui al 166 e 167 cpc.

Il convenuto doveva quindi costituirsi 20 giorni prima dell'udienza presidenziale -se formulava domande riconvenzionale- o all'udienza -se si limitava a difendersi dalle domande avversarie-.

Il contraddittorio era quindi già pieno in sede di udienza presidenziale successivamente alla quale veniva fissata davanti al G.I udienza ex articolo 183 cpc assegnando termine perentorio al convenuto, fino a 20 giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Le principali critiche al rito Ambrosiano erano due:

Ø una di ordine processuale: l'avvertimento, si diceva, è un tipico atto di parte e non può essere dato dal Presidente perché altrimenti eventuali nullità derivate da un errore od omissione nell'avvertimento ricadrebbero incolpevolmente sulle parti.

Ø La seconda obiezione era di carattere pratico. Si sosteneva infatti da più parti, che l'illustrazione compiuta in sede di ricorso e di comparsa di costituzione davanti al Presidente, di tutte le domande e argomentazioni delle parti avrebbe impedito, nella maggior parte dei casi, di raggiungere un accordo consensuale in sede di udienza Presidenziale.

b. Rito Sabauda: prevedeva per contro che, dopo l'udienza Presidenziale:

Ø il ricorrente notificasse -se il convenuto non si fosse costituito- o depositasse in cancelleria -se si fosse costituito-, una memoria integrativa contenente l'avvertimento e le conclusioni

Ø e che il convenuto potesse costituirsi sino a 20 giorni prima dell'udienza ex articolo 180 davanti al Giudice Istruttore – qualora dovesse formulare domande riconvenzionali- o all'udienza -se si fosse limitato a difendersi dalle domande avversarie-.

Peraltro, entrambe le soluzioni presentavano delle evidenti pecche sistematiche ed infatti:

Per quanto riguarda il Rito Ambrosiano la Suprema Corte si era così espressa¹:

“All’esito delle modifiche apportate, all’art. 4 l. 1° dicembre 1970 n. 898, dall’art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74 (applicabili anche in tema di separazione giudiziale dei coniugi, in virtù e nei limiti della disposizione di cui all’art. 23), alla natura fin dall’origine contenziosa dei procedimenti di separazione giudiziale e di scioglimento del matrimonio non si accompagna la caratterizzabilità dell’udienza presidenziale di comparizione dei coniugi in termini corrispondenti (nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione) a quelli dell’udienza prevista dall’art. 180 c.p.c.; con la conseguenza, fra l’altro, che, a tutti i fini che concernono i termini per la costituzione del coniuge convenuto e quelli di decadenza dello stesso per la formulazione delle domande riconvenzionali - ivi compresa quella di riconoscimento dell’assegno divorzile - quale udienza di prima comparizione, rilevante ai sensi dell’art. 180 c.p.c. e degli art. 166 e 167 c.p.c., deve intendersi esclusivamente quella innanzi al giudice istruttore nominato all’esito della fase presidenziale”;

¹ Cass., sez. I, 10-03-2004, n. 4903

Per quanto riguarda invece il rito Sabaudo: Richiamiamo una ordinanza della Settima Sezione civile, del 7 gennaio 1997, che bene ne illustra il funzionamento ed i limiti.

“ 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 incombente (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 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 del 1990 non riusciva di fatto a trovare ingresso nelle procedure che iniziavano con ricorso e di conseguenza nelle procedure di separazione e divorzio.

Se infatti non poteva essere perentorio il termine dato dal Presidente all'attore per notificare la memoria integrativa ugualmente non poteva essere perentorio il termine dato al convenuto per costituirsi, con la conseguenza che le decadenze maturavano al più se le parti omettevano di chiedere la proroga del termine dato dal Presidente esattamente come sopra riportato.

Questa esposizione crediamo che evidenzi senza più dubbi il vero "tallone d'Achille" della costruzione denominata Rito Sabauda.

3. A complicare -diremmo meglio, visto l'articolo 111 Costituzione, ad arricchire il quadro in oggetto- con legge n. 2 del 1999 è stato promulgato appunto il nuovo testo dell'articolo 111 Costituzione che ai commi 1 e 2 recita testualmente:

- co1."La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"

- co.2."Ogni processo si svolge:

- nel contraddittorio delle parti,
- in condizioni di parità,
- davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Pertanto tutte le procedure in cui il processo non sia regolato dalla legge successivamente alla promulgazione del nuovo articolo 111 sono incostituzionali.

4. E' in questo quadro complesso e variegato che si inseriscono le modifiche processuali della legge 80/2005 -Decreto Competitività-.

Il legislatore ben conscio che le diverse interpretazioni adottate violavano oltre che l'articolo 111 Costituzione anche l'articolo 3, -visto che i cittadini residenti a Milano si separavano con un rito diverso da quelli residenti ad esempio a Torino, ha inteso, riteniamo, porre rimedio, regolando la fase introduttiva dei giudizi di separazione e divorzio attraverso delle norme di collegamento tra quella Presidenziale e quella di merito dei due giudizi.

L'intento assolutamente lodevole e condivisibile, non ha tuttavia raggiunto, a parere di chi scrive, il suo scopo, anche se di fatto ha convalidato il modello del Rito Sabauda, perché il Legislatore ha, ancora volta, perso l'occasione di dare omogeneità al diritto di famiglia, uniformando in toto separazione e divorzio.

Prima di addentrarsi nell'esame delle singole disposizioni, dopo aver raccolto l'invito del Presidente Ciampi ² ad individuare ed applicare prassi virtuose omogenee che facilitino e velocizzino i tempi del processo, che tendano ad assicurare stabilità e prevedibilità alle decisioni ed, aggiungiamo noi, costituzionalmente corrette analizziamo l'impianto generale della riforma per evidenziarne pregi e difetti.

In linea di massima possiamo rilevare nella riforma due tendenze antitetiche:

Ø Da un lato è evidente una più spinta formalizzazione accompagnata dalla previsione dell'obbligo dell'assistenza legale e ciò in ossequio al disposto del 111 Costituzione;

Ø dall'altro dobbiamo rimarcare una sorta di de-giurisdizionalizzazione -in particolare degli atti introduttivi e dell'udienza

² Convegno C.S.M del 29.10.2003

Presidenziale- che cozza con la prima linea di riforma.

Ci domandiamo infatti che senso abbia prevedere l'assistenza legale sin dalla fase presidenziale per l'attore e per il convenuto se poi i termini di costituzione del convenuto, -che a quella udienza deve comparire- sono successivi perché fissati alla prima udienza avanti al Giudice Istruttore.

Ci domandiamo anche che senso abbia la formazione del contraddittorio in differita (con la costituzione dell'attore sin dal ricorso introduttivo –perché questo punto rimane fermo salvo ritenere che il decreto competitività abbia introdotto due nuovi tipi di procedimenti speciali prima d'ora sconosciuti-) e quella del convenuto – che pure “subisce” il provvedimento presidenziale e la sua ultrattività- alla prima udienza davanti al Giudice Istruttore, quindi in un momento successivo perfino all'emanazione del provvedimento.

In ogni caso, queste nostre considerazioni, che abbiamo cercato di svolgere in esclusivo ossequio dei principi generali del diritto e delle norme vigenti interpretate in modo rigorosamente sistematico, introducono – e non chiudono- il dibattito e quindi contiamo di individuare insieme delle interpretazioni legittime e utili da un punto di vista pratico a risolvere i pressanti problemi, densi di sofferenza ed umanità, che i nostri clienti ci pongono ogni giorno.

E' in questo spirito di assoluta umiltà che sottoponiamo quindi a chi ci legge le nostre riflessioni sulle singole norme della riforma, riflessioni di operatori e non di studiosi, fiduciose che il confronto possa, arricchire la reciproca conoscenza giuridica, permetterci di lavorare meglio, in un quadro di certezze e in modo più rapido - e quindi in linea con lo spirito del decreto competitività.

Veniamo dunque ad esaminare il testo articolo per articolo

LA COMPETENZA PER TERRITORIO

Il testo modificato dell'art. 706, 1 e 2° co c.p.c. devolve la competenza per territorio in via esclusiva al Tribunale dell'ultima residenza comune dei coniugi e le istintive perplessità che tale norma suscita, ad un esame più approfondito sono più che giustificate a causa degli evidenti problemi di “attualità” della stessa.

Si tratta di una norma che vorrebbe essere astrattamente in linea con la legislazione internazionale di cui alla L. 218/95, quale però rimanda al concetto di “vita matrimoniale prevalentemente localizzata” (cfr. ad es. artt. 29 e 31 in tema di rapporti personali e di separazione tra coniugi) nonché con la legislazione comunitaria ed in particolare al Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale individua quale foro principale quello dell' “ultima comune residenza dei coniugi” ma solo “se uno di essi vi risiede ancora”.

Infatti l'art. 1 del citato regolamento -che, per inciso, abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, che già rimandava alla residenza “abituale e comune dei coniugi”- non prevede affatto tout court l'ultima residenza comune dei coniugi affermando per la precisione che “sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro:

a) nel cui territorio si trova:

- la residenza abituale dei coniugi, o

- l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o

- la residenza abituale del convenuto, o
- in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o
- la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o
- la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio «domicile»”.

La normativa di cui alla L. 80/05 ha invece previsto quello dell' ultima residenza comune quale foro inderogabile ai sensi del combinato disposto dagli artt. 28 e 70 c.p.c. e solo in mancaza si ricorre alla norma generale di cui all'art. 18 c.p.c.,

Il rimando al luogo in cui la famiglia ha collocato il centro dei propri rapporti interpersonali e dei propri interessi può essere relativamente accettabile per i giudizi di separazione perché pone sostanzialmente rimedio a due dibattutissime problematiche: la prima è quella relativa all'accertamento della corrispondenza tra la residenza anagrafica e quella effettiva, ai sensi dell'art. 44 c.c. e dell'art. 31 disp. att. c.c., mentre l'altra risolve il problema del radicamento della competenza, da individuarsi tra il deposito del ricorso e la sua notifica, che viene ora incontestabilmente fissato al primo momento.

In ordine a quest'ultimo punto si è affermato che “ai fini dell'individuazione del tribunale competente per territorio sulla domanda di separazione personale dei coniugi alla stregua del criterio del luogo di residenza del convenuto al momento della proposizione della domanda -art. 706 c.p.c.- tale luogo deve essere identificato con la casa familiare, la quale individua presuntivamente il luogo di dimora abituale della coppia, salvo che detta presunzione venga legittimamente superata fornendo la prova, il cui onere gra-

va sul coniuge che contesti una simile circostanza, dello spostamento, da parte del medesimo convenuto, della propria abituale dimora di fatto in un altro luogo, nel qual caso la competenza territoriale spetta al giudice di quest'ultimo luogo; a tal riguardo, le risultanze anagrafiche rivestono mero valore presuntivo e possono essere superate, in quanto tali, da una prova contraria desumibile da qualsiasi fonte di convincimento affidata all'apprezzamento del giudice di merito, onde, allorché si provi o risulti in concreto che il terzo di buona fede -che può anche essere il coniuge separato di fatto- fosse a conoscenza della mancata corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva, non può operare, rispetto a detto terzo, la più rigorosa disciplina prevista dall'art. 44 c.c. in ordine all'opponibilità del trasferimento di residenza”³.

Inaccettabili appaiono invece le conseguenze in tema di separazione consensuale prevista dall'art. 158 c.c. la cui procedura è prevista dall'attuale art. 711 c.c. che, rimandando al novellato art. 706 c.p.c., ancora al Tribunale dell'ultima residenza dei coniugi quello competente, creando oltretutto una illogica disparità con la procedura di cui al divorzio congiunto, che invece conserva la possibilità in capo ai coniugi di scegliere il Tribunale di residenza di uno di essi.

Nulla si modifica nella procedura ex art. 710 c.p.c. che continua ad essere regolata dagli artt. 18-20 c.p.c., rispettivamente in ordine alle sole disposizioni relative ai rapporti con i figli e alle questioni economiche che riguarda il luogo in cui l'obbligazione è sorta o deve eseguirsi.

Segnaliamo che il DDL 66/2001 detto sull'affido condiviso, approvato dalla Camera lo scorso 7.7.05 attualmente all'esame del Senato, riscrive il nuovo l'art. 709 bis c.p.c. e prevede che nelle “controversie insorte tra i genitori in ordine

³ così dall'ordinanza della Suprema Corte 29.9.2004 n. 19595, ma v.altresì, tra le tante, Cass. 22.7.1995 n. 8049

all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell' affidamento” sia competente il Tribunale il cui risiede il minore.

In conclusione, non può non rilevarsi peraltro come questo dedalo infinito di competenze si ponga in totale antitesi con la Convenzione comunitaria di indirizzo in materia matrimoniale del 28/5/98, tuttora vigente, che raccomandava invece agli Stati membri l'individuazione di competenze univoche per tutti i procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale, all'annullamento del matrimonio e procedimenti a questi connessi,.

Questo appiattimento acritico alla normativa comunitaria –che cristallizza il foro della separazione territoriale competente e prevede la doppia fase della separazione e del divorzio- è invece del tutto incomprensibile ed illogica se riferita al divorzio. Se si considera che, secondo le rilevazioni ISTAT, dalla crisi coniugale alla sentenza definitiva di divorzio intercorre un tempo medio non inferiore a sette anni, è evidente che l'ultima residenza dei coniugi spesso non è più il centro dei loro interessi o quantomeno di uno di essi, anzi di fatto le parti più volte si troveranno costrette ad adire un giudice territorialmente e fisiologicamente estraneo alle realtà in cui vivono ed operano, spesso lontano spazialmente dalle stesse, con inevitabili aumenti di costi processuali e conseguente possibile limitazione nella rappresentazione dei diritti o degli interessi, che intendono perseguire.

ART. 706 1° E 3° COMMA C.P.C.

Premesso che le modifiche apportate dovrebbero essere dettate con lo scopo di uniformare i due riti (separazione e divorzio), quanto al contenuto del

ricorso introduttivo si osservano differenze più letterali che sostanziali rispetto a quanto stabilito dal novellato art. 4 L. 898/1970.

Infatti, mentre per i ricorsi per divorzio viene espressamente richiesta “l’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto”, i ricorsi per separazione dovrebbero contenere, come oltre meglio specificato, ai sensi del 1° co. dell’articolo in commento, la sola “esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata”.

Una prima, superficiale lettura potrebbe far ritenere che il ricorso per separazione sia semplicemente finalizzato a provocare la fissazione dell’udienza presidenziale, ma tale interpretazione tuttavia va esclusa, alla luce di una analisi sistematica delle norme, come vedremo in seguito.

Tornando al contenuto del ricorso introduttivo ex art. 706. 1° co. c.p.c., la norma ne elenca i requisiti:

- Ø esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata;
- Ø indicazione di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio;
- Ø allegazione delle “ultime” dichiarazioni dei redditi;
- Ø domande formulate in causa.

Non vi è dubbio che la costituzione dell’attore avvenga con il deposito del ricorso introduttivo, ed infatti la Suprema Corte già si era espressa nel senso che “..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 procu-

ra, instaurandosi attraverso tale deposito il rapporto cittadino-giudice e dovendo, ex art. 36 disp. att. 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. att. c.p.c., mentre la notificazione del ricorso e del decreto che fissa l'udienza di comparizione è finalizzata unicamente alla formazione del contraddittorio e dalla 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, 1° comma, c.p.c. e di conseguenza esclusi gli effetti perentivi del giudizio ex art. 307, 1° e 2° comma, c.p.c.”⁴.

Successivamente e da ultimo, la stessa Suprema Corte ha ulteriormente rafforzato il concetto di cui sopra statuendo che : ”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” ⁵

Personalmente condividiamo senza riserve questa impostazione, conforme peraltro alla consolidata giurisprudenza di legittimità, che ritiene che “la tempestività della domanda di corresponsione di assegno per il proprio mantenimento, da parte del coniuge che abbia promosso il giudizio di separazione, vada riscontrata non già con riferimento alla fase di cognizione innanzi al Giudice Istruttore, bensì con riferimento all'atto introduttivo del giudizio di separazione

⁴ Cassazione 24.06.1989 n. 3095

⁵ così Cass. , sez. 1°, 23.02.2000, n. 2064.

che, in quanto tale, deve necessariamente contenere l'indicazione dell'oggetto della domanda e delle ragioni che la sorreggono”⁶.

Appare dunque evidente come per il ricorrente esista un imprescindibile onere di formulazione di tutte le proprie domande sin dal ricorso introduttivo, onere confermato anche dalle recenti esegesi della legge in commento.

Citiamo, fra gli altri, il Tommaseo, che così argomenta in proposito: “ La memoria integrativa come veicolo di domande nuove?...A prima vista potrebbe sembrare che la legge consenta al ricorrente di affidare alla memoria integrativa domande nuove... ma una più attenta riflessione mostra che tale eventualità presuppone la costruzione di una rete di norme che soddisfi le esigenze di garanzia poste dai principi costituzionali del giusto processo, norme delle quali non vi è traccia nella nuova disciplina...

Invero la legge non fornisce strumenti per attuare, con riferimento ad eventuali domande nuove, i principi costituzionali del diritto alla difesa e del contraddittorio, per la ragione che il contenuto della memoria integrativa non è legalmente portato a conoscenza del convenuto, circostanza che emerge con tutta evidenza specie quando il convenuto non è comparso all'udienza presidenziale (perché il ricorrente deve notificare l'ordinanza presidenziale, ma non la memoria integrativa, che deve essere semplicemente depositata in cancelleria)...

Si noti ancora che il gioco dei termini previsti, rispettivamente per il deposito della memoria integrativa e per la costituzione del convenuto, sembra escludere che tale memoria possa essere veicolo di domande nuove”⁷.

⁶ così testualmente da Cass. 23/2/2000 n. 2064 in Giust. Civ. 2000 n. 1974; ma v. anche Cass. 15481/2003, 2128/1999.

⁷ in “Famiglia e diritto” n. 3 del 2005, pag. 231

LA COSTITUZIONE DEL CONVENUTO

Per la regolare instaurazione del contraddittorio e nel rispetto dell' articolo 111 Costituzione, per cui "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità", riteniamo che le difese del convenuto (memoria difensiva o comparsa di costituzione) possano essere depositate –non a piacimento del convenuto- ma in due momenti predeterminati con conseguenze tra loro diverse. E precisamente:

a. per l'udienza presidenziale: il convenuto può scegliere di costituirsi nel giudizio depositando (art. 706 terzo comma), entro il termine, precedente l'udienza presidenziale, indicato nel decreto di fissazione dell'udienza stessa, una memoria difensiva, e ciò indipendentemente che voglia o meno formulare delle domande riconvenzionali. Qualunque memoria depositata fuori di tale termine deve essere considerata irricevibile ai sensi dell'art. 175, 2° co c.p.c. sia dal Cancelliere che dal Giudice; ciò peraltro non comporterà alcuna decadenza ed il convenuto potrà costituirsi successivamente nei termini (la contumacia, legata invece alla mancata o non tempestiva costituzione, verrà dichiarata all'udienza ex art. 180 c.p.c. avanti al G.I.) e potrà proporre l'istanza per la modifica e/o la revoca del provvedimento presidenziale formulando all'Istruttore (certo a scapito della "competitività") le eccezioni e le osservazioni non proposte al Presidente.

b. per la fase istruttoria: il convenuto si costituisce tempestivamente, entro il termine di cui al combinato disposto degli articoli 709 terzo comma e 166/167 c.p.c., depositando la comparsa di costituzione avanti al Giudice Istruttore ovvero qualora contenga una domanda riconvenzionale il deposito dovrà avvenire, come noto, nei venti giorni antecedenti l'udienza ex art. 80 c.p.c.. Solo il mancato rispetto di tali termini comporterà le decadenze di rito.

Va precisato che, a nostro avviso, una volta che il convenuto abbia deciso di costituirsi all'udienza presidenziale, mediante deposito di comparsa di costituzione, questa deve contenere tutte le domande, anche riconvenzionali avendo egli così "volontariamente consumato la facoltà di costituzione, sicchè non può ammettersi una seconda costituzione per l'udienza avanti all'Istruttore. Diversamente vi sarebbe una consistente alterazione del pari diritto di difesa del processo, consentendo alla parte convenuta di elaborare le difese in due momenti diversi e decidere in quale momento del processo introdurre le domande". Così testualmente da Trib. Messina 8.11.2004⁸, che ha ritenuto l'inammissibilità della domanda di assegno di mantenimento per il coniuge formulata da parte convenuta che "avendo facoltà di costituirsi nel termine di cui all'articolo 166 cod. proc. civ. prima dell'udienza ex art. 180 cod. proc. civ., ..., ha ritenuto di costituirsi anticipatamente depositando già all'udienza presidenziale una memoria nella quale non si fa cenno alcuna all'addebito" .

La comparsa di costituzione, ai sensi degli articoli 166 e 167 c.p.c., deve contenere:

- 1.** la procura alle liti
- 2.** le difese del convenuto in relazione ai fatti proposti dall'attore a fondamento della sua domanda.
- 3.** l'indicazione dei mezzi di prova di cui intende valersi
- 4.** l'indicazione dei documenti che offre in comunicazione
- 5.** la formulazione delle conclusioni

⁸ in Fam. e Dir. 2005, 3, 283

Tutti gli atti che non contengono questi requisiti debbono considerarsi semplici memorie difensive e sono possibili solo nei casi strettamente previsti dalla legge.

Ai sensi dell'art. 706 c.p.c. al ricorso ed alla memoria difensiva sono allegate le "ultime dichiarazioni dei redditi". L'uso del plurale indica che non basta l'ultima dichiarazione dei redditi e che quindi esse debbono essere almeno due. Ragionevolezza vuole che vada esposta al Giudice la situazione economico reddituale della famiglia più consolidata possibile: occorrerà quindi stabilire di quanti anni precedenti al deposito del ricorso dovranno risalire i modelli fiscali (3, 5, 10 anni), valutando ai sensi dell'art. 116, 2° co c.p.c. la mancata produzione.

Resta fermo l'esercizio del potere di accertamento del G.I. ai sensi dell'art. 5, 9° co L. 898/70 in ordine alle indagini sui redditi, patrimoni e circa l'effettivo tenore di vita dell'altro coniuge.

Alla luce della interessante sentenza emessa dalla Suprema Corte in data 17 maggio 2005 n. 1034, secondo noi tale ultima norma ben può continuare ad applicarsi in quanto la sua estensione al giudizio di separazione avviene non solo e non tanto in forza dell'art. 23 l. 898/70 -che fa espresso ed esclusivo richiamo alle norme processuali dell'art. 4- ma per effetto di una applicazione analogica per identità di ratio.

Con la stessa sentenza n. 10344/05, la S.C. aveva altresì precisato che l'esercizio del potere di accertamento, che costituisce una deroga alle regole generali sull'onere della prova è applicabile alla separazione, e rientra nella discrezionalità del giudice di merito, ma non può per ciò solo essere considerato come un dovere imposto sulla base della semplice contestazione delle parti in ordine alle loro rispettive condizioni economiche.

Segnaliamo infine sul punto che ai sensi dell'articolo 155 6° comma nella proposta di legge sull'affidamento condiviso approvata dalla Camera Dei Deputati in data 7 luglio 2005 e in discussione al Senato, si prevede che "ove le affermazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi".

ART. 706, 3° COMMA SECONDA PARTE C.P.C.

Secondo quanto già accennato nella parte introduttiva il punto dolente di questa disposizione, punto dolente che si ripercuote sull'impianto dell'intera normativa è costituito dal fatto che manca la previsione di un termine legale per la comparizione all'udienza presidenziale e per la notifica dell'ordinanza al convenuto.

Questa mancanza comporta de iure condito:

- che tali termini debbano essere concessi dal Presidente nel rispetto degli artt. 24 e 111 Costituzione- diritto di difesa e diritto alla regolare instaurazione del contraddittorio-.

- che per evitare violazioni dell'art. 3 Costituzione debbano essere instaurate prassi identiche in tutto il territorio nazionale. (A tal proposito si rileva che oggi il Tribunale di Torino prevede un termine per la notifica di circa 30 gg prima dell'udienza. Inoltre, si rileva che da febbraio 2005 il Tribunale di Torino invita il convenuto che intenda costituirsi all'udienza

presidenziale ad effettuare la costituzione in cancelleria 5 giorni liberi prima dell'udienza mediante deposito della memoria difensiva)

De iure condendo le scriventi auspicano che si apra un confronto sulla opportunità di emanare una normativa che preveda o l'instaurazione obbligatoria del contraddittorio sin dalla fase presidenziale, sulla falsariga di quanto era praticato nel cosiddetto e criticato "rito ambrosiano" o, più correttamente, la previsione della decadenza al termine previsto dal 3° co dell'art. 706 c.p.c. per il deposito nella fase presidenziale della memoria difensiva da parte del resistente.

ART. 706 C.P.C. CONTENUTO DEL DECRETO DEL PRESIDENTE

Le scriventi, proprio nell'ottica di facilitare l'instaurazione di prassi omogenee su tutto il territorio nazionale e in particolare tra i 17 Tribunali del Piemonte e Valle d'Aosta, hanno provato ad immaginare il testo del decreto di fissazione di udienza alla luce della normativa in oggetto.

"Il Presidente, letto il ricorso che precede, fissa udienza per la comparizione dei coniugi davanti a sé ilore....(entro 90 giorni dal deposito del ricorso) alla quale entrambi debbono comparire personalmente con l'assistenza di un difensore.

Dispone che la parte ricorrente, notifichi al coniuge convenuto il ricorso introduttivo ed il presente decreto entro il termine del.....(di regola 60/30 giorni prima dell'udienza, salvo che nei casi di urgenza in cui il termine è modulato in base alla situazione di pregiudizio prospettata nel ricorso, ma comunque sempre compatibile con il diritto di difesa).

Ordina a parte ricorrente, qualora non vi abbia già provveduto, di depositare in cancelleria nello stesso termine previsto per la notifica al coniuge convenuto copia delle dichiarazioni fiscali degli ultimi 2 anni;

Concede al coniuge convenuto termine sino al (di regola 20/10 giorni prima della udienza, salva l'urgenza) per depositare memoria difensiva.

Ordina al convenuto di depositare in cancelleria le dichiarazioni fiscali degli ultimi 2 anni entro lo stesso termine .

Segnala che ai sensi del D.P.R. 115/02 le parti che ne abbiano i requisiti di legge hanno la facoltà di accedere al beneficio del patrocinio a carico dello Stato”.

LA MANCATA PARTECIPAZIONE DEL RICORRENTE ALL'UDIENZA PRESIDENZIALE

L'art. 707, 2° co c.p.c. ripropone quello che era stato definito “onere di conferma” e prevedendo che “se il ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto” inserisce la novità della rinuncia espressa.

Per completezza va evidenziato che, se si condivide con Cipriani che la comparizione del ricorrente rappresenti la “condizione legale risolutiva, potestativa, a tempo determinato”⁹, deve ammettersi che qualora il convenuto si sia costituito in giudizio sin dall'udienza presidenziale, questi ben potrebbe chiedere di procedere nella contumacia del ricorrente.

Infatti:

⁹ in I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole, 1970

Se il convenuto si fosse costituito nei termini di cui all'art. 706, terzo comma, dovrebbe applicarsi l'art. 306 c.p.c. che prevede l'accettazione della rinuncia agli atti del giudizio delle parti costituite, con conseguente prosecuzione del giudizio in caso di mancata accettazione della rinuncia. Il convenuto potrebbe avere interesse a proseguire il giudizio, anche di fronte alla rinuncia del coniuge ricorrente.

Nel caso in cui il convenuto non si sia costituito, a norma dell'art. 306 c.p.c. non potrebbe accettare o rifiutare la rinuncia e quindi a norma dell'art. 707 II comma c.p.c. la domanda non avrebbe effetto.

Segnaliamo per completezza la sentenza della Corte di Appello di A. Roma resa in data 12-01-1998 che sostiene come “la mancata comparizione personale delle parti all'udienza presidenziale (udienza presidenziale cui abbiano partecipato dei nuncii delle parti, che in forza di procura speciale siano stati abilitati a «comparire dinanzi al presidente del tribunale, rispondendo negativamente al tentativo di conciliazione, rilasciare le necessarie dichiarazioni, sottoscrivere l'istanza di omologazione») non rende inefficace il ricorso per separazione consensuale dei coniugi e il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non è causa di nullità del procedimento, ai sensi dell'art. 156, 2° comma, c.p.c.”.

Ai sensi del medesimo articolo si riconferma la norma che prevede che qualora il coniuge convenuto non si presenti, il presidente possa fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata. Ci sembra evidente che non ci riferisca ad un vizio di notifica ma alla sussistenza di dubbi circa l'effettività (che non ha nulla a che vedere con la regolarità formale) della notifica, ciò che può avvenire qualora, ad esempio, la notifica del ricorso sia avvenuta a mani dei figli con i quali tuttavia emer-

ge una certa conflittualità oppure qualora dalle dichiarazioni rese dal ricorrente emerga che il convenuto, cui è stato notificato il ricorso presso la casa familiare nella quale egli ha mantenuto la residenza anagrafica, si sarebbe da questa di fatto trasferito.

ART. 707, 1° COMMA C.P.C

L'articolo in esame contiene una delle novità più rilevanti della riforma in quanto prevede – in linea con il disposto costituzionale dell'articolo 111- L'OBLIGATORIETA' DELL'ASSISTENZA LEGALE sin dalla fase presidenziale, eliminando una delle eccezioni precedentemente previste dall'articolo Art. 82 cpc: il cui testo si riporta per facilità di lettura “Le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o l'assistenza di un difensore”” Salvo i casi i cui la legge dispone altrimenti (art. 707 cpc ante modifica) davanti al Tribunale ed alla Corte di Appello le parti debbono stare in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente”.

Ergo, con l'introduzione del nuovo articolo 707 cpc non e' piu possibile che la parte stia in giudizio personalmente.

Quali le conseguenze di questo assunto in relazione alla separazione consensuale?

ART. 707 1°COMMA C.P.C., IN RELAZIONE ALL'ARTICOLO 711 C.P.C

Da un punto di vista sistematico, l'art. 711 cpc, che disciplina la separazione consensuale, è situato nel Capo I del Titolo Secondo, unitamente alle norme che riguardano la separazione giudiziale venendo così a formare un quid u-

nicum: anche nella attuale formulazione, l'articolo 706 cpc riconferma come la “domanda di separazione personale”, si proponga con ricorso, senza distinguere se trattasi di giudiziale o consensuale.

A norma degli artt. 83 e 125 c.p.c il ricorso deve essere sottoscritto dal difensore, salvo che la parte possa stare in giudizio personalmente.

La nuova formulazione del 707 cpc, prevedendo l'assistenza del difensore, elimina la deroga all'articolo 82 contenuta nel precedente articolo 707 cpc.

Ne consegue a parere delle scriventi che anche nelle separazioni consensuali, come già avveniva ed avviene per i divorzi, è obbligatoria l'assistenza o la rappresentanza di un avvocato in quanto trattasi di procedimenti camerali che, aventi ad oggetto situazioni sostanziali di diritti soggettivi o di status, vanno comunque iscritti nel registro degli affari contenziosi.

ART. 708, 1° E 3° COMMA C.P.C

Non vi è dubbio che la legge in commento abbia ribadito la cosiddetta “Bifasicità dell'udienza presidenziale”, già ravvisata e definita nelle note sentenze n. 151 e 201 del 1971 della Corte Costituzionale.

Più precisamente, vi è una prima fase esclusivamente finalizzata al tentativo di ri-conciliazione, in cui le parti debbono essere presenti ed essere sentite personalmente (art. 708, 1° comma: “ All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione”).

Già Tommaseo affermava che in “....questa fase del procedimento le parti agiscono personalmente e con pienezza di poteri mentre il difensore, che certamente può as-

sistere la parte, non può rappresentarla nella fase del tentativo di conciliazione, se non quando abbia ricevuto una procura speciale ad hoc”¹⁰ (necessariamente dovrà trattarsi di procura notarile).

Da quanto sopra si ricavano le seguenti brevi considerazioni:

- ai sensi dell’art. 707 c.p.c., il ricorrente deve comparire personalmente, assistito dal proprio difensore;
- il convenuto che si presenta privo di assistenza può essere sentito personalmente.

Secondo alcuni Vaccarella e Verde, “la previsione della assistenza del difensore comporta la possibilità che questi assista anche alla prima parte dell’udienza riservata al tentativo di conciliazione e pertanto presenzi, ai sensi del primo comma del novellato articolo in commento, alla audizione “separata” non solo del proprio assistito, ma anche dell’altro coniuge”¹¹.

Delle dichiarazioni rese dalle parti in questa prima fase (volta – lo si ricorda – alla mera ri-conciliazione) non potrà stendersi processo verbale, se non per far constare l’impossibilità della riconciliazione stessa, e ciò per evitare che le dichiarazioni rese dal convenuto non assistito lo possano penalizzare nel prosieguo del giudizio.

Ai sensi poi dello stesso art. 708, 2° comma, se la conciliazione riesce, deve esserne dato atto nel verbale di conciliazione ai sensi dell’art. 154 cod. civ., al fine di non consentire l’utilizzo dei fatti pregressi in un successivo giudizio di separazione.

¹⁰ , Tommaseo in “Famiglia e diritto” 1997, 1,

¹¹ Vaccarella e Verde in Codice di procedura civile commentato, sub art. 707 c.p.c. ma v. anche Cipriani, in Rivista di diritto processuale 1988, 437;

Il fallimento del tentativo di conciliazione segna il passaggio alla seconda fase dell'udienza presidenziale, prevista dal 3° comma dell'art. 708 c.p.c., in cui –dovendosi applicare rigorosamente il disposto dell'art. 82 c.p.c. per essere venuta meno la deroga prevista nella precedente formulazione dell'art. 707 c.p.c. – il convenuto comparso senza l'assistenza del difensore non può, per sua tutela, più essere sentito al fine della emissione dei provvedimenti temporanei.

Il Presidente dovrà quindi raccogliere le dichiarazioni delle parti assistite o rappresentate, volte a fornire elementi utili alla emissione dei provvedimenti, per cui “..sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori..” o, se il convenuto non compare “.. sentito il ricorrente ed il suo difensore...dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi, nomina il giudice istruttore e fissa udienza di comparizione e trattazione davanti a questi”.

Segnaliamo che, a tale proposito, Finocchiaro ricorda che “come per il passato il Presidente, sia nel giudizio di separazione che in quello di divorzio, innanzitutto procede alla audizione personale dei coniugi, prima separatamente poi congiuntamente, tentandone la conciliazione; qualora la conciliazione non riesca, il Presidente deve sentire nuovamente le parti e dare quindi la parola ai rispettivi difensori, ovviamente se presenti”¹².

E' necessario a questo punto ricordare che la norma di cui sopra dovrà essere temperata con il novellato art. 155 sexies cod. civ. (nel testo relativo all'emananda disciplina dell'affidamento condiviso, approvato dalla Camera ed attualmente in discussione al Senato), laddove, a proposito dei provvedimenti del Presidente, espressamente si prevede che “prima della emanazione anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c., il giudice può assumere, ad istanza

¹² Finocchiaro, in Guida al Diritto n. 22 del 2005

di parte o d'ufficio, mezzi di prova...Il giudice dispone inoltre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 o anche di età inferiore, ove capace di discernimento”

.

ART. 709 C.P.C. – TERMINI (COMUNICAZIONE, NOTIFICAZIONE DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE E FISSAZIONE DELL'UDIENZA)

L'ordinanza presidenziale, ai sensi del combinato disposto dei novellati artt. 134 e 136 c.p.c., viene comunicata al ricorrente dalla Cancelleria anche a mezzo telefax o posta elettronica ; a tale ultimo proposito giova ricordare che l'ultimo comma dell'art. 136 citato prevede espressamente l'utilizzo della posta elettronica, con indicazione peraltro che essa venga applicata nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi. Ci si domanda se il legislatore abbia voluto riferirsi soltanto alla firma elettronica qualificata (firma digitale) o anche al procedimento relativo alla posta certificata. La questione è aperta.

La stessa ordinanza dovrà poi essere comunicata anche al Pubblico Ministero.

Circa le modalità di comunicazione dell'ordinanza al convenuto, è necessario procedere all'esame delle varie ipotesi:

- a) nel caso di convenuto non comparso, sarà il ricorrente a notificare l'ordinanza presidenziale;
- b) stessa procedura nella caso di convenuto comparso personalmente, ma senza difensore;
- c) qualora il convenuto sia comparso con la rappresentanza del difensore – munito ovviamente di regolare procura alle liti e quindi con e-

elezione di domicilio – la Cancelleria effettuerà le comunicazioni come per il ricorrente;

d) l'ipotesi in cui il convenuto sia comparso solo con l'assistenza del difensore senza elezione di domicilio, non è regolato dalla norma; è tuttavia auspicabile che il Presidente disponga nell'ordinanza stessa le modalità per la notifica al convenuto. Può tuttavia ricordarsi che la Corte Costituzionale ha ritenuto “manifestamente infondata, in quanto *ictu oculi* priva di qualsiasi fondamento, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 709 c.p.c., nella parte in cui non prevede, a carico dell'attore, l'onere di notificare l'ordinanza con cui il presidente del tribunale fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore, oltre che al convenuto non comparso, anche al convenuto che, pur comparso personalmente, non abbia potuto avere conoscenza diretta dell'ordinanza in quanto pronunciata fuori dell'udienza, in riferimento all'art. 24 cost.”¹³

L'ART. 709, 4° COMMA E LE MODIFICHE DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE

Ai sensi del novellato art. 709 4° co, che sostituisce il precedente art. 708, 4° co, relativamente alle modifiche dell'ordinanza presidenziale, scompare la previsione della sopravvenienza di mutamenti nelle circostanze, con la conseguenza che i provvedimenti temporanei del presidente sono sempre modificabili –persino *re melius* perpena – dal G.I.

¹³ Corte cost. [ord.], 31-03-1988, n. 387 in Giust. civ., 1988, I, 1383, Stato civile it., 1988, 658 nonché Foro it., 1989, I, 934

Non si tratta affatto di una novità in quanto già il combinato disposto dagli artt. 23 e 4, 8° co L. 78/87 aveva eliminato la necessità della sopravvenienza di nuove circostanze per modificare l'ordinanza presidenziale, anche se di fatto non tutta la giurisprudenza di merito l'aveva recepita.

Come noto numerose sono le difficoltà per il ricorrente connesse alle modalità di esecuzione dell'ordinanza. Sul punto è intervenuta la Suprema Corte ha statuito che “in tema di provvedimenti temporanei ed urgenti, l'ordinanza del presidente del tribunale o del giudice istruttore in un processo di separazione personale tra coniugi attributiva, ad uno di essi, del diritto di abitare la casa familiare, deve ritenersi soggetta, in mancanza di spontaneo adempimento, ad esecuzione coattiva in via breve (a mezzo del competente ufficiale giudiziario), ovvero alla normale procedura di esecuzione forzata, con la conseguenza che, nella prima ipotesi, giudice competente per l'esecuzione sarà quello che ha emesso il provvedimento (ovvero quello competente per il merito, se risulti iniziato il relativo giudizio), mentre, nella seconda, la competenza si radica in capo al giudice dell'esecuzione, secondo le regole ordinarie”¹⁴.

Il problema invece del convenuto potrebbe essere quello di procedere alla modifica del provvedimento presidenziale: dal novellato art. 709 c.p.c. scompare quindi la previsione della sopravvenienza di mutamenti nelle circostanze, con la conseguenza che i provvedimenti temporanei del presidente saranno sempre modificabili –persino *re melius perpensa* – dal g.i.

Si segnala che il citato DDL 66/2001 sull'affido condiviso, prevede all'art. 2-bis che, abrogato il 4° co, dopo il terzo comma dell'art. 708 c.p.c., che disciplina l'ordinanza presidenziale, venga aggiunto il seguente che ulteriormente rafforza la natura contenziosa di questa fase:

¹⁴ Cass sez. I, 01-09-1997, n. 8317

«Contro i provvedimenti di cui al comma precedente si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'Appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto”.

LA FASE ISTRUTTORIA DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE

Senza scendere nel dettaglio delle norme che sono state compiutamente esaminate in altre sedi, noi ci limitiamo unicamente a rilevare che gli articoli in esame, richiamati dall'articolo 709 bis della riforma, sono profondamente mutati

Anzitutto il novellato art. 180 c.p.c. novellato si limita a prevedere che la trattazione della causa sia orale.

Decisamente stravagante il richiamo al principio di oralità del processo quando il trend degli ultimi interventi normativi, definitivamente tramontata la riforma Vaccarella, dice l'esatto contrario: è un processo che, rispetto al passato, diventa sempre più scritto ed è evidente la volontà del legislatore di ridurre sempre più il contatto diretto non solo tra le parti e il giudice, ma anche tra il giudice e gli stessi difensori. Va in questa direzione il processo societario, già in vigore, nel quale i difensori delle parti si scambiano diverse memorie prima di giungere in udienza; e questo modello –per la verità non fortunatissimo a giudicare dalle sue prime applicazioni– è in fase di sperimentazione anche nell'ordinario processo di cognizione, giacché con il nuovo articolo 70 ter delle disposizioni di attuazione del cod. proc. civ. le parti, concordemente, possono avvalersi del rito societario anziché di quello ordinario.

In questa babele di riti e procedure oggi noi avvocati applichiamo addirittura tre riti ordinari (quello del Goa per le cause ante 1995, il rito cd. “nuovo” di cui alla L. 90/05 ed infine questo successivo, che potremmo definire “nuovissimo”), inoltre il rito societario vero e proprio, il rito del lavoro, quello delle locazioni, quello di cui all’art. 70 ter ed infine lo schema della separazione e del divorzio di cui Tommaseo evidenzia le “singolari ed inedite regole sulla formazione progressiva della domanda introduttiva” ¹⁵.

Formazione progressiva in quanto, ai sensi del 3 co dell’art. 709 c.p.c., il Presidente, con l’ordinanza, “assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo 167 e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio”.

Con la previsione del deposito della memoria integrativa –nei termini ridotti di cui all’art. 163 bis c.p.c.- viene quindi istituzionalizzata la prassi iniziata con la circolare Ministero di Grazia e Giustizia del 29.4.1942 n. 2700 ma nulla è innovato rispetto al passato relativamente all’imprescindibile contenuto della memoria integrativa.

Poiché il petitum del ricorrente deve essere già contenuto nel ricorso introduttivo, la memoria integrativa –che oltretutto non viene né notificata né comunicata al convenuto, ma semplicemente depositata in Cancelleria- non potrà

¹⁵ Tommaseo, Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio, Fam. e Dir., 2005, 3, 231

mai, a nostro avviso, contenere domande ulteriori e diverse, nuove, rispetto a quelle già proposte.

L'articolo 183 c.p.c. novellato, racchiude poi l'udienza di prima comparizione (già 180 c.p.c.) nonché quella di trattazione della causa, consentendo la richiesta di concessione di un termine perentorio, non superiore a 30 giorni per produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova (e quindi ci si chiede se ulteriori rispetto a quelli già prospettati a norma degli art. 163 n. 5 per l'attore e 167, 1° comma c.p.c. per il convenuto).

Ne consegue che le parti – salva la richiesta di fissazione di udienza di comparizione personale– dovranno formulare compiutamente i mezzi di prova nella memoria integrativa e nella comparsa di risposta o al più tardi nelle memorie da depositare entro 30 giorni dall'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. (senza possibilità di replicare: altro vuoto normativo da colmare).

Alle scriventi pare che il principale scopo della memoria integrativa potrebbe essere proprio quello della capitolazione delle prove.

La ridotta tempistica tra l'emissione dell'ordinanza presidenziale e il momento in cui deve avvenire la *discovery probatoria*, potrebbe rendere meno agevole il raggiungimento di un accordo sulla base della ordinanza presidenziale.

La costituzione del convenuto è regolata dal quarto comma dell'art. 709 c.c. che prevede l'ordinanza presidenziale contenga anche la fissazione di un termine al convenuto per la “costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo

167 e che oltre il termine stesso non potranno piu' essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio".

L'art. 709 bis regola invece il passaggio dalla fase presidenziale a quella istruttoria e sancisce che "all'udienza davanti al G.I. si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183 cpc, commi 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°. Si applica altresì l'articolo 184".

Nel giudizio di separazione e divorzio non è opportunamente richiamato il 3° comma dell'art. 183 cpc, -peraltro modificato dalla L. 115/05- che prevede la possibilità per le parti di richiedere, ma solo congiuntamente, la comparizione personale. Ad una prima e superficiale lettura parrebbe quindi eliminata la possibilità di esperire comparizioni personali delle parti davanti al G.I. nei giudizi di separazione e divorzio. Tuttavia, considerata essenzialmente la peculiarità dei giudizi in oggetto, si ritiene che ai sensi del combinato disposto degli artt. 185, 116 e 117 cpc, il G.I., in virtù del generale potere di direzione del procedimento (art. 175 cpc), possa, anche su richiesta di una sola parte e perfino d'ufficio, disporre la comparizione personale delle parti stesse.

Se così non fosse, sarebbe difficile immaginare in quale altra fase del processo si potrebbe convertire una separazione giudiziale in consensuale.

Per completezza si precisa che il Tribunale di Torino¹⁶ ha ritenuto che nel procedimento di separazione personale dei coniugi, qualora dopo l'udienza presidenziale, nessuna delle parti compaia all'udienza davanti al giudice istruttore designato per la trattazione della causa, il processo può essere riassunto a norma dell'art. 307 c.p.c.

¹⁶ T. Torino, 10-08-1994 in Giur. it., 1995, I, 2, 211

Riteniamo che possano continuare ad applicarsi le note sentenze emesse dalla Suprema Corte relativamente all'ammissibilità della sentenza parziale di separazione.

MODIFICHE ALLA LEGGE 898/1970

ART. 4 Comma 2

Come già riferito prima a proposito dell'atto introduttivo della separazione, anche la domanda per il divorzio si propone con ricorso che deve contenere, oltre all'esposizione dei fatti, anche gli elementi di diritto sui quali si fonda.

Rispetto alla disciplina precedente, questa norma unifica le procedure di separazione e di divorzio, in quanto la sua formulazione è sostanzialmente identica a quella del nuovo testo dell'art. 706, 1° comma c.p.c..

Va altresì rilevato come non venga più richiesta, quale elemento essenziale del ricorso, "l'indicazione specifica dei mezzi di prova" che invece si trovava inserita al punto sub) e del testo previgente del comma 2.

ART. 4 Comma 5 (prima parte)

La formulazione risulta uguale a quella prevista per la separazione nel novellato art. 706 3° comma c.p.c.; si segnala comunque che, anche in questo caso, le novità più importanti riguardano:

- a. la fissazione del termine di 90 giorni (dal deposito del ricorso) entro il quale deve tenersi l'udienza di comparizione dei coniugi;
- b. la fissazione di un termine per il convenuto entro il quale lo stesso potrà depositare memoria difensiva e documenti.

ART. 4 Comma 6

Anche in caso di divorzio, come già per la separazione, al ricorso ed alla memoria difensiva vanno allegati le ultime dichiarazioni dei redditi.

ART. 4 Comma 7

A questo proposito è opportuno operare una comparazione con l'omologo articolo novellato relativo alla separazione, cioè con l'art. 707 c.p.c.. Quest'ultimo infatti recita testualmente: "I coniugi debbono comparire personalmente davanti al Presidente con l'assistenza di un difensore".

L'art. 4 comma 7, per contro, recita: " I coniugi devono comparire avanti il Presidente del Tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore..".

Ci si domanda quale valenza possa avere la differenza tra le due norme, posto che, come già più volte riferito, nella legge in commento vi è un indubbio intento di uniformare le due procedure. In altri termini, ci si chiede se il legislatore abbia voluto ammettere la partecipazione all'udienza presidenziale su procura notarile unicamente per il divorzio.

Finocchiaro al riguardo afferma: "Per effetto della novella del 2005, mentre la comparizione personale dei coniugi non ammette deroghe con riguardo al giudizio di separazione, quanto al giudizio di divorzio è prevista la possibilità che il coniuge si faccia rappresentare da un terzo, ove sussistano gravi e comprovati motivi"¹⁷.

La sia pur scarsa giurisprudenza - anche di Torino - lo ha consentito in passato; naturalmente non potrà trattarsi di un "terzo" qualsiasi, bensì di un procuratore munito di procura speciale.

¹⁷ Finocchiaro , in Guida al Diritto n. 22 del 2005

Proseguendo nell'esame dell'art. 4 comma 7, si legge che "Se il coniuge convenuto non si presente, il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata".

Questa nuova disposizione, comune anche alla separazione (art. 707 c.p.c.) appare incomprensibile e priva di logica processuale. Infatti: se la notifica non fosse regolare, il rinvio dell'udienza e la rinnovazione della stessa sarebbero dovuti. Se, viceversa, la notifica fosse regolare, la mancata presentazione del convenuto all'udienza non deve comportare la possibilità di alcun rinvio: ad avviso di chi scrive, infatti, qualunque concessione in tal senso potrebbe dar luogo a gravi abusi (si pensi, a mero titolo di esempio, al convenuto che faccia resistenza passiva per differire il momento della pronuncia della sentenza). Non è infatti immaginabile che in sede di divorzio, a differenza di quanto può accadere nella separazione (vedi pag. 25 e 26) la notifica venga ricevuta dal coniuge.

ART. 4 COMMA 5 --- SECONDA PARTE--- RAPPORTI CON L'INCAPACE

L'ultima parte del comma 5 viene riprodotta esattamente secondo la precedente formulazione e prevede che il Presidente nomini un curatore speciale nel caso in cui il convenuto sia malato di mente (dimenticando, il nostro Legislatore, che il "malato di mente" dopo la L. 180 non esiste più) o legalmente incapace.

Possiamo quindi ipotizzare diverse ipotesi, estensibili anche al ricorrente, e precisamente:

- qualora a proporre o subire la domanda di separazione o divorzio sia il minore emancipato, il Giudice Tutelare nomina quale curatore uno dei genitori ex art. 392, 2° c.c (in sostituzione del coniuge, curatore ex lege);
- se la domanda è proposta da o contro un soggetto inabilitato ci si è chiesti se esso possa stare in giudizio da solo (in quanto l'autorizzazione a contrarre il vincolo lo abiliterebbe anche all'esercizio delle relative azioni) oppure sia necessaria l'autorizzazione ex art. 78, 2° co c.p.c. (Cipriani, I provvedimenti presidenziali nell'interessi del coniuge e della prole, 1970, 75);
- trattandosi di un diritto personalissimo, l'interdetto legale può proporre e subire personalmente i relativi giudizi.

RAPPORTI CON L'INTERDIZIONE

Ai sensi dell'art. 85 c.c. l'interdetto per infermità di mente non può contrarre matrimonio ma, ovviamente può averlo contratto prima della pronuncia.

Ricordiamo sul punto che “il tutore di un interdetto per infermità di mente non ha il potere di chiedere il divorzio, non potendosi tale potere farsi derivare dalla generica rappresentanza in tutti gli atti civili prevista dall'art. 357 c.c., richiamato dall'art. 424 c.c. e deve ritenersi - in applicazione analogica dell'art. 4, 5° co, l. 1°12.1970 n. 898 - che legittimato a proporre la relativa domanda sia un curatore speciale, nominato dal presidente del tribunale, anche su richiesta, eventualmente, dello stesso tutore”¹⁸.

A nostro avviso quindi, a meno che non vi sia conflitto tra l'interdetto ed il proprio tutore –perchè ad esempio è il coniuge, nel qual caso si impone la no-

¹⁸ così Cass., sez. I, 21-07-2000, n. 9582, contra Mandrioli e Cipriani che, partendo dall'insostituibilità del coniuge nell'udienza presidenziale, osservano come il tutore possa agire ex art. 119 c.c. per far dichiarare la nullità del matrimonio o per richiedere la separazione temporanea ex art. 126 c.c.)

mina del curatore ex art. 78, 2° co- e pur ritenendo che occorra sempre una valutazione caso per caso, non riteniamo che la soluzione possa ravvisarsi nella generalizzata nomina di un curatore.

Tale convincimento deriva dal fatto che, a nostro avviso, numerosi sono gli elementi nel nostro ordinamento sintomatici della configurabilità in capo al tutore di un generale potere di rappresentanza (ad esempio si rimanda agli artt. 126 c.c., 235 c.c., 264, 273 c.c. e soprattutto art. 119 c.c.) che tuttavia non riguarda i diritti personalissimi, ovvero quelli che non possono che essere compiuti che dal titolare (che per quanto qui ci occupa sono solo il matrimonio ed il divorzio in quanto incidenti sullo status, e non anche la separazione)

ART. 4 COMMA 5 SECONDA PARTE -2- RAPPORTI CON L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

In forza del combinato disposto dagli artt. 1 della legge 6/2004, 404 c.c. ("impossibilità, anche parziale e temporanea") e 409 c.c. (che rimanda alla rappresentanza esclusiva), l'amministrazione di sostegno può intervenire solo su situazioni di non totale compromissione e presuppone una continua mediazione e interazione collaborativa tra amministratore e beneficiario: nessun automatismo quindi, ma valutazione caso per caso, circa l'eventuale estensione ex art. 411 c.c. delle limitazioni alla possibilità di assumere autonomamente la decisione di separarsi e/o divorziare, di stabilire le condizioni delle stesse ed in generale di compiere atti ed esercitare azioni relative ai cd diritti personalissimi.

ART. 4 Comma 6

Anche in caso di divorzio, come già per la separazione, al ricorso ed alla memoria difensiva vanno allegate le ultime dichiarazioni dei redditi (al proposito vedi pag. 21)

ART. 4 Comma 8 Ascolto del minore

La disposizione attuale che prevede che: “Se la conciliazione non riesce, il Presidente sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori nonché, qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori, da anche d’ufficio i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell’interesse dei coniugi e della prole...” era già identicamente prevista nella normativa del divorzio.

Sul punto le scriventi ritengono però indispensabile segnalare che la sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 1 del 2002, relativamente alla mancata previsione dell’ascolto del minore afferma che - essendo entrata a tutti gli effetti in vigore in Italia, con legge 27 maggio 1991 n. 176, la Convenzione sui Diritti del Fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989, essa ha quindi, oggi ha nell’ordinamento interno “efficacia imperativa” con la conseguenza che “la norma dell’art. 336 c.c.- e tutte le norme relative alle procedure in cui sono coinvolti dei minori- andrà integrata dalla previsione della Convenzione che postula appunto come obbligatoria l’audizione di tutti gli interessati compreso il minore (Art. 12) “.

Sempre a proposito dell'ascolto dei minori si sottolinea che appare incomprensibile la previsione dell'audizione dei minori in sede di divorzio e il mancato richiamo della stessa disposizione alla separazione ribadendosi che, in ogni caso, la convenzione di New York è legge nel nostro ordinamento e quindi la previsione dell'ascolto dei minori è applicabile anche alla separazione con conseguente nullità dei provvedimenti emessi senza il preventivo ascolto del minore.

In questo senso è opportuno richiamare anche la previsione del testo sull'affido condiviso approvato alla Camera lo scorso 7 luglio 2005 (art. 155 sexies) “Prima dell’emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all’art. 155, il Giudice può assumere ad istanza di parte o d’ufficio mezzi di prova. Il Giudice dispone inoltre l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 ed anche di età inferiore ove capace di discernimento” con la conseguenza che l’audizione del minore è prevista per tutte le separazioni.

ART. 4 Comma 8 ultimo comma

Il testo non è modificato rispetto a quello precedente, la novità. Come già sottolineato riguarda semmai la separazione, ove non occorre più il mutamento delle circostanze per ottenere dal parte del G.I. la modifica dell'ordinanza Presidenziale

Anche per il divorzio – a seguito della modifica degli artt. 180 e 183 cp.c. – viene prevista la fissazione da parte del presidente dell'udienza di comparizione e trattazione dinnanzi al giudice istruttore.

ART. 4 Commi 9-11 e 12-16

n Si richiamano le considerazioni svolte relativamente alla separazione (art. 709 novellato e 709 bis)

n Si rileva anche che i commi dal 12 al 16 sono identici alla vecchia formulazione dei commi dal 9 al 13.

Torino 10 ottobre 2005

Avvocato Giulia Facchini

Avvocato Alessandra Fissore

Avvocato Magda Naggar

INDICE

Introduzione	1
La competenza per territorio	11
Art. 707, 1 e 3° co c.p.c.	15
La costituzione del convenuto	19
Art. 706, 3° co – 2° parte	22
Art. 706 c.p.c. contenuto del decreto del presidente	23
La mancata partecipazione del ricorrente all'udienza presidenziale	24
Art. 707, 1° co cpc	26
Art. 707 1° comma c.p.c., in relazione all'articolo 711 c.p.c	26
Art. 708, 1° e 3° co c.p.c.	27
Art. 709 c.p.c. – termini (comunicazione, notificazione dell'ordinanza presidenziale e fissazione dell'udienza	29
L'art. 709, 4° comma e le modifiche dell'ordinanza presidenziale	31
La fase istruttoria del giudizio di separazione	33
 Modifiche alla legge 898 / 1970	
Art. 4 comma 2	36
Art. 4 comma 5 (prima parte)	37
Art. 4 comma 5 seconda parte –2- rapporti con l'amministrazione di sostegno	41
Art. 4 comma 6	42
Art. 4 comma 8 – L'ascolto del minore	43
Art. 4 comma 8 ultimo comma	45
art. 4 commi 9-11 e 12-16	45