

CONVEGNO DEL CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
DI NOVARA
10 APRILE 2006

Le novità processuali nelle vertenze di separazione e divorzio
in seguito alla promulgazione di :
legge 80/2005: Decreto competitività
legge 263/2005: Decreto competitività modifiche
legge 54/2006: affido condiviso

Queste slides sono una elaborazione aggiornata del lavoro comune, effettuato dagli avv.ti
Giulia Facchini, Alessandra Fissore e Magda Naggar, componenti della Commissione
Famiglia del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torino

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

1

**IL PIL DEL DIRITTO DI FAMIGLIA NEL DISTRETTO DEL
TRIBUNALE DI NOVARA**

- NUMERO DI CAUSE NEL 2005: 1112
 - POSIZIONI PROCESSUALI: $1112 \times 2 = 2224$
 - VALORE MEDIO PER OGNI INCARICO (VEDI
ISTRUZIONI A STUDI DI SETTORE AGENZIA
DELLE ENTRATE € 1.580
 - ERGO $2.224 \times 1.580 =$ **€3.513.920**
- GIRO DI AFFARI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

2

- IL PIL DEL **PATROCINIO A CARICO DELLO STATO** PER IL DIRITTO DI FAMIGLIA NEL DISTRETTO DEL TRIBUNALE DI NOVARA

- NUMERO DI AMMISSIONI AL PATROCINIO A CARICO DELLO STATO IN MATERIA DI FAMIGLIA ANNO 2005=
165.
- Valore medio incarico € 1.580 ergo il giro di affari è di **€ 260.700**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

3

PASSAGGI PROCESSUALI PRECEDENTI E PROBLEMI CONNESSI

1. 1987 Emanazione nuova legge divorzio
2. 1990 Riforma del cpc
3. 2005 Decreto competitività
4. 2006 Affidamento condiviso

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

4

1. 1987: EMANAZIONE NUOVA LEGGE DIVORZIO

- Ricordiamo che l'articolo 23 delle disposizioni finali della legge 74/87 rendeva le norme sul divorzio applicabili anche alla separazione fino alla emanazione del nuovo codice di procedura civile.
- L'**Art. 4 legge 74/87** – applicabile anche alla separazione - 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.[...]*

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

5

2. 1990: RIFORMA DEL CPC

a. *Il rito Ambrosiano*

b. *Il rito Sabauda*

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

6

a. Il 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.**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

7

a. Il rito Ambrosiano: critiche

- A) 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 sarebbero ricadute incolpevolmente sulle parti.
- B) 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.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

8

b. Il rito Sabaudo

Prevedeva che, dopo l'udienza presidenziale:

- A) 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**
- B) 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-.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

9

LA NUOVA NORMATIVA

**DECRETO COMPETITIVITA'
AFFIDO CONDIVISO**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

10

ENTRATA IN VIGORE

- **DECRETO COMPETITIVITÀ** → dal **1° marzo 2006** (le norme della separazione e divorzio *non si applicano ai giudizi in corso*)
- **AFFIDO CONDIVISO** → dal **16 marzo**, anche ai **giudizi in corso** ed a quelli **già definiti** (ex art. 4 L. 54/06 "*ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge*")

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA LEGGE SULL'AFFIDO CONDIVISO

art. 4 L. 54/06: "***Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati***".

LA COMPETENZA PER TERRITORIO NELLA SEPARAZIONE

ART. 706 1° e 2° co c.p.c.

“La domanda di separazione personale si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio, con ricorso che deve contenere l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata”

- Si tratta di competenza territoriale inderogabile (artt.28 e 70 c.p.c)
- E' una norma che richiama la legislazione internazionale di cui al regolamento CE 2201/2003 ed alla L. 218/95, che rimanda al concetto di “*vita matrimoniale prevalentemente localizzata*”.
- Dal 1° marzo occorre depositare i **certificati storici** di residenza.
- Solo in **mancanza** di una residenza comune si ricorre alla norma generale di cui all'art. 18 c.p.c.
- Non è chiaro se si debba rifare alla **residenza anagrafica** o a quella **effettiva**
- Non è prevista la possibilità di presentare il ricorso per separazione **consensuale** avanti al Tribunale di residenza di uno dei coniugi. 13

LA COMPETENZA PER TERRITORIO NEL DIVORZIO

ART. 4 L. 898/70

“La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio.

Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero o risulti irreperibile, la domanda si propone al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, se anche questi è residente all' estero, 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”

COMPETENZA PER TERRITORIO

nelle procedure di cui all'
art. 710 c.p.c.

art. 709 ter c.p.c.: *"Per i procedimenti di cui all'art. 710 e' competente il tribunale del luogo di residenza del minore"*

Si può ritenere per analogia applicabile questo criterio di competenza anche nelle procedure di revisione delle sentenze di divorzio ex articolo 9 legge 898/1970?

COMPETENZA PER MATERIA

NELLE CONTROVERSIE DI

AFFIDAMENTO

E POTESTÀ PARENTALE

In caso di procedimento in corso: competenza esclusiva del Giudice del giudizio in corso (separazione, divorzio o 317 bis c.c.).

In caso di procedimento definito:

- a) **Tribunale per i minorenni** ex artt. 316 c.c. e 38 disp. att. c.p.c. ove si debba decidere sulla potestà senza modificare il provvedimento di affidamento (*ad esempio, qualora vi sia da decidere il tipo di scuola superiore da far frequentare al figlio*).
- a) **Giudice ordinario**, in camera di consiglio ex art. 710 c.p.c. o art. 9 legge 898/70 se, oltre alla statuizione sulla potestà, occorre anche modificare il provvedimento (esempio la scelta della scuola superiore implica anche una diversa collocazione abitativa del figlio)

ART. 706 1° , 3°e 4° commi c.p.c.

CONTENUTO DEL RICORSO:

1. L'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata;
2. l'indicazione di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio;
3. l'allegazione delle "ultime" dichiarazioni dei redditi.

ART. 4 L. 898/70 C. 2,4,6 CONTENUTO DEL RICORSO

- La domanda si propone con ricorso che deve contenere:
 - l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda è fondata;
 - esistenza o meno di figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio;
 - l'allegazione delle ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate;
 - non viene inoltre più richiamato, quale elemento essenziale del ricorso, "*l'indicazione specifica dei mezzi di prova*" indicato, nella vecchia formulazione del comma 2, con la lettera e).

ART. 706 cpc e 4 L. 74/87

RAPPORTI E DIFFERENZE

- LA FORMULAZIONE DELLE NORME APPAIONO SOSTANZIALMENTE IDENTICHE, SEPPUR CON QUALCHE DIFFERENZA.
- **NEI RICORSI PER DIVORZIO** VIENE ESPRESSAMENTE **RICHIESTA "L'ESPOSIZIONE DEI FATTI E DEGLI ELEMENTI DI DIRITTO"** MENTRE **I RICORSI PER SEPARAZIONE** DOVREBBERO CONTENERE – AI SENSI DEL 1° CO. DELL'ART. 706 CPC IN COMMENTO – LA **SOLA "ESPOSIZIONE DEI FATTI SUI QUALI LA DOMANDA E' FONDATA"**.
- UNA PRIMA LETTURA POTREBBE FAR RITENERE CHE IL RICORSO SIA FINALIZZATO A PROVOCARE LA FISSAZIONE DELL'UDIENZA PRESIDENZIALE, INTERPRETAZIONE TUTTAVIA CHE, ALLA LUCE DI UNA ANALISI SISTEMATICA DELLE NORME, VA ESCLUSA.

Art. 155 1°, 2° e 3° comma

Principi sostanziali dell'affido condiviso

- Viene fissato il principio cosiddetto della **BIGENITORIALITA'**:
 - il **minore** deve mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore.
 - Il **minore** deve ricevere da entrambi i genitori:
 - ❖ cura;
 - ❖ educazione;
 - ❖ istruzione.
 - Il **minore** deve conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.
- **Entrambi i genitori** esercitano congiuntamente la potestà genitoriale, con l'eccezione prevista dall'art. 320 cod. civ. per gli atti di ordinaria amministrazione.

Art. 155 1° comma

Contenuto del ricorso per la decisione sulle modalità dell'affido condiviso

- Pertanto occorrerà indicare nel ricorso:
- quale sia stata durante il matrimonio l'organizzazione quotidiana della vita del minore – orari e attività – specificando quale dei genitori si occupava delle varie incombenze (Nella precedente formulazione del testo della legge sull'affido condiviso -poi modificato- si prevedeva che il giudice decidesse sull'affido condiviso “*..Tenendo conto delle modalità concordate dai coniugi e motivatamente espresse nel progetto di affidamento condiviso obbligatoriamente allegato alla domanda di separazione...*”.
- se il minore abbia relazioni costanti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale, ed eventualmente formulare le richieste di visita (escludendosi una legittimazione attiva dei parenti a partecipare al giudizio).

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

21

Art. 155 4° e 6° comma

Principi sostanziali sulle questioni economiche

- E' stato sancito il criterio della PROPORZIONALITA' (peraltro già previsto negli artt. 147 c.c. e 148, 1° comma c.c.) con una NOVITA', rappresentata dai TEMPI DI PERMANENZA E DALLE MODALITA' DI ACCUDIMENTO E DOMESTICHE DELLA PROLE.

A tale proposito, il prof. Balestra ha recentemente definito tale criterio come una sorta di *monetizzazione* di attività che prima non venivano considerate.

In altri termini, *se, per effetto dell'affido condiviso entrambi i coniugi devono prendersi cura della prole, è evidente che lo stesso principio deve valere anche con riguardo al profilo economico della questione* (così Finocchiaro, in *Guida al Diritto* n. 11/2006)

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

22

Art. 155 4° e 6° comma

Contenuto del ricorso in punto assegno per i figli

- Al fine della liquidazione di un *assegno per i figli* che la legge definisce *perequativo*, occorre considerare:
 - 1) le attuali esigenze del figlio;
 - 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
 - 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
 - 4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
 - 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.
- Occorrerà anche specificare dettagliatamente (ed in cifre) il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, indicando partitamente le spese per il figlio e quelle per la gestione della casa assegnata in uso, oltre alle risorse economiche di entrambi i genitori e se lavoratori autonomi anche i mezzi di prova per l'accertamento del reddito effettivo, ultimo comma del 155 c.c.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

23

Art. 706 3° comma e 155 6° comma:

Contenuto del ricorso: assegno per il coniuge

**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. Per evitare violazioni del principio di eguaglianza bisognerà stabilire di quanti anni devono risalire i modelli fiscali (3,5,10 anni), valutando ai sensi dell'art. 116, 2° co cpc la mancata produzione.

Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1 del 2006

- Afferma che le mere dichiarazioni fiscali potrebbero non essere sufficienti in forza dell'articolo 155 uc modificato dalla 54/2006 che prevede che *"ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui beni e sui redditi oggetto della contestazione"* e ciò si noti *"anche se intestati a soggetti diversi"*.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

24

Art. 706 3° comma e 155 6° comma: Contenuto del ricorso assegno per il coniuge: segue

- Ciò che la norma non chiarisce in alcun modo è in quali condizioni il giudice debba ritenere le informazioni *"non sufficientemente documentate"*.
- Pare molto importante sotto il profilo della certezza del diritto che si formino sul punto prassi conformi quantomeno nello stesso distretto di Corte di Appello, che consentano a noi avvocati di valutare a monte – suggerendo così diverse strategie processuali o accordi – quando e perché il reddito dei nostri clienti o delle controparti potrebbe risultare non già non convincente, ma *"non sufficientemente documentato"*.
- A ben guardare, poi, l'ambito dell'indagine parrebbe decisamente ridotto: si parla, infatti, della possibilità di disporre accertamenti "sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi".
- Alla luce di questa specificazione non sembra, dunque, che gli incarichi alla polizia tributaria possano avere in alcun modo carattere generale ed esplorativo in quanto, dovendo riguardare beni "oggetto della contestazione", potranno solo andare a confermare allegazioni già formulate dalla controparte relativamente a:
 - introiti – da lavoro o da capitale – cioè redditi in senso tecnico
 - beni che, come ci insegna il codice, sono mobili o immobili
 - da valutare se possano essere considerati "beni" in senso tecnico giuridico i rapporti bancari e/o assicurativi.

25

COSTITUZIONE DELL'ATTORE

• Cass., 24-06-1989, n. 3095.

"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. 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 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, 1° comma, c.p.c. e di conseguenza esclusi gli effetti perentivi del giudizio ex art. 307, 1° e 2° comma, c.p.c."

COSTITUZIONE DELL'ATTORE

AVVIENE CON IL RICORSO INTRODUTTIVO

Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1 del 2006

*"Con il deposito del ricorso in cancelleria si apre la fase presidenziale ed è con riguardo al momento di tale deposito che si attua la pendenza del processo e la stessa costituzione dell'attore. **Il ricorso è quindi veicolo della domanda di separazione e di divorzio e non soltanto mero atto preparatorio dell'udienza presidenziale.***

Conclusione che trova conferma nelle norme europee che indicano la pendenza delle cause matrimoniali proprio nel deposito del ricorso presso l'ufficio giurisdizionale adito del ricorso introduttivo (Bruxelles due bis articolo 16)".

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

27

COSTITUZIONE DELL'ATTORE

• *Tommaseo in Famiglia e diritto n. 3 del 2005 pag 231 "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 dei principi anche 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".*

A MAGGIORE RAGIONE NE RISULTA CONFERMATO L'ONERE PER IL RICORRENTE DI FORMULARE TUTTE LE PROPRIE DOMANDE SIN DAL RICORSO INTRODUTTIVO

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

28

DEPOSITO RICORSO E FISSAZIONE UDIENZA ART. 706, 3° co

Il presidente deve:

- 1) Fissare l'udienza entro 90 giorni
- 2) Concedere termine al ricorrente per la notifica del ricorso e del decreto, sarebbe opportuno che gli concedesse termine anche per le produzioni dei modelli fiscali ove non vi avesse già provveduto spontaneamente;
- 3) Concedere termine al convenuto per depositare memoria difensiva e documenti.

- Tommaseo in Famiglia e diritto n. 1/2006 pone alcuni dubbi per quanto riguarda la determinazione dei termini dilatori posti nell'interesse del convenuto in quanto la nuova legge non offre criteri.
- La scriventi rilevano che soccorre il disposto dell'articolo 111 Costituzione – contraddittorio in condizioni di parità – e la ratio della norma sul decreto competitività, che è appunto quella di accelerare la durata dei processi.
- Per analogia con la previsione dell'articolo 709 cpc 2° comma si potrebbero applicare, salvo per casi di motivata urgenza, i termini di cui all'articolo 163 bis ridotti alla metà ovvero prevedere 45 giorni tra la notifica del ricorso e del decreto e l'udienza Presidenziale e dieci giorni per il convenuto per il deposito della memoria difensiva o della comparsa di costituzione.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

29

ARTICOLO 706 CPC CONTENUTO DECRETO PRESIDENZIALE

- Il Presidente, letto il ricorso che precede, fissa udienza per la comparizione dei coniugi davanti a se' 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 3/5 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 (3/5 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.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

30

ART. 4 COMMA 7 DIFFERENZE CON ARTICOLO 707 CPC

- **707 CPC.:** *"I CONIUGI DEBBONO COMPARIRE PERSONALMENTE DAVANTI AL PRESIDENTE CON L'ASSISTENZA DI UN DIFENSORE"*
- **ART. 4 COMMA 7 "I** *CONIUGI DEBBONO COMPARIRE AVANTI AL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE PERSONALMENTE SALVO GRAVI E COMPROVATI MOTIVI E CON L'ASSISTENZA DEL DIFENSORE"*

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

31

ART. 4 comma 7 DIFFERENZE CON ARTICOLO 707 CPC

- **PROBLEMA:** CI SI DOMANDA QUALE VALENZA ABBIAM LA DIFFERENZA TRA LE DUE NORME; IL LEGISLATORE VOLEVA AMMETTERE LA PARTECIPAZIONE ALL'UDIENZA PRESIDENZIALE SU PROCURA NOTARILE UNICAMENTE PER IL DIVORZIO?
- **FINOCCHIARO IN GUIDA AL DIRITTO N° 22 del 2005**
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. **LA (SCARSA) GIURISPRUDENZA – ANCHE DI TORINO – L'HA CONSENTITO. Non è un "terzo" qualsiasi, ma un procuratore con procura speciale.***

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

32

LA RAPPRESENTANZA DELL'INCAPACE

interdetto: la rappresentanza sostanziale e processuale spettano al tutore; tuttavia Cass 9582/00 ha ritenuto necessaria la nomina in ogni caso di un curatore speciale in quanto atto "personalissimo";

inabilitato: sta in giudizio personalmente (salva l'assistenza del curatore qualora si definiscano situazioni patrimoniali di natura straordinaria);

beneficiario di A.S.: sta in giudizio personalmente (a meno che il decreto non escluda la partecipazione a giudizi);

incapace naturale: nomina di curatore speciale ex art 78 c.p.c.

ART. 706 3° CO SECONDA PARTE CPC TERMINI

*"IL PRESIDENTE, ..., FISSA CON DECRETO LA DATA DELL' **UDIENZA** DI COMPARIZIONE DEI CONIUGI DAVANTI A SE', CHE DEVE ESSERE TENUTA ENTRO 90 GIORNI DAL DEPOSITO DEL RICORSO" FISSA TERMINE AL RICORRENTE PER LA **NOTIFICA** DEL RICORSO E DEL DECRETO AL CONVENUTO"*

PROBLEMI:

Manca la previsione di un termine legale per la comparizione all'udienza presidenziale e per la notifica dell'ordinanza al convenuto. Questa mancanza comporta:

- che tali termini debbano essere concessi 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)

Memoria difensiva del convenuto

Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1/2006

Afferma che il termine al convenuto per il deposito di una memoria difensiva è una novità assai significativa che ha:

“L’evidente fine di consentire alle parti di esercitare, su un piede di parità, il diritto al contraddittorio”

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

35

COMPARSA DI COSTITUZIONE E MEMORIA DIFENSIVA

Le difese del convenuto devono contenere, ai sensi degli articoli 166 e 167 cpc, **a pena di nullità e decadenza:**

1. la procura alle liti
2. le sue difese in relazione ai fatti proposti dall’attore a fondamento della sua domanda
3. le eccezioni processuali e di merito
4. le domande riconvenzionali;
5. la formulazione delle conclusioni

Eventualmente, salva successiva integrazione:

1. i mezzi di prova di cui intende valersi
2. i documenti che offre in comunicazione

**NON SONO AMMESSE
NOTE SOTTOSCRITTE PERSONALMENTE DALLA PARTE**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

36

AIUTO DELLA MEMORIA DIFENSIVA O DELLA COMPARSA DI COSTITUZIONE AVANTI IL PRESIDENTE

Anche il convenuto nelle sue difese, ai sensi dei commi 1°, 4° e 6° dell'articolo 155 introdotto dalla legge sull'affido condiviso dovrà fornire tutte le notizie utili alla definizione delle modalità di affido e di esercizio della potestà e le informazioni utili all'emissione dei provvedimenti economici.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

37

Il processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità 111 Cost." **IN GIUDIZIO CI SI COSTITUISCE UNA SOLA VOLTA** *principio di consumazione della costituzione*

Nei giudizi di separazione e divorzio il convenuto può scegliere di costituirsi:

Per l'udienza presidenziale: entro il termine, precedente l'udienza, indicato nel decreto di fissazione dell'udienza stessa (art. 706 terzo comma). Il mancato rispetto del termine fissato dal Presidente determina semplicemente l'irricevibilità dell'atto rispetto all'udienza ma poiché non matura alcuna decadenza (ed infatti non viene dichiarata la contumacia), il convenuto potrà costituirsi tempestivamente per la fase istruttoria.

Cass. 8.2.2006 n. 2787 ha affermato in tema di contenzioso tributario che un termine deve ritenersi perentorio pur non essendo dichiarato tale dalla legge qualora, avuto riguardo allo scopo che persegue ed alla funzione che adempie sia diretto a tutelare il diritto di difesa della controparte ed a realizzare il necessario contraddittorio tra le parti (v. anche Cass. 138/04).

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

38

La costituzione del convenuto

... segue

Per la fase post-presidenziale: Entro il termine di cui al combinato disposto degli artt. 709, 3 co, 166 e 167 cpc, dieci giorni liberi se propone domande riconvenzionali oppure all'udienza se si limita a difendersi dalle domande attoree.

Il mancato rispetto di tali termini comporterà le decadenze di rito.

IN GIUDIZIO CI SI COSTITUISCE UNA SOLA VOLTA

principio di consumazione della costituzione

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

39

facchini

ART. 707 , 1° comma

OBBLIGATORIETA' DELL'ASSISTENZA LEGALE

Art. 82 c.p.c.: *"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, 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.

Secondo Tommaseo in Famiglia e diritto n. 1 del 2006.... *"la nuova legge esige la costante presenza del difensore in tutte le fasi dell'udienza presidenziale, ivi compresa quella propriamente conciliativa".*

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

40

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 unicum*: anche nella attuale formulazione, l'articolo 706 cpc riconferma come la "domanda di separazione personale", si propone con ricorso, senza distinguere se trattasi di giudiziale o consensuale.
- 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 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.**
- **TRIBUNALI CHE HANNO ACCOLTO QUESTA TESI: GENOVA, VARESE, PISA, LUCCA, LIVORNO.**

ART. 707 2° COMMA

"Se il ricorrente non si presenta la domanda non ha effetto"

- Tale disposizione non presentava problemi quando non era prevista la costituzione del convenuto in giudizio, di cui all'art. 706, 3 comma c.p.c. modificato.
- Allo stato attuale non solo la norma viene mantenuta, ma è stata prevista anche l'ipotesi della RINUNCIA alla domanda da parte ricorrente.
- Se il coniuge convenuto non si presenta, il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata.
- Questa disposizione, già presente nella precedente formulazione e comune anche al divorzio (art. 4 L. 898/70), è alquanto atecnica.
- Dubbi peraltro possono sussistere – ma soltanto per la separazione – qualora la notifica del ricorso sia avvenuta a mani, ad esempio, dei figli, e dalle dichiarazioni rese dal ricorrente emerga che il convenuto si sarebbe trasferito.

ART. 707 2°COMMA segue

Se il ricorrente rinuncia

POSSIBILI IPOTESI

- 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.
- **NE CONSEGU E CHE ANCHE, PER QUESTA RAGIONE RITENIAMO CONSIGLIABILE COSTITUIRSI IN GIUDIZIO SIN DALLA FASE PRESIDENZIALE**

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

43

ARTICOLO 708, 1 E 3 COMMA BIFASICITA' DELL'UDIENZA PRESIDENZIALE

Secondo la Corte Costituzionale (sent. 151 e 201 del 1971) nei giudizi di separazione personale sono ravvisabili due fasi dell'udienza presidenziale:

- Una prima fase esclusivamente finalizzata al tentativo di riconciliazione, in cui le parti debbono essere presenti ed essere sentite **personalmente** (1° comma art. 708) e dove, come dice Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1 del 2006 il difensore non può rappresentare la parte ove non munito di procura speciale.
- Una seconda fase, che si apre con il fallimento del tentativo di conciliazione prevista dal 3° comma dell'art. 708 cpc, in cui, dovendosi applicare rigorosamente il disposto dell'82 c.p.c., per essere venuta meno la deroga prevista della precedente formulazione dell'art. 707cpc, il convenuto comparso senza l'assistenza del difensore non può, per sua tutela, più essere sentito al fine della emissione dei provvedimenti temporanei.
- Sul punto Tommaseo in Famiglia e Diritto n. 1 del 2006 afferma che ad esempio per la sottoscrizione del verbale di separazione consensuale il convenuto senza difensore dovrebbe farsi assistere dal legale dell'attore.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

44

ARTICOLO 708, 1 E 3 COMMA BIFASICITA' DELL'UDIENZA PRESIDENZIALE - SECONDA FASE

- Il fallimento del tentativo di conciliazione segna il passaggio alla **seconda fase** prevista dal 3° comma dell'art. 708 cpc, in cui, dovendosi applicare rigorosamente il disposto dell'82 c.p.c., per essere venuta meno la deroga prevista della precedente formulazione dell'art. 707cpc, **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"....." da i provvedimenti temporanei ed urgenti"*.
- A tale proposito Finocchiaro in Guida al Diritto n.22 del 2005 afferma: *"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 la parti e dare quindi la parola ai rispettivi difensori, ovviamente se presenti"*.

ART 708 c.p.c. PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE

Se la conciliazione non riesce, il Presidente, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori (ovvero, qualora il convenuto non sia comparso, il solo ricorrente ed il proprio legale), emette, anche d'ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti, nell'interesse della prole e dei coniugi, nomina il Giudice Istruttore e fissa l'udienza ai sensi del novellato art. 183 c.p.c.

Si noti che i provvedimenti possono essere emessi senz'altro d'ufficio nell'interesse dei minori, ma non in quello dei coniugi in quanto deve rispettarsi la domanda ed i suoi limiti.

CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE: PROBLEMI PROCESSUALI

- **In relazione al 155 1° comma c.c.** il Presidente dovrà
 1. disporre o **la chiamata in causa dei parenti** se ritiene che la norma in esame crei un diritto in capo a loro
 2. o in ogni caso **dovrà, se richiesto dalle parti o anche d'ufficio nel caso in cui rilevi che in corso di convivenza era significativa la presenza dei parenti nella vita dei minori**, disporre circa il mantenimento dei rapporti.
- **In relazione al 155 3° comma:** dovrà disporre in punto esercizio della potestà- si suggerisce che ne disponga sempre l'esercizio anche separato per le questioni di ordinaria amministrazione-
- **In relazione al 155 quinquies:** **dovrà chiamare in causa** i figli maggiorenni come litisconsorti necessari per l'accertamento dell'assegno che dovrà essere versato a loro direttamente?
- **In relazione al 155 ultimo comma e 155 sexies:** dovrà disporre prove anche d'ufficio sulle condizioni patrimoniali delle parti e prove su tutte le questioni controverse (pare potersi disporre CTU psicologica già in questa sede) Così si regola il Tribunale di Torino, disponendo il giuramento e la formulazione del quesito avanti al Presidente e il deposito avanti al G.I.
- **In relazione all'articolo 155 sexies:** dovrà disporre il rinvio dell'adozione dei provvedimenti ove le parti intendano attivare una mediazione familiare
- **In relazione all'articolo 155 sexies:** dovrà disporre l'ascolto del minore⁴⁷ (vedi slide successiva)

L'ASCOLTO DEL MINORE ARTICOLO 155 SEXIES

- *"..Il giudice dispone inoltre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento".*
- Questa norma supera la lacunosa previsione peraltro soltanto per il divorzio dell'articolo ART 4 COMMA 8 del decreto competitività che deve pertanto ritenersi abrogato.
- tale disposto è in ossequio alle convenzioni internazionali di New York il 20 novembre 1989 e Strasburgo del 1996 (legge 20 marzo 2003 n. 77)
- Ricordiamo al proposito 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 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) "*
- **L'ASCOLTO DOVRA' ESSERE DIRETTO O DELEGATO AI SERVIZI O ALLA CTU?**

CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE: PROBLEMI PROCESSUALI ASSUNZIONE DI MEZZI DI PROVA ARTICOLO 155 SEXIES

- Si sottolinea che la possibilità del giudice di assumere mezzi di prova dedotti dalle parti o d'ufficio pronunciando anche al di là dei rispettivi petitum, era già prevista dal comma 7 del vecchio 155, **ciò che qui fa la differenza è che tale possibilità sia data al Presidente prima dell'emanazione dei provvedimenti provvisori.**
- Questa disposizione che, a parere di chi scrive, deve essere letta unitamente a quella di cui all'articolo 2 del decreto legge in commento, che aggiunge un **terzo comma all'articolo 708 c.p.c.** (VEDI SLIDE SUCCESSIVA) **rappresenta una vera rivoluzione copernicana nei procedimenti di separazione e divorzio e icarna la vera novità (chissà se realmente voluta nelle sue conseguenze) dell'affido condiviso.**

ART. 709 cpc TERMINI

COMUNICAZIONE, NOTIFICAZIONE DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE E FISSAZIONE DELL'UDIENZA

- **COMUNICAZIONI AL RICORRENTE:** ai sensi del combinato disposto dal novellato art. 134 e dall'art. 136 cpc l'ordinanza presidenziale è comunicata dalla Cancelleria: al ricorrente a mezzo telefax o posta elettronica;
- **AL P.M.;**
- **AL CONVENUTO:**
 - a) Non comparso: il ricorrente notificherà l'ordinanza presidenziale;
 - b) Comparso personalmente, senza il difensore: idem;
 - c) Con la rappresentanza del difensore -munito di procura alle liti e quindi con elezione di domicilio: la cancelleria effettuerà le comunicazioni come per il ricorrente;
 - d) qualora il convenuto compaia solo con l'assistenza del difensore, senza elezione di domicilio: questo caso non è regolato dalla norma; è tuttavia auspicabile che il Presidente disponga le modalità per la notifica al convenuto

L'ORDINANZA PRESIDENZIALE E L'AVVERTIMENTO

Tenuto conto che da una imperfetta formulazione della *vocatio in ius* ex art. 167, 7° co cpc di cui il Presidente è stato onerato dal Legislatore della novella (quali la fissazione di un termine inferiore a quello di legge oppure un "avvertimento" insufficiente o mancante che oggi deve riguardare anche la proponibilità delle eccezioni processuali e di merito), possono discendere gravi conseguenze per l'incolpevole ricorrente, considerato che non è stato espressamente richiamato l'art. 164 c.p.c., **sarebbe opportuno che la sua formulazione fosse condivisa con gli avvocati.**

LA MEMORIA INTEGRATIVA

Art. 709, 1° co: *"L'ordinanza con la quale il presidente fissa l'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore e' notificata a cura dell'attore al convenuto non comparso, nel termine perentorio stabilito nell'ordinanza stessa, ed e' comunicata al PM".*

Art. 709, 3° co: *Con l'ordinanza il presidente assegna altresì' termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'art. 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.*

RECLAMO ALLA CORTE DI APPELLO AVVERSO I PROVVEDIMENTI PRESIDENZIALI art. 708 c.p.c.

così come novellato dal DECRETO COMPETITIVITA' con l'aggiunta del
4° co introdotto dalla legge sull'AFFIDO CONDIVISO

- *"Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla corte di appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento".*
- Tale termine decorre dalla **notifica** di una parte all'altra del provvedimento presidenziale.
- Questa norma rischia di intasare in breve tempo la Corte di Appello di Torino che si troverà a decidere sui reclami di tutti i 17 Tribunali del Piemonte le cui prassi, processuali e di merito sono notoriamente molto diverse.
- Unico dato positivo è che questa norma è destinata giocoforza a creare delle prassi uniformi almeno nel distretto di ogni corte di appello.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

53

RILEVAZIONI SUI RECLAMI PENDENTI AL 6 APRILE 2006

- **Numero reclami 4:** di cui tre contro provvedimenti di Torino e uno contro un provvedimento di Novara
- **Data emissione provvedimenti impugnati:** anche prima del 16 marzo 2006
- **Oggetto:** tutti per contributo al mantenimento coniuge e figli con qualche rilievo processuale (prove non esaminate dal presidente, motivazione inesistente o incongrua)
- **Tempi di fissazione e procedura:** viene nominato un relatore e concesso un termine di 15/20 giorni dal deposito per fare copia autentica del reclamo e decreto di fissazione della Camera di Consiglio e per la notifica a cura della parte istante
Vengono concessi dai 10 ai 15 giorni al convenuto per la sua costituzione.
Una quindicina di giorni dopo la scadenza del termine di costituzione per il convenuto e l'acquisizione del parere del P.G. si tiene la camera di Consiglio che però non pare prevedere, per i casi esaminati, la comparizione personale delle parti.
La cancelleria richiede il deposito di 4 copie autentiche del provvedimento reclamato.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

54

RECLAMO ALLA CORTE DI APPELLO: lacune normative

Può il Presidente della Corte d'Appello investito del reclamo disporre la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza ex articolo 708 c.p.c.? *Sì, ex art. 669 u.c. terdecies c.p.c.*

**E' ammissibile il reclamo avverso i provvedimenti del Giudice Istruttore che pronunciano sull'istanza di revoca o di modifica? *Sì, secondo Finocchiaro*
*No, secondo Siniscalchi***

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

55

naggar

MODIFICHE DELL'ORDINANZA PRESIDENZIALE

"Art. 709, 4° co c.p.c. "I provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal Presidente con l'ordinanza di cui al 3° co dell'art. 708 c.p.c., possono essere revocati o modificati dal G.I."

COORDINAMENTO DI QUESTA NORMA CON IL NUOVO 4° COMMA DELL'ART. 708 CHE PREVEDE IL RECLAMO CONTRO L'ORDINANZA PRESIDENZIALE: per il principio del giudicato interno di fronte ad un'ordinanza notificata e non reclamata nei dieci giorni (e quindi "stabilizzata") o modificata dalla Corte d'appello, il giudice istruttore non mantiene un potere illimitato di revoca e/o modifica, ma può esercitare tale potere solo per circostanze sopravvenute alla stabilizzazione o alla modifica.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

56

NOTE RELATRICE SUL NUOVO PROCESSO

- Ma se il Presidente può addirittura disporre prove in sede di udienza presidenziale e l'ordinanza presidenziale può essere reclamata, è evidente che è stato disegnato dalla legge sull'affido condiviso un nuovo rito di separazione e divorzio molto più sbilanciato verso la fase Presidenziale che su quella di merito.
- In questa situazione che senso ha prevedere la costituzione del convenuto solo avanti al G.I. quando in teoria sono già accadute molte cose compresa la pronuncia della Corte di Appello?
- Al di là delle interpretazioni giurisprudenziali che vedremo, mi sento di suggerire sin d'ora ai colleghi di costituirsi sempre prima dell'udienza presidenziale.

Articolo 709, 2 comma c.p.c.

"Tra la data dell'ordinanza presidenziale ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell'udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all'articolo 163-bis ridotti a metà".

- Ai sensi dell'art. 163 bis c.p.c. che indica in 90 giorni il termine di comparizione, tale termine è pari a 45 giorni .
- Tenuto conto dell'abbreviazione dei termini di costituzione anche per il convenuto alla metà (10 giorni), ne consegue deduce che il difensore ha 35 giorni per approntare le difese per il convenuto (senza peraltro avere copia della memoria integrativa in quanto, se comparso, non deve essergli notificata).

Il nuovo articolo 183 c.p.c. secondo l'articolo 709 bis

Le parti giungono all'udienza di 183 cpc avendo già depositato, ma non notificato, ex articolo 709 terzo comma la memoria integrativa e la comparsa di costituzione.

Il convenuto avrà quindi dovuto formulare le sue domande riconvenzionali, in relazione quantomeno alle domande proposte dall'attore nel ricorso introduttivo.

A questo punto:

- a) l'attore che abbia necessità di replicare alle domande riconvenzionali del convenuto potrà farlo ex articolo 183 5° comma "Nella stessa udienza" evidentemente a verbale.
- b) mentre entrambe le parti potranno giovare degli altri due termini

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

59

Art. 183 comma 6°:

"Se richiesto, il Giudice concede i seguenti termini perentori:

1. *Un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole **precisazioni o modificazioni delle domande**, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte"*
(Di questo primo termine sfugge l'utilità nelle cause familiari per loro natura a fattispecie predeterminata, ma bisogna vedere che prassi si formeranno sul punto)
2. *Un termine di ulteriori trenta giorni per **replicare** alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei **mezzi di prova e produzioni documentali**.*
3. *Un termine di ulteriori venti giorni per la **prova contraria***
*Sempre possibile la **facoltà discrezionale** del Giudice di concedere termine per il deposito di **memoria ex art. 170 c.p.c.***

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

60

Art. 183 6° comma n. 1: in concreto

- Per l'attore:

nella memoria integrativa completerà se del caso le allegazioni del ricorso introduttivo e modificherà le sue domande anche in relazione all'ordinanza presidenziale. Non capiterà ancora le prove perché potrebbe non avere ancora visto le difese del convenuto che ha onere di costituirsi soltanto in un momento successivo, ovvero 10 giorni prima dell'udienza avanti al GI o all'udienza se non deve formulare domande riconvenzionali.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

61

Art. 183 6° comma n. 1: in concreto

Per il convenuto:

Nella comparsa di risposta dovrà prendere posizione sia a livello di allegazioni che di domande sul contenuto della memoria integrativa che si deduce abbia onere di procurarsi in cancelleria

A questo punto:

L'attore che abbia necessità di replicare alle domande riconvenzionali del convenuto potrà farlo ex articolo 183 5° comma "*Nella stessa udienza*" evidentemente a verbale.

Mentre entrambe le parti potranno giovare degli altri tre termini del 183 5° comma inclusi quelle per le memorie istruttorie e per le repliche (30+20).

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

62

COLLEGAMENTO CON LA FASE ISTRUTTORIA La comparizione personale dei coniugi

"All'udienza davanti al G.I. si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183 cpc, commi primo e secondo e dal quarto al decimo. Si applica altresì l'articolo 184".

- Nel giudizio di separazione e divorzio non è richiamato il 3° comma dell'art. 183 cpc, che prevede la possibilità per le parti di richiedere, ma solo congiuntamente, la comparizione personale per interrogatorio libero e tentativo di conciliazione.
- 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 o che comunque possa disporla come interrogatorio libero ex articolo 183 comma 8.
- Se così non fosse, sarebbe difficile immaginare in quale altra fase del processo si potrebbe convertire una separazione giudiziale in consensuale.
- Sembra che Tommaseo nell'articolo citato affermi che la novella non trova ingresso soltanto per la previsione della necessità di fare richiesta congiunta di fissazione di udienza ex 185 cpc e non sancisca affatto il divieto di udienza ex art. 185.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

63

Sentenza parziale di separazione art. 709 bis c.p.c.

"Nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli, per le questioni economiche il tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione. Avverso tale sentenza è ammesso soltanto appello immediato che è deciso in camera di consiglio".

Nulla si dice circa i modi di impugnazione della sentenza definitiva di separazione.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

64

Art. 5 L. 253/05

Riconoscimento di assegno di divorzio

Con tale norma si interpreta autenticamente l'art. 9 della L. 898/70 nel senso che si ha diritto alla pensione di reversibilità dell'ex coniuge solo se chi lo reclama **è già titolare di assegno divorzile** a seguito di riconoscimento ex art. 5 da parte del Tribunale.

ART. 709 TER CPC

Profili risarcitori e sanzionatori

- L'articolo in questione è stato introdotto dalla L. 54/06 e disciplina un nuovo procedimento, diretto ad assicurare il corretto svolgimento e la puntuale esecuzione delle modalità di affidamento della prole, prevedendo che il Giudice possa - in presenza di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore - modificare i provvedimenti in vigore e sanzionare il genitore inadempiente.

Art. 709 ter cpc, 1° comma

- Stringente connessione con il 3° comma dell'art. 155 cod. civ, norma sostanziale della quale il nuovo art. 709 ter cpc dovrebbe rappresentare l'aspetto processuale funzionale alla realizzazione. Donde si dovrebbe intendere che le controversie sottoposte al giudice siano quelle relative alle "decisioni di maggior interesse" per i figli minori, nonché quelle inerenti le modalità dell'affidamento.

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

67

Art. 709 ter cpc segue

- L'intervento previsto dal legislatore è quello del "giudice del procedimento in corso", con la previsione altresì di una sorta di *sub* procedimento che si conclude con un provvedimento impugnabile nei modi ordinari.
- Se il procedimento è concluso, deve ritenersi che possa attivarsi il procedimento di cui all'art. 710 cpc (o 9 l. 74/87), per i quali è stato modificato il criterio attributivo della competenza, prevedendosi che "è competente il tribunale del luogo di residenza del minore"

FACCHINI-FISSORE-NAGGAR

68

Art. 709 ter cpc 2° comma

- E' stata altresì prevista la *SANZIONABILITA'* del comportamento del genitore che abbia posto in essere "gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".
- Si deve ritenere che le previsioni da 1) a 4) dell'art. 709 ter 2° c. possano essere applicate anche congiuntamente, a carico del genitore che vi sia incorso (a nostro avviso restano escluse le inadempienze sul piano economico, oggetto della distinta previsione dell'art. 3 che ha esteso a tutti i procedimenti la disciplina dell'art. 12 sexies L. 74/87)

Il risarcimento del danno da violazioni dei doveri genitoriali prima della novella

- "*Responsabilità genitoriale*": artt. 2 e 30 Costituzione, art. 147 cod. civ, Convenzione di New York 20.11.1989, ratificata con L. 27.5.1991, n. 176.
- Già con sentenza 7713 del 7.6.2000 la Cassazione aveva ritenuto risarcibile il danno non patrimoniale in presenza di un illecito del genitore che avesse violato i diritti fondamentali del figli. La Suprema Corte così si era espressa: "...trattasi di violazione...di sotesi e pregnanti diritti fondamentali della persona, in quanto figlio e in quanto minore...E' poi del pari innegabile che la lesione di diritti siffatti, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)".
- La Corte di Cassazione ha dunque applicato le **norme previste in tema di illeciti extra contrattuali ai rapporti tra genitori e figli**, imponendo una lettura dell'art. 2043 cod.civ. costituzionalmente orientata, o, meglio, collegata con i valori personali tutelati dagli art. 2 e 30 della Costituzione.

Il risarcimento del danno ...segue

- Il danno non patrimoniale è stato poi da ultimo (con le note sentenze 8827 e 8828 del 31.5.2003 della Cassazione e 233 del 11.7.2003 della Corte Costituzionale) reconsiderato, non rientrando più nella fattispecie di cui all'art. 2043 cod.civ., bensì in quella dettata dall'art. 2059 cod. civ.
- Con questa interpretazione costituzionalmente orientata, si è ricompreso nell'art. 2059 cod.civ. ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona, dunque il danno morale soggettivo, il danno biologico ed il danno cosiddetto esistenziale.

Art. 709 ter cpc dal punto di vista processuale

- Nell'ipotesi di procedimento definito (quindi con giudicato anteriormente formatosi): art. 710 cpc o 9 L. Div, rito camerale.
- Nell'ipotesi di "procedimento in corso", sarà lo stesso giudice di tale procedimento, anche per la significativa espressione "adotta i provvedimenti opportuni", comportante il riconoscimento di una facoltà che è tipica dell'istruttore.

COMPETENZA DEL T.M.

Secondo una nota ufficiale della A.I.M.M.F. «dalla normativa approvata si ricava in modo inequivoco la **permanenza della competenza in capo ai TM**» non essendo stato modificato l'art. 38 disp. att. c.c., dinanzi al Tribunale per i minorenni saranno applicabili tutti i principi introdotti dalla legge di riforma in materia di **affidamento** e di esercizio della potestà parentale sui figli, nonché quelli relativi al **mantenimento** della prole ed all'assegnazione della **casa familiare** (così anche Dosi, Servetti, Padalino; contra Finocchiaro)

Viene quindi finalmente attuato, per espressa previsione legislativa, anche con riguardo ai figli naturali, quel «*processo unitario che coinvolge il momento della sorte dei figli comuni e quello della regolamentazione dei rapporti patrimoniali relativi al mantenimento della prole*» auspicato da Corte Cost. 3 maggio 1998, n. 166.

ABROGAZIONE art. 317 BIS c.c.

La dichiarazione, apertis verbis, di applicabilità delle nuove disposizioni anche ai procedimenti riguardanti i figli naturali, nell'ipotesi di cessazione della convivenza comporta che non sarà più applicabile la norma di cui all'art. 317 bis c.c. ai ricorsi proposti dai genitori naturali: il TM dovrà ora decidere le relative controversie applicando direttamente la legge 8 febbraio 2006, n. 54.

Non può infatti ritenersi che il Giudice oggi possa «disporre diversamente» in base ad una valutazione ampiamente discrezionale che ha come unico riferimento *l'interesse esclusivo del minore*, dovendosi invece attenere con assoluto scrupolo agli artt 155 c.c. e ss come novellati dalla legge 54/06

DISPOSIZIONI PROCESSUALI 1

Ai sensi del 4° co dell'art. 38 disp. att. c.p.c., " *il Tribunale provvede in **Camera di Consiglio** sentito il Pubblico Ministero*" su ricorso dell' avente diritto, emettendo un provvedimento soggetto a reclamo avanti alla **sezione minorenni** della Corte d'Appello.

Naturalmente occorrerà **rendere compatibili** le previsioni delle nuove norme della L. 54/2006 con la **struttura del processo civile minorile**

DISPOSIZIONI PROCESSUALI 2

Provvedimenti Urgenti

Secondo Dosi (www.minorifamiglia.it) poiché al TM non è prevista l'udienza presidenziale e non è previsto un giudice istruttore, non sono previsti provvedimenti provvisori o anticipatori non si porrà, quindi, il problema della loro reclamabilità.

CONTRA

Ad avviso di Finocchiaro (Guida al Diritto 11/2206) sono invece possibili ricorsi ex art. 700 c.p.c. (esclusivamente per l'affidamento e la potestà) che, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.p.c., saranno reclamabili alla Sezione Minorenni della Corte d'Appello

DISPOSIZIONI PROCESSUALI 3

Il T.M. adotterà ai sensi del novellato art. 155, sexies c.c., previa eventuale ammissione delle prove dedotte dalle parti o disposti d'ufficio e previa audizione del minore, i **provvedimenti temporanei nell'interesse dei figli** (analogamente a quanto previsto dall'art. 708 c.p.c.).

art. 709 ter c.p.c. e T.M.

La condotta del genitore "*idonea ad arrecare pregiudizio al minore*", ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c., sembra perfettamente sovrapponibile alla condotta «*comunque pregiudizievole al figlio*» prevista dall'art. 333 c.c. anche quanto al procedimento, con la conseguenza che il TM dovrà obbligatoriamente convocare i genitori.

Il T.M. adotterà i provvedimenti ritenuti "*opportuni*", consistenti nella modifica dei provvedimenti in vigore in tema di esercizio della potestà e di affidamento della prole e – in aggiunta – «*potrà*» irrogare delle sanzioni in danno del genitore inadempiente.

IMPUGNAZIONE PROVVEDIMENTI DEL T.M.

affidamenti e potestà → C.A. sez. min
in Camera di Consiglio (ex 38, 4° co
disp. att c.c.)

ex 709 ter c.p.c. → C.A. sez. min. in
Ca-mera di Consiglio (709 ter u.c. e 38
disp. att. cc)