

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

COMMISSIONE FAMIGLIA

11 luglio 2006

LE MODIFICHE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA VISTE DAGLI AVVOCATI

LA DIFESA TECNICA:

IL NUOVO TESTO DELL'ARTICOLO 707 CPC

RELAZIONE A CURA DELL'AVV. GIULIA FACCHINI

Il tema della difesa tecnica obbligatoria è senz'altro uno dei temi più controversi della riforma sul quale si sono formate interpretazioni e prassi a volte diametralmente opposte, perlopiù, a parere di chi scrive basate su ragioni di opportunità anziché su interpretazioni in diritto.

In questo capitolo vorremmo ricostruire il problema innanzitutto sotto un profilo strettamente tecnico giuridico per valutarne solo in un secondo momento l'impatto metagiuridico ovvero sociale e politico ed economico.

Il problema si pone per la nuova formulazione degli articoli 707 e 708 cpc introdotta dalla legge 80/2005 - Decreto competitività-.

Il testo degli articoli in esame che si riporta afferma: Art. 707: "*I coniugi debbono comparire personalmente avanti al Presidente con l'assistenza del difensore....*"

Art. 708: "*...Se la conciliazione non riesce, il Presidente, anche d'ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, da 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 avanti a questi. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente ed il suo difensore*"

Per poter misurare la rilevanza della modifica introdotta rispetto al regime precedente è a nostro parere necessario partire dalla regola generale relativa al patrocinio posta dall'articolo 82 cpc, L'articolo 82 del CPC afferma "*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”*

Il testo dell'articolo 707 cpc ante modifica era così concepito: Art. *“I coniugi debbono comparire personalmente avanti al Presidente senza l'assistenza del difensore.*

Pacificamente quindi prima del 1° marzo 2006 la regola generale dell'articolo 82 (che tuttavia si riferisce allo jus postulandi e non all'assistenza in udienza) era derogata in materia di separazione dal testo dell'articolo 707 testo emendato dalla Corte Costituzionale, con sentenza del 30 giugno 1971 in cui ha dichiarato incostituzionali gli articoli 707 e 708 nella parte in cui ai coniugi comparsi personalmente avanti al Presidente del Tribunale in caso di mancata conciliazione era inibito di essere assistiti dai rispettivi difensori.

Ergo: dal 1971 e fino al 1° marzo 2006 l'assistenza legale era consentita ma non ancora obbligatoria mentre è divenuta senza dubbio obbligatoria con l'entrata in vigore del decreto competitività

Quanto detto vale sia per la separazione giudiziale in cui vi sono meno resistenze all'applicazione della novella quantomeno per la sottoscrizione dei ricorsi, che per la consensuale.

In questo secondo caso per affermare l'inapplicabilità del nuovo testo degli articoli 707 e 708, si è sostenuto da alcuni che nessuna modifica è intervenuta sull'articolo 711 cpc

. Ciò è vero, ma è altrettanto vero che l'articolo 711 non regola una fattispecie a sé *“Nel caso di separazione consensuale prevista dall'articolo 158 c.c. il presidente su ricorso di entrambi i coniugi deve sentirli nel giorno da lui stabilito e curare di conciliarli nel modo indicato nell'articolo 708 cpc.*

Se il ricorso è presentato da uno solo dei coniugi si applica l'articolo 706 ultimo comma. Se la conciliazione non riesce si dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole.

La separazione consensuale acquista efficacia con l'omologazione del tribunale, il quale provvede in camera di consiglio su relazione del Presidente....” ma va letto in modo sistematico tanto è vero che i richiami al resto della normativa sono costanti

Quanto riportato sarebbe sufficiente a chiudere la discussione, affermando che oggi è pacifico che sia nelle separazioni consensuali che nei divorzi a domanda congiunta sia obbligatoria la difesa

tecnica, ma consce del fatto che il tema è, nonostante la chiarezza delle norme, dibattuto e che i magistrati, ad eccezione per quanto sappiamo ad oggi dei Presidenti dei Tribunali di Genova, Varese, Pisa Lucca e Livorno, per le più svariate ragioni sono contrari all'applicazione di questa interpretazione andiamo a vedere quali sono gli argomenti contrari.

- Qualcuno sostiene che la separazione consensuale è un procedimento di volontaria giurisdizione e quindi non soggetto all'applicazione dell'articolo 82 che invece è dettato per i procedimenti "a parti contrapposte"

Per controbattere tale assunto useremo le parole del Dott. Giacomo Oberto nell'articolo dal titolo "Sulla necessità del patrocinio legale nella presentazione dei ricorsi congiunti per separazione e divorzio- note ad una pagina Web del sito del ministero della giustizia" redatte su richiesta del presidente del tribunale di Torino nel

".....Il dibattito sul tema della natura dei procedimenti di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta, e della loro ascrivibilità alla categoria della volontaria giurisdizione?... ..si innesta su quello dell'esistenza stessa di una categoria di procedimenti qualificabili alla stregua del concetto di volontaria giurisdizione all'interno di quelli che il codice di rito definisce «procedimenti in camera di consiglio»... ..dibattito molto ampio e complesso sul quale si richiamano dunque le conclusioni ".....elaborate dalla dottrina più autorevole e convincente, secondo cui «l'eventuale intesa delle parti nel chiedere ed ottenere un determinato provvedimento giudiziario non vale di per sé a farlo rientrare nell'ambito della giurisdizione volontaria, essendo decisivo al riguardo non la comune volontà delle parti, ma l'oggettiva contraddittorietà tra questa ed il regime giuridico del matrimonio, che rende comunque indispensabile l'accertamento giurisdizionale. D'altro canto, anche a voler partire dal presupposto, quanto mai discutibile e comunque negato dalla cassazione), dell'ascrivibilità dei procedimenti in esame (fase presidenziale nella separazione giudiziale o consensuale, procedimento di divorzio su domanda congiunta) alla categoria della volontaria giurisdizione, non va dimenticato che una parte autorevole e consistente della dottrina processualciviltistica afferma comunque la necessità della rappresentanza tecnica d'un difensore anche in siffatto tipo di procedure. Persino la giurisprudenza di legittimità sembra orientarsi, in prevalenza, verso tale soluzione , pur tra innegabili incertezze e pericoli

contorsionismi, quale per esempio la pretesa di distinguere, all'interno dei procedimenti camerali, per i fini in esame, tra la presenza o meno di situazioni di contrasto tra le parti su diritti o status).

*Peraltro, proprio con riguardo a tale ultimo profilo paiono rinvenibili ulteriori argomenti in favore della tesi che afferma la necessità del patrocinio legale per la presentazione dei ricorsi congiunti: il Supremo Collegio, infatti, con riferimento al ricorso congiunto per la delibazione delle sentenze del tribunale ecclesiastico di nullità del matrimonio concordatario, **ha ritenuto necessaria l'intermediazione del difensore, a ragione della natura – comune a quella qui trattata – «sostanzialmente contenziosa dell'oggetto» ; con la conseguenza che, in mancanza, il ricorso risulta affetto da nullità radicale ed insanabile.***

“.....La conclusione appare, infine, in linea con le più recenti ed autorevoli elaborazioni dottrinali che ravvisano nella volontaria giurisdizione non più un'espressione dell'attività amministrativa statale, bensì una delle molteplici forme dell'attività giurisdizionale . Alla luce di tali riflessioni sembra dunque definitivamente consegnata alla storia la convinzione, formulata “dalla giurisprudenza alcune decine di anni or sono , secondo cui gli artt. 82 e 83 c.p.c., con l'espressione «stare in giudizio», dimostrerebbero di volersi riferire «ad un procedimento a parti contrapposte»

Vediamo dunque che il richiamo alla volontaria giurisdizione non è la via giusta per poter cassare l'interpretazione sistematica esposta in apertura.

D'altro canto neppure dopo la novella della competitività si può affermare che i procedimenti di separazione divorzio siano composti da una fase precontenziosa avanti al Presidente (in cui l'assistenza legale non è obbligatoria) tendente unicamente al tentativo di conciliazione e all'emanazione dei provvedimenti provvisori e ad una successiva contenziosa.

E' infatti necessario richiamare sul punto il fatto che è stata la Corte Costituzionale, prima con le ordinanze n. 151 e 201 del 1971 (che dichiaravano l'illegittimità costituzionale degli articoli 707 e 708 nella parte in cui facevano divieto ai coniugi di farsi assistere dal difensore nel corso dell'udienza presidenziale) e poi con l'ordinanza n. 387 del 1998 ad affermare che: **“La fase presidenziale del procedimento di separazione tra i coniugi ha natura contenziosa”**, trovando subito eco nella sentenza della Corte di Cassazione 3095 del 1989, che ha ritenuto il procedimento di separazione personale dei coniugi *“unico seppure distinto in due fasi delle quali anche la presidenziale ha carattere contenzioso”*, seguita poi dalla sentenza n. 10291 del 1992 in tema di

divorzio in cui si è ribadito che si tratta di **un unico procedimento distinto in due fasi a carattere contenzioso** e che di conseguenza la costituzione dell'attore avviene unitamente al deposito del ricorso secondo lo schema comune agli altri procedimenti che iniziano con ricorso.

Tale interpretazione è ancora più vera oggi tenuto conto che, a seguito dell'entrata in vigore anche della disciplina dell'affido condiviso, il provvedimento presidenziale deve entrare in modo ancora più incisivo e personalizzato nella vita della famiglia regolando tempi di permanenza dei minori presso l'uno o l'altro dei genitori e in base anche a tali tempi di permanenza liquidando se del caso il contributo al mantenimento e che tale provvedimento, in base all'articolo 708 quarto comma cpc, è impugnabile.

Non avrebbe infatti alcun senso prevedere addirittura il reclamo laddove il materiale istruttorio esaminato dal presidente non fosse stato formato in modo tecnico anche con l'assistenza dei difensori.

Tornando invece alla separazione consensuale (e al divorzio a domanda congiunta) tra le -in verità poche- osservazioni della dottrina in punto obbligatorietà dell'assistenza tecnica in sede di ricorso e udienza presidenziale pare opportuno richiamare Tommaseo in *“La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006) in Famiglia e diritto n. 1 del 2006 pag 7-13* che, parlando appunto dell'obbligatorietà dell'assistenza tecnica **per il convenuto** -che a suo parere è necessaria- e dando per scontato che l'attore per la presentazione del ricorso sia necessariamente munito di un difensore, risolve la questione della mancata comparizione del difensore del convenuto:

- per quanto riguarda la separazione giudiziale affermando che il Presidente potrebbe sentire il convenuto nell'esercizio del proprio potere ufficioso di assumere informazioni in forza dell'articoloche consente l'interrogatorio libero addirittura della parte contumace;
- Mentre nella separazione consensuale propone che il convenuto senza difensore si faccia, al mero fine di fare transitare il processo sui binari della separazione consensuale, assistere dal difensore del ricorrente,

confermando così l'obbligo della difesa tecnica pena la nullità del verbale di separazione consensuale.

Concludendo dunque questa esposizione non si potrà non sollecitare i colleghi a esperire una azione di annullamento ogni qualvolta si trovino di fronte una separazione consensuale o peggio un divorzio a domanda congiunta giudicato in assenza di difesa tecnica.

CONSIDERAZIONI METAGIURIDICHE

I magistrati hanno manifestato la maggiore resistenza a rendere operativa la norma nella prassi trincerandosi dietro le difficoltà economiche delle parti a sostenere, nel momento del già costoso disgregarsi della famiglia, anche i costi dell'assistenza legale.

Tale resistenza che pare a chi scrive più ideologica che basata su dati reali, va rivista alla luce:

- dal un lato della normativa sul Patrocinio per i non abbienti che consente alla parte che abbia guadagni netti inferiori ai 9.000 € annui di ottenere l'assistenza gratuita,
- dall'altra del fatto che nulla osta che sotto l'egida dei Consigli degli Ordini si creino dei patronati che consentano ad esempio ai soggetti che abbiano un reddito fino al doppio di quello previsto dal patrocinio per i non abbienti, di ottenere assistenza qualificata a costi predeterminati e calcolati sui minimi tariffari.

Un accenno ancora la problema sotto il profilo "politico".

E' del tutto ovvio che l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica in un campo così delicato per le implicazioni che ha sulla vita delle persone e dei minori quale quello della separazione e del divorzio, costituisce una ulteriore realizzazione dei principi posti dall'articolo 111 Costituzione e in particolare dell'effettività del contraddittorio. La pretesa dei nostri governi, di qualunque colore siano stati, di ampliare le garanzie dei cittadini a costo zero è evidentemente una pretesa inattuabile.

Si tratterà quindi, preso atto dei numeri –altissimi– dei procedimenti in materia di famiglia e di quelli altrettanto alti del procedimento in cui una o due parti hanno diritto al patrocinio per i non abbienti, di provvedere adeguati stanziamenti per questo capitolo di spesa; ciò detto non credo sia compito funzionale dei magistrati salvaguardare, attraverso una sistematica disapplicazione, della legge le casse dello stato.