

## **SCUOLA PER LA FORMAZIONE DELL'AVVOCATO DELLA FAMIGLIA E DEL MINORE 2007**

### **Il diritto di famiglia alla luce delle recenti riforme: panorama delle leggi attuali**

Le modifiche delle procedure di separazione e divorzio e dei procedimenti relativi ai figli naturali

VISTE DAGLI AVVOCATI



### **INDICE**

1. *Premesse*
2. *I progetti di legge precedenti*
3. *I problemi processuali precedenti*
4. *La costituzione dell'attore*
5. *La costituzione del convenuto*
6. *Il ruolo del presidente*
7. *La difesa tecnica*
8. *La struttura dei procedimenti di separazione e divorzio*
9. *(La competenza) ed il rito dei procedimenti relativi ai figli naturali*

### **PUNTO PRIMO**

## PREMESSE

- Noi avvocati siamo i primi e spesso gli unici professionisti a incontrare il disagio della copia e della famiglia e pertanto il nostro è un ruolo di particolare responsabilità.
- Come ci ha insegnato l'Avv. Paola De Benedetti la deontologia del familiarista ha regole particolari che debbono tenere in conto l'interesse del minore.
- Di conseguenza la formazione dell'avvocato che vuole occuparsi di diritto di famiglia non può che essere interdisciplinare ma non solo. Il familiarista non deve farsi coinvolgere ma allo stesso tempo non può prescindere dalle dinamiche emotive del cliente e della coppia di cui si occupa ma non solo.
- Deve mettere un po' di cuore nel suo lavoro ma non dimenticare nel contempo che, con buona pace di Bersani, è anche imprenditore che deve svolgere la sua attività con efficienza e redditività.

**QUINDI OCCUPARSI DI DIRITTO DI FAMIGLIA E' PIU DIFFICILE DI QUANTO COMUNEMENTE SI PENSI**

\*\*\*\*\*

### PREMESSE: BREVISSIMI CENNI SULLA FAMIGLIA DEL 2000

- **MATRIMONIO**
- **PARADOSSO**
- **FRAGILITA'**
- **CONFLITTUALITA'**

### PREMESSE: CONSEGUENZA DELLA FRAGILITA' DELLA FAMIGLIA SULLA GIURISDIZIONE

- “Le modificazioni culturali intervenute negli ultimi decenni hanno reso sempre più centrale il ruolo della famiglia (intesa con accezione laica) e quest’ultima è diventata sempre di più il luogo dove le frustrazioni esistenziali trovano spazio per l’esacerbazione di una conflittualità interna ed esterna ad essa.
- L’intervento giurisdizionale diventa dunque, sempre più richiesto e troppo spesso anche per svolgere una funzione che dovrebbe essere socio preventiva”
- Fabrizia Bagnati – presidente Unione Nazionale Camere Minorili

\*\*\*\*\*

**PREMESSE:**  
**IL RUOLO DEGLI AVVOCATI**  
**profilo generale**

- Comprendere la situazione familiare che ci viene prospettata anche nei suoi risvolti socio-psicologici (con l’ausilio di esperti ove possibile).
- Interpretare le vere richieste del cliente (senza seguirlo pedestremente) e aiutarlo ad avere una visione prospettica dello sviluppo delle relazioni familiari successivo alla rottura della coppia.
- Tradurre in istanze giuridiche le richieste del cliente con particolare attenzione all’interesse del minore ma anche di tutti i membri della famiglia.

\*\*\*\*\*

**PREMESSE:**  
**Quale è l’ottica degli avvocati sotto il profilo giuridico**

- Riflettere da un lato sulla norma giuridica e dall'altro sui cambiamenti psico sociali in modo da poter proporre al giudice una interpretazione “viva” della norma.
- In ogni caso scegliere tra le possibili interpretazioni della norma quelle che per il cliente risultino:
- Più prudenti sotto il profilo processuale;
- Più efficaci nel senso di portare al risultato perseguito con maggiore rapidità e minore dispendio di tempo e denaro.

## **PUNTO SECONDO**

### **SNODI PROCESSUALI PRECEDENTI**

## **PASSAGGI PRECEDENTI ALLA EMANAZIONE DEL DECRETO COMPETITIVITÀ E PROBLEMI PROCESSUALI CONNESSI**

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

### **1. 1987: EMANAZIONE NUOVA LEGGE DIVORZIO**

L'**art. 4 legge 74/87** – applicabile anche alla separazione ex art. 23 – doveva contenere, seppure non a pena di nullità:

1. *“L’indicazione del giudice;*
2. *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;*
3. *L’oggetto della domanda;*
4. *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;*
5. *L’indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.[...].”*

### **2. 1990: RIFORMA DEL CPC**

**Nuova scansione processuale, avvertimento e decadenze**

#### **a. Il rito Ambrosiano**

## **b. Il rito Sabauda**

### **a. Il rito Ambrosiano**

- Il Tribunale di Milano, sosteneva che l'udienza presidenziale doveva considerarsi a tutti gli effetti l'udienza ex art. 180 c.p.c. 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 art. 163 n. 7 c.p.c., avvertimento che notoriamente è il requisito cardine perché si verificino per il convenuto le preclusioni di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c..
- 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 art. 183 c.p.c. 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.**

### **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 comparso 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. Il rito Sabaudò**

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 art. 180 davanti al Giudice Istruttore – qualora dovesse formulare domande riconvenzionali – o all'udienza – se si fosse limitato a difendersi dalle domande avversarie–.

**3. LEGGE N. 2 DEL 1999 HA PROMULGATO IL NUOVO TESTO DELL'ARTICOLO 111 COSTITUZIONE**

- **co1°."La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"**
- **co2°."Ogni processo si svolge:**
  - **nel contraddittorio delle parti,**
  - **in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale".**

**PUNTO TERZO**

**I PROGETTI DI LEGGE PRECEDENTI**

1. XIII legislatura (1996/2001) Progetto Lucidi

2. XIII legislatura (1996/2001) Bozza Scoca

3. XIV legislatura (2001/2006) Sezioni specializzate (progetto Castelli)

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **PROGETTO LUCIDI**

##### *NUOVE NORME IN MATERIA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO*

- Modifiche sostanziali
- l'affidamento congiunto, l'abolizione dell'addebito, l'equiparazione dell'assegno di separazione a quello divorzile, l'assegnazione della casa familiare "di preferenza" al coniuge affidatario tenendo conto, della assegnazione, nella liquidazione del contributo al mantenimento, la liquidazione di un assegno di divorzio unicamente con funzione assistenziale, aggiungeva garanzie per i crediti alimentari, specificava le norme regolanti l'attribuzione della pensione di reversibilità, del trattamento di fine rapporto, e indicava il momento di scioglimento della comunione nell'autorizzazione a vivere separati.

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **PROGETTO LUCIDI**

##### *NUOVE NORME IN MATERIA DI SEPARAZIONE E DIVORZIO*

- Modifiche processuali
- Competenza al giudice monocratico anziché al Collegio, introduzione

per tutto il territorio nazionale del cosiddetto “rito ambrosiano”, unificazione del rito della separazione e del divorzio, eliminazione della possibilità di ottenere modifiche in corso di causa se non per le pattuizioni relative ai figli.

- L'art.712-ter prevedeva infine una riforma che allora pareva epocale e cioè il passaggio al Tribunale ordinario di tutte le competenze del Tribunale per i minorenni relative agli artt. 316, 317bis, 330, 332, 333, 334, 335 c.c., “ove si tratti di figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori”.

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **BOZZA SCOCA**

*“Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie”*

- Previsione di una sezione specializzata per la famiglia in ogni sede di Corte di Appello
- Con competenza sulle seguenti materie:
  - Costituzione e validità del matrimonio civile, separazione dei coniugi
  - Scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio
  - Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi
  - Rapporti di filiazione
  - Potestà dei genitori
  - Adozione e affidamento familiare
  - Prestazioni alimentari
  - Formazione e rettificazione degli atti dello stato civile
  - Interdizione e inabilitazione
  - Assenza o morte presunta

- Materie già attribuite al giudice tutelare
- Accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali di competenza dell'autorità giudiziaria

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **BOZZA SCOCA**

*“Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie“.*

- Seconda sezione *“modifica e unificazione dei procedimenti di separazione e divorzio“.*
- Rito Sabauda (no ambrosiano) per l'introduzione delle procedure di separazione e divorzio con regolamentazione del passaggio dalla fase presidenziale a quella di merito.
- All'articolo 3, comma 3° la bozza riformulava il testo del 708 c.p.c. indicando come obbligatoria la mediazione familiare, sancendo l'obbligo di sentire i minori di età superiore ai 12 anni.

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **BOZZA SCOCA**

*“Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie“.*

- Terza sezione
- Nuova disciplina processuale in sostituzione degli articoli da 336 a 342 del codice civile. In particolare fissava i criteri per la redazione del ricorso, ricalcando sostanzialmente quelli posti dalla legge 74/87 per il

ricorso per divorzio.

- Riforma l'articolo 338 c.c. con previsione di conferma modifica e revoca dei provvedimenti urgenti già del T.M. e loro reclamabilità ai sensi dell'articolo 669 terdecies cpc
- Stabiliva per la prima volta il principio, poi promulgato dalla legge sull'adozione che "Le parti private non possono stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore nominato di ufficio in caso di inerzia degli interessati".

### **XIII legislatura (1996/2001)**

#### **BOZZA SCOCA**

*"Revisione della normativa ordinamentale e processuale in materia di diritto di famiglia e dei minori per l'unificazione delle competenze giudiziarie nelle medesime materie"*

- Quarta sezione
- Nuova disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori, prevedendo per l'esecuzione dei soli provvedimenti relativi l'affidamento dei minori la competenza del giudice che aveva emesso il provvedimento il quale, doveva indicare i tempi e le modalità di attuazione, dare incarico agli organi ausiliari dell'esecuzione (servizio sociale o organi di polizia anche giudiziaria), specificandone i compiti di assistenza e di attuazione coattiva in caso di inottemperanza.
- Prevedeva infine la condanna a pagare una somma da £ 500.000 a £ 2.000.000 contro chi non ottemperava alle disposizioni sull'affidamento.

### **XIV legislatura (2001/2006)**

#### **Sezioni Specializzate**

*(Atto parlamentare C 2517 e progetti concorrenti)*

(894,1485,1887,2119,308,315,816,2088,2703)

- Sezioni specializzate presso ogni sezione di Corte di Appello ma senza giudici onorari.
- Competenza oltre che per le questioni già di competenza del giudice ordinario in materia familiare anche per:
  - Affidamento nelle famiglie di fatto
  - Decadenza potestà
  - Limitazione potestà
  - Adozione nazionale internazione e in casi particolari
  - Dichiarazione giudiziale di paternità
  - Autorizzazione al riconoscimento
  - Autorizzazione al matrimonio
  - Aggiunte di cognome

#### **XIV legislatura (2001/2006)**

##### **Sezioni Specializzate**

*(Atto parlamentare C 2517 e progetti concorrenti)*

(894,1485,1887,2119,308,315,816,2088,2703)

##### **ARTICOLI 10-14 RIFORMA SEPARAZIONE**

- Articolo 10:
- Riformava il 706 c.p.c. stabilendo innanzitutto la competenza della Sezione Specializzata (del luogo di residenza o domicilio del convenuto

o del Tribunale viciniore) mentre sparivano tutti i criteri subordinati di competenza territoriale indicati dalla legge 74/87.

- Stabiliva che il ricorrente dovesse indicare nell'atto introduttivo "un programma relativo alla crescita dei figli, con particolare riferimento alle scelte relative alla educazione scolastica e culturale, alla abitazione, alle esigenze economiche, di salute e sportive".

## **XIV legislatura (2001/2006)**

### **Sezioni Specializzate**

*(Atto parlamentare C 2517 e progetti concorrenti)*

*(894,1485,1887,2119,308,315,816,2088,2703)*

### **ARTICOLI 10-14 RIFORMA SEPARAZIONE**

1. L'articolo 11, che modificava il 707 c.p.c. in compenso vietava l'assistenza dei difensori all'udienza presidenziale.
2. L'art. 12 modificava il 708 c.p.c. rigettando il rito ambrosiano ed adottando quello sabauda introducendo un meccanismo legislativo di passaggio tra la fase Presidenziale e quella di merito.
3. L'art. 14 introduceva il 709 bis. che tratteggiava il rito delle separazioni apparentemente sottraendole alla applicazione del rito ordinario creando, anche per la fase di merito, un rito completamente ad hoc abbastanza snello e nello stesso tempo rispettoso del contraddittorio.

## **ALTRI RICHIAMI LEGISLATIVI**

**Le disposizioni processuali della legge 149/2001 sull'adozione**

**La legge 149 del 2001 sull'adozione: disposizioni processuali  
mai entrate in vigore**

- Articolo 8 quarto comma: *“Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fine dall’inizio con l’assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2° dell’articolo 10”.*
- Articolo 37 (che ha modificato gli articoli 330-333-336, al terzo comma stabilisce che per i provvedimenti relativi agli articoli precitati *“i genitori e il minore sono assistiti da un difensore, anche a spese dello stato nei casi previsti dalla legge”.*
- *ERGO: DIFESA TECNICA OBBLIGATORIA ANCHE PER IL MINORE - AVVOCATO DEL MINORE - ANCHE PER LA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI NELLE FAMIGLIE DI FATTO*

### **Osservazioni**

- Le riforme che andiamo ad esaminare sono parenti strette dei progetti di legge precedenti e hanno una correlazione con le norme processuali della 149 del 2001.
- Legiferare in materia di famiglia è molto complicato.
- Non ci sono processualisti puri che studino il diritto di famiglia che tra l’altro è una materia con forte coinvolgimento emotivo e scarso rispetto delle forme.

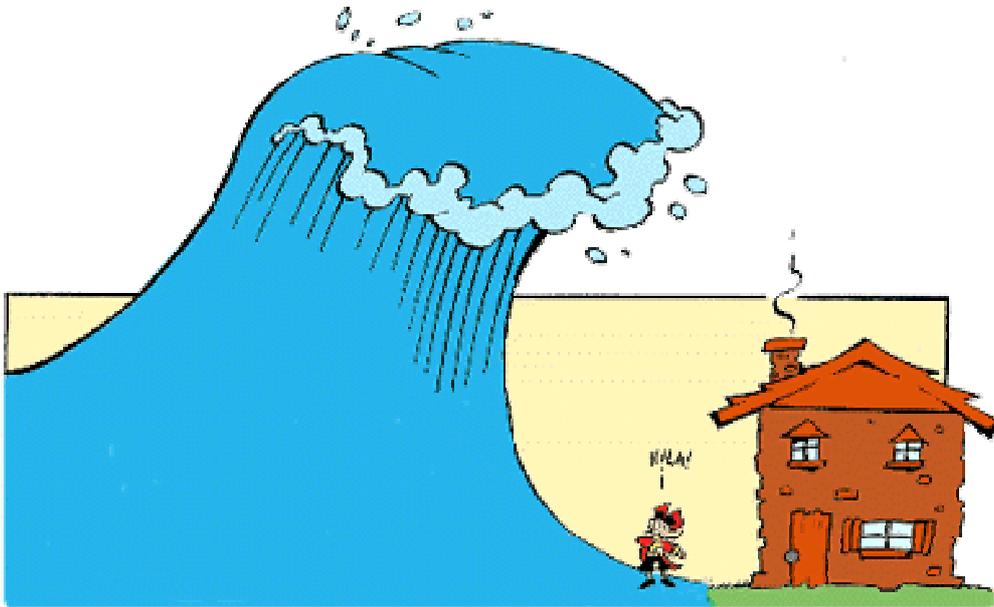
### **IMPORTANZA DELLA GIURISDIZIONE E DEL PROCESSO**

*“Il processo è disciplina di forme e di termini, di atti (costituenti esercizio di poteri), delle parti e del giudice. **Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena”.***

**PUNTO QUARTO**

**DECRETO COMPETITIVITA' E AFFIDO CONDIVISO**

**UNO TSUNAMI SULLA FAMIGLIA?**



### **Osservazioni preliminari**

1. Le due nuove normative di cui ci occupiamo vanno lette e studiate in modo integrato e senza dimenticare che l'indirizzo generale della giurisdizione dimostra un favor verso processi a cognizione piena eventuale (vedi art. 669 octies sesto comma)

### **Il ricorso introduttivo e la costituzione dell'attore**

1. Secondo l'articolo 706, 1°, 3° e 4° comma nel ricorso deve essere semplicemente indicata l'esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati e devono essere allegati le ultime dichiarazioni dei redditi presentate.
2. All'Articolo 709 terzo comma è poi previsto che con l'ordinanza presidenziale il presidente assegna termine al ricorrente per il deposito della memoria integrativa che deve avere i contenuti dell'articolo 163 numeri:
  - 2) Nome e residenza dell'attore e del convenuto
  - 3) Determinazione della cosa oggetto della domanda
  - 4) Esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti la ragione della domanda con le relative conclusioni
  - 5) L'indicazione dei mezzi di prova
  - 6) Il nome del procuratore legale e l'indicazione della procura

Questo significa che il ricorso introduttivo attualmente è un atto del tutto informale finalizzato unicamente alla fissazione dell'udienza presidenziale?

Secondo me - e molti autorevoli autori –

**ASSOLUTAMENTE NO!!!!!!**

### **PRINCIPIO GENERALE**

#### **ART. 125 C.P.C.**

- L'articolo 125 c.p.c., in mancanza di deroghe espresse è senz'altro norma generale per i procedimenti che iniziano con ricorso e stabilisce per l'appunto che anche il ricorso debba indicare: l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto della domanda, e le conclusioni o l'istanza specificando al 2° comma che deve contenere la procura al difensore.

### **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 individuano la pendenza delle cause matrimoniali proprio nel deposito del ricorso presso l’ufficio giurisdizionale adito (Bruxelles due bis articolo 16)”.**

## **COSTITUZIONE DELL’ATTORE**

AVVIENE CON IL RICORSO INTRODUTTIVO

*Tommaso 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 individuano la pendenza delle cause matrimoniali proprio nel deposito del ricorso presso l’ufficio giurisdizionale adito (Bruxelles due bis articolo 16)”.**

**MA IN QUESTO RICORSO CHE DEVE ESSERE COMPLETO SIN  
DALL’INIZIO COSA CI DOBBIAMO SCRIVERE?  
VEDIAMO I PRINCIPI SOSTANZIALI**

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.

Art. 155 1° comma

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

Considerato che il ricorso (unitamente alle difese del convenuto) devono consentire al Presidente di assumere le decisioni previste dai nuovi articoli 155 eseguenti occorrerà senz'altro indicare nel ricorso:

1. 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
2. se il minore abbia relazioni costanti con ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale, ed eventualmente formulare le richieste di visita (salvo ammettersi la legittimazione attiva dei parenti a partecipare al giudizio).

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).

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 indicare nel ricorso:

- 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.

### **Contenuto del ricorso per questioni economiche :**

- L'ultimo comma dell'articolo 155 prevede anche che: *“Ove le informazioni di carattere economico non siano sufficientemente documentate il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi”* Ciò che la norma non chiarisce in alcun modo è in quali condizioni il giudice debba ritenere le informazioni *“non sufficientemente documentate”*.
- *E' quindi fondamentale produrre ed illustrare, sin dall'udienza presidenziale tutta quella documentazione atta a illustrare la effettiva situazione patrimoniale e reddituale della controparte.*

### **IN CONCLUSIONE**

E' del tutto evidente che un ricorso succinto ed informale male si attaglia alla esposizione di tutte le argomentazioni e prove previste dalla legge sull'affido condiviso.

### **Ma vi è di più:**

- La legge 54 del 2006 ha aggiunto all'articolo 708 già modificato dal decreto competitività, un quarto comma che prevede il reclamo alla Corte di Appello contro i provvedimenti del Presidente.
- Le Corti di appello si sono attestate su una giurisprudenza che prevede

che possano essere prese in esame in sede di reclamo solo le risultanze già acquisite al fascicolo per l'udienza presidenziale e non elementi nuovi che potranno al più essere sottoposti al giudice istruttore nel prosieguo.

- **Ergo, il ricorrente che non sia costituito formulando sin dal ricorso introduttivo le sue domande ed allegazioni farà perdere al suo cliente un sacco di tempo prima di poterle sottoporre al giudice istruttore (Oltre ad incorrere, a mio parere, in decadenze).**

### **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.
- Chi scrive rileva 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.

## **PUNTO QUINTO**

### **LA COSTITUZIONE DEL CONVENUTO**

Analoghi problemi teorici e pratici pone la costituzione del convenuto

#### ***COSTITUZIONE DEL CONVENUTO 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.

### **IMPORTANTE**

**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).**

### ***COSTITUZIONE DEL CONVENUTO***

#### **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.

### **NOTA BENE**

Peraltro, una volta che il convenuto abbia scelto di costituirsi all'udienza presidenziale, mediante deposito di memoria difensiva/comparsa di costituzione, questa dovrà contenere tutte le domande, anche riconvenzionali, avendo egli così «volontariamente consumato la facoltà di costituzione, sicché 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»: in questi termini si esprime testualmente Trib. Messina, 8 novembre 2004, in *Fam. dir.* 2005, p. 283,

## **DISPOSTO NORMATIVO E INTERPRETAZIONI VIRTUOSE**

La ratio del decreto competitività è quella di rendere più celere la celebrazione dei processi. Se così è, secondo la ratio della norma i legali del ricorrente e del convenuto dovrebbero approfittare della possibilità di costituire il contraddittorio pieno già in sede di udienza presidenziale al fine di ottenere sin da subito un provvedimento che sia il più possibile completo e dettagliato da sottoporre all'eventuale vaglio della Corte in sede di reclamo.

Se così facessimo quali argomenti restano da sviscerare in istruttoria? 1. L'addebito 2. Gli eventuali fatti sopravvenuti (es verifica del regime di rapporti con i genitori) impostato nella CTU

Ci avviciniamo dunque all'impostazione data sempre dal legislatore del decreto competitività ai provvedimenti cautelari per i quali, a norma del nuovo articolo 669 *octies* sesto comma, che lascia alle parti di decidere se a seguito del provvedimento di urgenza iniziare o meno la causa di merito, riconoscendo così efficacia ultrattiva ai provvedimenti d'urgenza, come già è per l'ordinanza presidenziale ai sensi dell'articolo 189 disp att. Che recita appunto: "L'ordinanza con la quale il Presidente o il giudice istruttore da i provvedimenti di cui all'articolo 708 cpc è titolo esecutivo e conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo"

## PUNTO SESTO

### IL RUOLO DEL PRESIDENTE

#### Il ruolo del presidente

- Rimini, *La funzione del giudice nei giudizi di separazione e divorzio. Alcune riflessioni sull'udienza presidenziale*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 619 ss.: secondo i giuristi di *common law* il giudice della famiglia ha una doppia funzione...
- 1. **PATERNAL JURISDICTION** da un lato è un autorevole “padre di famiglia” incaricato dalla legge di salvaguardare il matrimonio e di cercare, nei limiti del possibile, di comporre la crisi, nell’esercizio di questa “*paternal jurisdiction*” il giudice deve peraltro anche verificare che gli interessi delle parti più deboli non vengano mai pregiudicati e per questo deve controllare la rispondenza a tali interessi degli accordi raggiunti fra le parti.
- 2. **RISOLUZIONE DEL CONFLITTO** Dall’altro il giudice della famiglia ha anche il compito di risolvere con i suoi provvedimenti un conflitto

spesso molto aspro tra i coniugi».

### Il ruolo del presidente ai giorni nostri

- Sottolineo, per chi non ne fosse informato che i nostri Presidenti accolgono ad esempio la richiesta di CTU psicologica sulle questioni di affido e visite già all'udienza presidenziale, nominando il perito e fissando il giuramento avanti a sé con rinvio del deposito della CTU avanti al G.I. in sede istruttoria
- Mentre sino ad ora si sono mostrati restii ad accogliere istanze di esibizione di documenti ad esempio bancari utili alla definizione delle questioni economiche

## **CONTENUTO DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE: PROBLEMI PROCESSUALI**

**In relazione ai seguenti articoli** il Presidente dovrà:

- 155, 1° co: disporre o la chiamata in causa dei parenti se ritiene che la norma in esame crei un diritto in capo a loro, **(IN OGNI CASO TRIBUNALE DI FIRENZE HA AMMESSO INTERVENTO ADESIVO DEI NONNI** oppure 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.
- **155 3° comma:** dovrà disporre in punto esercizio della potestà genitoriale
- **155 quinquies:** il **Tribunale di Torino**, osservando che il pagamento direttamente ai figli rappresenti la “situazione ordinaria e normale...salvo i casi in cui venga rilevata una non affidabilità del figlio nella gestione della somma”, **con ordinanza del 28.4.06 ha disposto**

**il versamento “a mani” dei figli maggiorenni del contributo al mantenimento;**

- **155 u.c. 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, e quello di Asti disponendo il giuramento e la formulazione del quesito avanti al Presidente e il deposito avanti al G.I.
- **155 sexies:** dovrà disporre il rinvio dell'adozione dei provvedimenti ove le parti intendano attivare una mediazione familiare
- **155 sexies:** dovrà disporre l'ascolto del minore (vedi slide successiva)

### **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 incarna la vera novità (chissà se realmente voluta nelle sue conseguenze) dell'affido condiviso.**

## **PUNTO SETTIMO**

### **LA DIFESA TECNICA**

#### **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”.*

La legge dispone diversamente negli artt.:

82, 1° co (cause di valore non superiore a £. 1.000.000 davanti al Giudice di Pace);

417 (difesa personale nel rito del lavoro per le cause non oltre £. 250.000);  
art. 23 L. 689/81 (opposizione all'ordinanza ingiunzione);  
ed inoltre nella vecchia formulazione 707 c.p.c.

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”*.

**Art. 707 1° comma c.p.c., in relazione all'articolo 711 c.p.c.**

Da un punto di vista sistematico, l'art. 711 c.p.c., 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 c.p.c. riconferma come la “domanda di separazione personale”, si propone con ricorso, senza distinguere se trattasi di giudiziale o consensuale.**

**NE CONSEGUE CHE ANCHE NELLE SEPARAZIONI CONSENSUALI E' OBBLIGATORIA L'ASSISTENZA O LA RAPPRESENTANZA DI UN AVVOCATO.**

**UNA BUONA NOTIZIA**

Il Presidente del tribunale di Ivrea dichiara “irricevibili” i ricorsi per separazione consensuale presentati dalle parti personalmente con la seguente motivazione:

A seguito della modifica dell'articolo 707 cpc introdotta dal Decreto competitività ed applicabile a tutti i procedimenti iniziati dopo il 1° marzo 2006: *“i coniugi debbono comparire personalmente avanti al Presidente con l'assistenza di un difensore”*. Tale norma è applicabile quale che sia la

*separazione richiesta dai coniugi giudiziale o consensuale.*

*L'obbligatorietà dell'assistenza del difensore importa che anche il ricorso per separazione consensuale debba essere sottoscritto da un procuratore legalmente esercente, soltanto attraverso il quale le parti possono stare in giudizio (cfr articolo 82 cpc).*

*Pertanto, contrariamente a quanto consentiva il previgente testo dell'articolo 707 cpc non è possibile che nella separazione consensuale i coniugi possano stare in giudizio personalmente*

*PQM dichiara irricevibile il ricorso per separazione consensuale presentato in data ..... dai signori .....*

### **Approfondimenti: la difesa tecnica alla luce dell'art. 111 Costituzione**

#### **Giusto processo**

Il nuovo processo giusto deve garantire quelle condizioni minime di legalità che sono: il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo.

### **Approfondimenti: la difesa tecnica alla luce dell'art. 111 Costituzione**

**IL CONTRADDITTORIO** SI REALIZZA CON L'EGUAGLIANZA E LA PARI DISPONIBILITA' DEGLI STRUMENTI PROCESSUALI DI AZIONE E DIFESA. Quindi ciascuna delle parti in lite deve avere eguali possibilità di influire sulla formazione del convincimento del giudice chiamato a dirimere la controversia. Quindi ha importanza essenziale che si attribuisce a tutte le parti il diritto di **farsi ascoltare da un giudice** indipendente, terzo ed imparziale, prima che questi pronunci la propria decisione

### **Approfondimenti: la difesa tecnica alla luce del 111 Costituzione**

«la difesa tecnica che si attua per mezzo di un avvocato legalmente esercente e munito di procura, è il profilo di maggior rilievo della difesa in senso “formale” ed è condizione quasi sempre necessaria ma non da se sola sufficiente, per l’instaurazione del contraddittorio

### **LA DIFESA TECNICA E L’UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

La dottrina. Cipriani: «All’udienza avanti al presidente i coniugi debbono comparire personalmente, ma con l’assistenza del difensore.

E’ quindi venuto definitivamente meno l’ostracismo per i difensori che ora possono senz’altro assistere la parte (...).

### **LA DIFESA TECNICA E L’UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

**M. Finocchiaro**, è venuta meno la norma che obbligava e nel contempo consentiva ai coniugi di comparire senza l’assistenza dei difensori e pertanto non può che trovare applicazione la regola generale per la quale davanti ai tribunali le parti devono stare in giudizio con il ministero di un avvocato legalmente esercente (art. 83, terzo comma, c.p.c.). Quindi ognuno dei coniugi, quando viene sentito dal presidente non solo può, ma deve essere assistito dal proprio difensore.

### **LA DIFESA TECNICA E L’UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

**Graziosi** Per parte mia, riterrei preferibile un’interpretazione più elastica di

queste disposizioni, che preservi il potere del presidente, se lo ritiene, di ascoltare e di tentare la conciliazione dei coniugi senza la presenza dei difensori

«Al contrario, l'obbligo del presidente di ascoltare i difensori prima di emanare la cd. ordinanza presidenziale introdotta dalla riforma, costituisce a mio avviso, un giusto rafforzamento del diritto di difesa delle parti. Non è nemmeno il caso di ribadire quale straordinaria importanza rivestano i provvedimenti presidenziali nella dinamica dei processi di separazione e divorzio, basti solo ricordare che da come sono modulate queste misure dipende sovente il pieno e proficuo esercizio della genitorialità da parte di entrambi i genitori nelle more del giudizio, e che l'ordinanza presidenziale gode di un particolare regime di stabilità, consistente nel protrarsi della sua efficacia anche in caso di estinzione del giudizio di merito, sino all'eventuale instaurazione di un nuovo processo (189 disp. att. c.p.c.)

### **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

Pannuccio Dattola, la funzione di garanzia prevista dall'art. 707 c.p.c. si realizza non già nel divieto di audizione dei coniugi presenti non assistiti dal difensore, ma nel considerare non comparso il coniuge non assistito, per cui a quest'ultimo va notificata l'ordinanza presidenziale ai sensi dell'articolo 709 c.p.c.

### **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

Cipriani secondo cui «ognuno dei coniugi non solo può ma deve essere assistito dal suo difensore, con la precisazione che qui il problema non sta

nello stabilire se il presidente possa escludere dall'udienza il convenuto comparso senza il difensore, ma anche nell'aver chiaro che le eventuali dichiarazioni di tale convenuto, in quanto rese da una parte non assistita dal difensore, non possono mai essere utilizzate contro di lui».

### **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

Salvaneschi. «Nel nuovo testo la presenza del difensore diventa a tutti gli effetti obbligatoria, sancendo con chiarezza la natura giurisdizionale della fase in esame. Ne deriva che, mentre l'attore che è a tutti gli effetti già costituito, dovrà presenziare all'udienza affiancato dal proprio difensore, il convenuto, anche se non ancora costituito, non potrà che presentarsi all'udienza stessa anch'egli accompagnato dal proprio difensore, come qualunque altro convenuto nei processi che si svolgono davanti al Tribunale».

### **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

Salvaneschi Sono allora da valutare, le conseguenze della comparizione del coniuge convenuto privo di difensore. A me sembra che la nuova previsione normativa, ..... debba portare per lo meno ad un rinvio dell'udienza, in cui venga formulato un invito esplicito al convenuto comparso senza difensore di presentarsi nuovamente alla successiva udienza munito della necessaria assistenza tecnica. Questo rinvio, consentito dalla previsione dell'ultimo comma dell'articolo 707 c.p.c e 4, comma 7°, l. div., per l'ipotesi in cui il convenuto non compaia all'udienza presidenziale, cui l'ipotesi del convenuto comparso senza la necessaria assistenza tecnica mi sembra assimilabile,

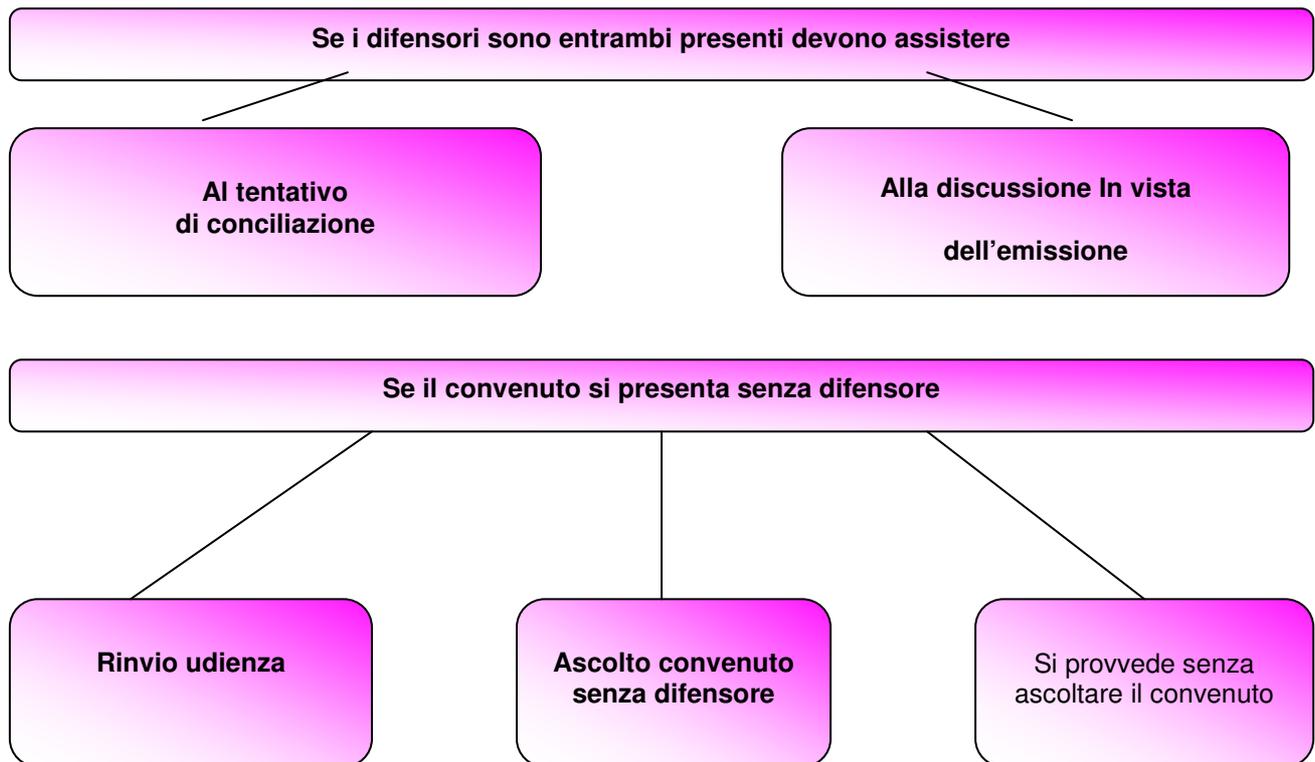
darebbe modo di sanare il difetto di assistenza e di garantire al contempo i diritti difensivi del convenuto.

## **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

**Tommaseo:** «Mentre in passato si riteneva che il convenuto potesse partecipare personalmente all'udienza presidenziale anche senza avvalersi dell'assistenza di un difensore, il legislatore sembra ora esigere che tale assistenza sia necessaria: soluzione rigorosa ma a mio avviso palesemente inopportuna. Si noti, infatti, che l'audizione del convenuto non assistito dal difensore può comunque avvenire applicando i principi generali: invero il presidente potrebbe "sentire" il convenuto nell'esercizio del proprio potere officioso di assumere informazioni e, ancora, è noto che, secondo la giurisprudenza, è possibile l'interrogatorio libero anche della parte contumace (Cass. n. 2818/1982)».

«Tuttavia, di fronte al tenore letterale della norma, dubito possa ancora sussistere la facoltà di consentire al convenuto di addivenire alla conciliazione senza l'assistenza del difensore. In via di cauta ipotesi, e allo scopo di favorire il buon esito dell'udienza presidenziale anche quando il convenuto vi compare senza l'assistenza d'un difensore, si potrebbe consentire al convenuto di accettare di farsi rappresentare dal difensore dell'attore:

## IN CONCLUSIONE



## **LA DIFESA TECNICA E L'UDIENZA PRESIDENZIALE NELLA SEPARAZIONE GIUDIZIALE**

Può dunque concludersi sul punto rilevando come, pur con una serie di distinguo, la dottrina appare complessivamente orientata a sostenere con rigore una piena rivalutazione del ruolo del difensore nelle procedure della crisi coniugale e, in particolare, nella fase presidenziale.

## **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Molti tendono ad escludere l'obbligo della difesa tecnica nella separazione consensuale in quanto si tratterebbe di un procedimento di volontaria giurisdizione.

## **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Che cosa è la volontaria giurisdizione?

Secondo Fazio si tratta: «di quegli affari che non attengono alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e *status*, ma involgono una gestione di interessi anche di rilievo collettivo e pubblico (tutela di minori, incapaci, etc.) e la composizione di essi. Affari non contenziosi sono quelli che, pur essendo pertinenti alla tutela giurisdizionale di diritti soggettivi e status personali, non pongono le parti in antitesi ma li accomunano in una identica postulazione, sicché non si instaura alcun contraddittorio che necessiti di assistenza tecnica».

## **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Nota bene; I procedimenti di volontaria giurisdizione sono regolati dalle norme degli artt. 737 ss. c.p.c. e quindi dal rito camerale.

**Non vi è alcuna disposizione normativa che dichiari che a tali procedure non sono applicabili gli artt. 82 c.p.c. e per quanto riguarda il contenuto del ricorso l'art. 125 c.p.c., ma è la giurisprudenza che sostanzialmente ha sancito, tra i vari procedimenti regolati dal rito camerale, quelli in cui l'assistenza tecnica non è obbligatoria in quanto procedimenti senza parti contrapposte.**

## **DIFESA TECNICA E AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO**

Su questa linea si è mossa recentissimamente la Cassazione Sezione prima n. 25366 del 29.11.06 stabilendo la necessità della difesa tecnica nel procedimento di amministrazione di sostegno in relazione al tipo di provvedimento che si emette.

Tommaseo: Tale principio si fa criticare perché introduce elementi di incertezza sull'applicazione di regole da cui dipende la validità del procedimento:

## **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Ricordiamo il lavoro delle corti e in particolare della Corte di cassazione, la quale, nella sentenza a sezioni unite, 5 agosto 1996, n. 7170, sanando un precedente contrasto giurisprudenziale, assegna definitivamente al rito camerale il giudizio di merito relativo alla dichiarazione giudiziale di paternità di cui all'art. 269 c.c. L'assegnazione al rito camerale di questo giudizio rappresenta una novità relevantissima, trattandosi pacificamente di procedura

contenziosa, che vede contrapposti ben quattro soggetti (madre, padre, figlio in persona del curatore speciale e P.M.), che si conclude con un provvedimento che incide sullo *status* di una persona (filiazione) e che è suscettibile di passare in giudicato sia sotto il profilo sostanziale che formale. Siamo quindi molto lontani dalle procedure per le quali era stato «inventato» il rito camerale.

Ricordiamo anche che si decidono con rito camerale anche le modifiche delle separazioni e dei divorzi senza che nessuno si sia mai sognato di proporre ricorso senza l'assistenza del difensore.

### **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Una parte della dottrina e anche la giurisprudenza si è in ogni caso orientata a considerare la necessità della difesa tecnica anche per i procedimenti di volontaria giurisdizione esempio:

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 DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Considerazioni “politiche”

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 Cost. 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 sembra sia compito funzionale dei magistrati salvaguardare, attraverso una sistematica disapplicazione della legge, le finanze dello Stato.

### **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

Che cosa fare di fronte ad un verbale di separazione consensuale sottoscritto senza l'assistenza dei difensori?

### **ATTO DI CITAZIONE PER LA DECLARATORIA DI NULLITÀ DEL DECRETO DI OMOLOGAZIONE DI UNA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

### **LA DIFESA TECNICA NELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE**

#### **CONCLUSIONI**

- Voglia il Tribunale Ill.mo, respinta ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione,
- NEL MERITO
- **In via principale:**
- accertare e dichiarare la nullità del ricorso per separazione consensuale depositato dalle parti in data ... in quanto privo della procura al difensore ex articoli 125 e 156 cpc. e conseguentemente dichiarare nulli tutti gli atti successivi compreso il decreto di omologa emesso dal Tribunale di ... in data ....
- ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del comune competente di

provvedere alle annotazioni di legge.

- Con vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio, oltre ad Iva e Cpa 2%, per i seguenti
- Ai sensi del DPR n. 115/2002, si dichiara che il valore della controversia è indeterminabile, con applicazione, ai fini del pagamento del contributo unificato, della lettera c dell'art. 13.
- Si producono:
  - 1) ricorso introduttivo
  - 2) verbale di separazione consensuale omologato dal Tribunale di

Torino in data ....

## **LA DIFESA TECNICA E L'AVVOCATO DEL MINORE**

Le previsioni della legge 149, si ribadisce rinviate nella loro entrata in vigore dal 2001 ogni anno ed ora al giugno 2007, hanno sino ad ora impedito l'attuazione delle norme che prevedono la difesa tecnica di tutte le parti nei procedimenti avanti il Tribunale per i minorenni, inclusi quelli di cui all'articolo 336, che sino ad ora è stato il riferimento processuale anche per le procedure relative all'affidamento delle coppie di fatto.

Quando entreranno in vigore tuttavia sarà evidente, il diverso trattamento tra figli legittimi e naturali e l'incostituzionalità della mancata previsione della difesa tecnica dei minori anche nelle separazioni e nei divorzi.

## **L'AVVOCATO DEL MINORE**

E' una figura già nota nei paesi di Common Law

Negli Stati Uniti ad esempio, ove vi è una esperienza ormai trentennale in tema di rappresentanza dei minori

le associazioni nazionali maggiormente rappresentative degli avvocati

specializzati nel diritto di famiglia e minorile la *National Association of Counsel for Children (NACC)* e la *American Bar Association (ABA)*, da tempo dibattono sul diverso ruolo dell'avvocato curatore speciale (*the attorney/GAL*), noto anche come modello ibrido, ed il modello dell'avvocato in senso tradizionale (*the traditional attorney*).

Nel primo caso l'avvocato ha completa autonomia e libertà nello scegliere l'interesse del minore nel secondo è vincolato alle direttive del cliente che può essere il minore o il suo curatore. Dalla scelta dell'uno ovvero dell'altro modello discende una particolareggiata codificazione degli standard di comportamento nello svolgimento del mandato».

### **L'AVVOCATO DEL MINORE**

Grazia Cesaro – vice presidente della Camera Minorile di Milano - ha dedicato un articolo alla riflessione sul tema domandandosi tra l'altro come si potrà, sia in caso di ascolto del minore, che di sua assistenza legale, «individuare l'interesse del minore senza eccedere in paternalismi o sentimentalismi e dunque ricercare questo interesse secondo una valutazione oggettiva e non soggettiva evidenziata dagli americani con il termine “the child’s legal interest” (...) ovvero individuare interessi che, al di là della espressa volontà del minore potranno comunque essere perseguiti dall'avvocato quale il suo benessere, il diritto di crescere all'interno della propria famiglia» e ancora si chiede «se vi siano poi altri interessi peculiari che il difensore dovrà comunque perseguire quali il principio della minore offensività del processo, di esaustività delle informazioni fornite al suo assistito, di particolare competenza per potersi relazionale al proprio assistito e soprattutto di stemperamento della conflittualità o di vera e propria mediazione, ove possibile» .

## **L'AVVOCATO DEL MINORE**

Mestitz e Colamussi, *Il difensore per i minorenni*, Roma, 2003, «E' infatti evidente come sia di particolare importanza la capacità dell'avvocato di sviluppare una competenza comunicativa e relazionale che gli permetta di interagire con il proprio assistito ma, anche di dialogare con la famiglia, collaborare con i servizi (...) sviluppando con tutti questi soggetti un rapporto di collaborazione sinergica anziché di contrapposizione».

## **L'AVVOCATO DEL MINORE**

Gulotta, *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile, Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Milano 2003, «la formazione dell'avvocato minorile deve prefiggersi questi obiettivi: una maggiore comprensione dei fenomeni personali ed interpersonali soprattutto con riferimento alle problematiche minorili, l'approfondimento del ruolo del giurista relativamente ai suoi mezzi, ai suoi scopi, ai suoi limiti, l'esame dei rapporti con altre professioni, la promozione di capacità introspettive nei rapporti intrapersonali tali da valutare le risposte appropriate sia in senso interpersonale sia in senso giuridico, l'aumento della consapevolezza del significato etico della propria professione».

## **PUNTO OTTAVO**

### **LA STRUTTURA DEI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO**

#### **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**

#### **Art. 183, comma 6°, c.p.c.:**

***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"*
2. (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)

3. *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.*

4. *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.***

### **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.

#### 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).

## 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.

## **PUNTO NONO**

### **(LA COMPETENZA)**

#### **ED IL RITO**

### **DEI PROCEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI DI GENITORI NON CONIUGATI**

## **COMPETENZA**

Ci sono istanze di regolamento di competenza sollevate dei tribunali di:

- Milano
- Monza
- Roma

Attendiamo pronuncia Cassazione

## **PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE MINORENI DI TORINO**

La legge 54 colma le differenze più macroscopiche tra figli legittimi e naturali riconosciuti con la previsione di un unico giudice anche per i figli naturali riconosciuti che decida: sull'affidamento, sull'assegnazione della casa e sul mantenimento con una valutazione globale della situazione, e delle relazioni ed interferenze fra l'una e l'altra di tali questioni

**QUESTO UNICO GIUDICE È IL TRIBUNALE PER I MINORENNI (STANTE LA MANCATA MODIFICA DELL'ARTICOLO 38 DISP. ATT).**

**Tribunale per i minorenni di Torino**  
**Collegio presieduto da Dott. Castellani presidente f.f,**

La competenza sulle questioni di carattere patrimoniale collegate al mantenimento dei figli a seguito della cessazione della convivenza continua a fare capo al tribunale ordinario

La riforma della legge 54 attiene al piano sostanziale della legge 54 perché non ha modificato l'articolo 38 disp at.

**Tribunale per i minorenni di Torino**  
**Collegio presieduto da Dott. Castellani presidente f.f.**

“La tesi contraria d'altronde si scontra con la **grave difficoltà di individuare il rito che si dovrebbe ipoteticamente seguire nei procedimenti del Tribunale per i minorenni**, tenuto conto della peculiarità della composizione di tale organo e che i riferimenti contenuti nelle succinte disposizioni dell'articolo 336 c.c. non consentono di strutturare un giudizio di carattere contenzioso, le previsione di vere e proprie sentenze di condanna, le modalità di esecuzione delle stesse”.

**IL RITO**

Indipendentemente da quale sarà il giudice competente indicato dalla Cassazione si pone il problema del rito. Non si può pensare che si applichi in caso di competenza del giudice ordinario il rito delle separazioni in cui è previsto il peculiare tentativo di ri-conciliazione, anche perché questo porterebbe ad una sostanziale equiparazione tra famiglia legittima e di fatto sin'ora evitata da tutti i legislatori –di qualunque colore politico-

SE MANCA IL RITO NOI DOBBIAMO PRIMA VERIFICARE CHE NON VI

SIA ALTRO ISTITUTO NEL NOSTRO ORDINAMENTO APPLICABILE IN VIA ANALOGICA

## IL RITO

### CAUTELARE UNIFORME

E' UN RITO SNELLO E VELOCE, RISPETTOSO DEL CONTRADDITTORIO E COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO AI SENSI DELL'ARTICOLO 111 COSTITUZIONE

ARTICOLO 669-*quaterdecies* afferma che le procedure del cautelare uniforme sono applicabili «ai provvedimenti previsti in questo capo, nonché in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali».

### CAUTELARE UNIFORME

Né vale l'eccezione che l'art. 700 c.p.c. possa essere utilizzato unicamente in funzione cautelare-conservativa e non anticipatoria, visto che, secondo la dottrina «taluni i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 possono avere natura tanto anticipatoria quanto conservativa (Caponi, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005., V, c. 837)».

### CAUTELARE UNIFORME

Il primo autore che ha ipotizzato l'applicabilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. anche avanti al Tribunale per i Minorenni è, a quanto consta, Finocchiaro, in *Guida al diritto*, n. 11, 2006, p. 52, il quale, pur ipotizzando la competenza del T.M. unicamente per le questioni relative all'affidamento ed al regime di visite, afferma che: «Anche con specifico riferimento a quest'ultima ipotesi, (delle

questioni devolute in ogni caso alla competenza del T.M.), deve ritenersi che le parti possano chiedere l'adozione di provvedimenti di urgenza ex articolo 700 c.p.c., con la particolarità che, avverso i provvedimenti emessi dal T.M., in forza del comma 4 dell'articolo 38 disp. att., il reclamo cautelare si propone davanti alla sezione di Corte di Appello per i Minorenni».

### **CAUTELARE UNIFORME**

l'utilizzo della procedura ex art. 700 c.p.c. nei procedimenti avanti al T.M. non è una novità. App. Roma, 4 agosto 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 1393; App. Roma, 10 maggio 1993, in *Dir. fam. pers.* 1996, p. 1387; App. L'Aquila 25 maggio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 360, secondo le quali la disciplina del rito cautelare uniforme risulta pacificamente applicabile alle procedure camerale minorili.

### **CAUTELARE UNIFORME**

Corte di Appello Roma:

«Considerato che l'ambito di applicazione del modello procedimentale dei procedimenti cautelari ex articolo 669-*quaterdecies* c.p.c., si applica a (...) ed anche, in quanto compatibili "agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali", il provvedimento di sospensione della potestà parentale emesso d'urgenza in via cautelare dal Tribunale per i Minorenni in composizione collegiale può essere reclamato, ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., avanti la Corte di Appello, che, in caso di rilevante danno o di serio pericolo di rilevante danno per il minore, può sospendere l'esecuzione del provvedimento reclamato».

### **CAUTELARE UNIFORME**

Presupposti:

Il *fumus boni juris*, ovvero «la ragionevole apparenza del diritto», è del tutto evidente, visto che il provvedimento richiesto ha natura meramente anticipatoria e non cautelare-conservativa.

Quanto al *periculum in mora*, come sostiene Padalino «è *in re ipsa*, in quanto legato all'esigenza di garantire serenità e stabilità alla prole naturale, a seguito della cessazione del rapporto di convivenza tra i genitori».

## CAUTELARE UNIFORME

**Competenza per materia e territorio.** Sotto questo profilo, sia che si tratti di richiesta di provvedimento *ante causam* o in corso di causa, nulla cambia tra le due procedure, essendo per entrambe competente il T.M. del circondario di residenza del minore o in caso di competenza del T. O il Tribunale di residenza del minore.

**Competenza funzionale:** l'art. 669-*quater*, comma 2°, c.p.c. prevede una competenza funzionale del Presidente per i provvedimenti richiesti *ante causam* e del Giudice Istruttore per quelli richiesti in corso di causa, nulla questo dunque nel caso in cui la competenza sia del Tribunale ordinario

## CAUTELARE UNIFORME

SE LA COMPETENZA FOSSE DEL T.M. CHE EX ARTICOLO 38 DISP ATT. GIUDICA IN CAMERA DI CONSIGLIO LA CORTE D' APPELLO DI TORINO, CON PROVVEDIMENTO DEL 1 FEBBRAIO 1994 – PRESIDENTE ED ESTENSORE MANCINELLI, NON PUBBLICATO – HA RITENUTO LA COMPETENZA DEL COLLEGIO SUL RICORSO D'URGENZA AFFERMANDO CHE «IL RITO È REGOLATO DAGLI ARTICOLI 669 *BIS* E SEGUENTI C.P.C. (INTRODOTTI DALLA LEGGE 353 DEL 1990) E DALLE

DISPOSIZIONI TRANSITORIE DELLA LEGGE 477 DEL 1992, ED, ALLA STREGUA DI TALI DISPOSIZIONI, LA COMPETENZA DELL'ISTRUTTORE O DEL PRESIDENTE DEVE ESCLUDERSI QUANDO IL RICORSO SIA PROPOSTO IN PENDENZA DEL GIUDIZIO DI MERITO AVANTI LA CORTE DI APPELLO, ORGANO ORMAI PRIVO DEL MAGISTRATO ISTRUTTORE».

## CAUTELARE UNIFORME

**Forma della domanda.** Si tratta del ricorso, per entrambe le procedure (artt. 700 e 739 c.p.c).

**Procedimento:** il primo comma dell'art. 669-*sexies* c.p.c. risulta più dettagliato per quanto riguarda gli atti istruttori «indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto» rispetto allo scarso testo dell'art. 738 c.p.c., che si limita a prevedere la nomina di un giudice relatore che riferisce in camera di consiglio «assumendo informazioni»;

## CAUTELARE UNIFORME

### **Provvedimenti inaudita altera parte**

Assai più consona al dettato dell'art. 111 Cost. è l'applicazione alle procedure minorili dell'art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c. laddove si prevede che: «Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, (il giudice) provvede con decreto motivato assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tale caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro **un termine non superiore a 15 giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a 8 giorni, per la notificazione del ricorso e del decreto.** A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca, i

provvedimenti emanati con decreto».

## CAUTELARE UNIFORME

**LIQUIDAZIONE SPESE 669-septies** c.p.c. prevede la liquidazione delle spese a carico del soccombente per i provvedimenti di reiezione.

**DEFLAZIONE CONTENZIOSO. 669-octies** c.p.c., come modificato dalla l. 80/2005, laddove, in caso di ordinanza di accoglimento del provvedimento di urgenza di carattere anticipatorio, non impone più la fissazione di un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, lasciata invece alla eventuale volontà delle parti.

**ULTRATTIVITA' DEL PROVVEDIMENTO D'URGENZA** L'applicazione di questa norma renderebbe, tra l'altro, identici gli effetti ultrattivi previsti dall'art. 189 disp. att. c.p.c. per l'ordinanza presidenziale e del Giudice Istruttore rese in corso di causa di separazione e divorzio a quelli di cui al provvedimento emesso, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in via urgente e cautelare sia dal tribunale ordinario che Minorile.

## CAUTELARE UNIFORME

**MODIFICA PROVVEDIMENTI EMESSI 'art. 669-decies** c.p.c. regola «la competenza, i presupposti e le modalità per la revoca e la modifica dei provvedimenti emessi» in modo assai simile a quanto previsto dall'art. 709 quarto comma c.p.c.

**RECLAMABILITÀ: l'art. 669-terdecies** c.p.c. stabilisce:

- che il reclamo si propone nel termine di 15 giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore;
- che le circostanze ed i motivi sopravvenuti al momento della

- proposizione del reclamo debbono essere proposti nel rispetto del principio del contraddittorio nel relativo procedimento;
- che il giudice del reclamo può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti;
  - che il giudice deve convocare le parti;
  - che il giudice deve pronunciare entro venti giorni dal deposito del ricorso ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare;
  - che il reclamo non sospende l'esecuzione, ma che il giudice «...può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione».
  - Ulteriore differenza è che il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. è soggetto alla sospensione dei termini del periodo feriale quello dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. non lo è.
  - **PROBLEMA PER GIUDICE COMPETENTE PER RECLAMO (CORTE O ALTRA SEZIONE STESO TRIBUNALE?)**

## CAUTELARE UNIFORME

### ESEGUIBILITA' PROVVEDIMENTI

in caso di applicazione del rito cautelare uniforme, è compiutamente normata dall'art. 669-*duodecies* c.p.c., che permetterebbe di superare le divergenze di opinione sino ad ora emerse sulla apponibilità della formula esecutiva ai provvedimenti emessi dal T. M. in Camera di Consiglio e sulle modalità di esecuzione dei provvedimenti stessi.