



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI GUGLIELMO MARCONI

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

La separazione personale dei coniugi e il divorzio:
profili processuali

RELATORE

Chiar.mo Prof. Daniele Castaldi

CANDIDATO

Michela Trabalzini

ANNO ACCADEMICO
ANNO 2008/2009

INDICE

INTRODUZIONE

IL NUOVO PROCESSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

CAPITOLO PRIMO

LA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

- I.1 Premessa
- I.2 La giurisdizione
- I.3 La competenza
- I.4 Il ricorso introduttivo del giudizio di separazione

CAPITOLO SECONDO

LA FASE PRESIDENZIALE

- II.1 Premessa
- II.2 La costituzione dell'attore
- II.3 L'ordinanza di fissazione d'udienza e la *vocatio in ius* del convenuto
- II.4 L'udienza presidenziale
- II.5 L'ordinanza presidenziale
- II.6 Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali
- II.7 Il procedimento di omologazione della separazione consensuale

CAPITOLO TERZO

LA FASE DI TRATTAZIONE E LE IMPUGNAZIONI

- III.1 Introduzione
- III.2 La memoria integrativa
- III.3 La comparsa di risposta e la costituzione del convenuto

- III.4 La partecipazione del pubblico ministero
- III.5 L'istruttoria e le indagini della polizia tributaria
- III.6 La sentenza
- III.7 L'appello
- III.8 Gli altri mezzi di impugnazione

CAPITOLO QUARTO

IL PROCEDIMENTO DI DIVORZIO

- IV.1. Premessa
- IV.2 Presupposti sostanziali per il divorzio
- IV.3 Giurisdizione e competenza
- IV.4 I soggetti del procedimento
- IV.5 La fase introduttiva del giudizio
- IV.6 L'udienza presidenziale
- IV.7 La fase avanti al giudice istruttore e le impugnazioni
- IV.8 Revisione delle pronunce contenute nella sentenza di divorzio
- IV.9 Il procedimento di divorzio su domanda congiunta

CAPITOLO QUINTO

I PROCEDIMENTI DI MODIFICA DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

- V.1. I presupposti della modifica delle condizioni di separazione e divorzio
- V.2. Il mutamento delle condizioni di separazione e di divorzio
- V.3. La competenza ad emettere i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazione
- V.4. L'attività istruttoria
- V.5. La decisione, la sua efficacia ed i mezzi di impugnazione

CAPITOLO SESTO

IL NUOVO REGIME DELL’AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI

VI.1 Premessa

VI.2 La riforma operata dalla L. 54/2006

VI.3 La casa familiare

VI.4 L’affidamento monogenitoriale

CAPITOLO SETTIMO

LA COMPETENZA DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI

VII.1. La posizione dei figli naturali: il giudice competente

VII.2 Il ricorso per l’ “affidamento” dei figli naturali

VII. 3 Proposte di modifica.

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

IL NUOVO PROCESSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

Le recenti riforme processuali hanno spaziato in molte aree del diritto ed hanno investito anche la separazione e il divorzio.

La riforma del processo di separazione e divorzio è stata introdotta con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 – c.d. decreto competitività - (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 marzo 2005, n. 62), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 marzo 2005 n. 80, che ha riformulato completamente - per quanto concerne la separazione dei coniugi - gli articoli 706, 707, 708 e 709 del codice di procedura civile, aggiungendovi anche l'art. 709-*bis* (art. 2, co.3, lett. e-*ter* della legge. 80/2005) e per quanto concerne il divorzio, l'intero art. 4 della legge 898/70 nel testo a suo tempo sostituito dall'art. 8 della legge 74/1987 (art. 2, co. 3 legge 80/2005).

Modifiche ulteriori sono state poi apportate dall'art. 4 della legge 28 dicembre 2005, n.263 che ha aggiunto un comma all'art. 709-*bis*, prevedendo anche nel processo di separazione la pronuncia non definitiva sullo *status*, suscettibile soltanto di appello immediato nelle forme del rito camerale.

Con queste due disposizioni legislative è stato modificato il regime dei procedimenti di separazione e divorzio, fissandone l'entrata in vigore inizialmente per il 12 settembre 2005, poi prorogata al 1° gennaio 2006, con riferimento ai procedimenti instaurati successivamente a tale data, e successivamente al 1° marzo 2006.

Il legislatore della riforma, pur avendone l'opportunità, che era mancata per il passato, di introdurre finalmente una disciplina uniforme

per i due procedimenti ha continuato a mantenerli distinti, dettando apposite norme per l'uno e per l'altro, pur avvicinando le diverse discipline processuali¹.

La riforma ha l'indubbio vantaggio di aver dato una risposta all'esigenza di chiarezza avvertita da molti, date le prassi discordanti dei tribunali, in merito alla specificazione della struttura (bifasica o monofasica) da attribuire ai procedimenti di separazione e divorzio. Infatti una delle conseguenze della disciplina del previgente art. 4 della legge sul divorzio (operata con legge 74/1987), era costituito dalla riconosciuta abrogazione dell'art. 709 c.p.c., che prevedeva l'obbligo per il ricorrente di notificare al convenuto non comparso all'udienza presidenziale, l'ordinanza del presidente contenente i provvedimenti provvisori e la nomina del giudice istruttore.

Proprio sull'abrogazione dell'art. 709 c.p.p. si è fondata in questi ultimi anni l'opinione di chi, come la giurisprudenza del tribunale di Milano e parte della dottrina, aveva ritenuto che il processo di separazione avesse recuperato una sua sostanziale unitarietà nel senso che, una volta ricevuta regolarmente la notifica del ricorso introduttivo, il convenuto era da considerarsi ritualmente chiamato in giudizio, senza che potesse avere rilievo il fatto che egli fosse stato o meno presente all'udienza presidenziale e senza, quindi, che il convenuto dovesse essere citato una seconda volta per la fase a cognizione ordinaria della causa.

Conseguenza nota di questa interpretazione è stata che l'udienza presidenziale andava considerata la prima udienza di comparizione del

¹ V. sul punto G. DOSI, *Quella fase introduttiva tutta speciale al processo di separazione e di divorzio*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 24, 2005 e A. GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e divorzio*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2005, 1155.

processo ai fini delle preclusioni indicate per il convenuto negli artt. 166 e 167 c.p.c.².

La riforma reintroduce oggi sia in sede di separazione (nuovo testo dell'art. 709 c.p.c. prima parte) sia in sede di divorzio (nuovo testo art. 4, co. 9, della legge sul divorzio) l'obbligo al ricorrente di notificare al convenuto non comparso all'udienza presidenziale l'ordinanza del presidente.

In altre parole, il legislatore del 2005, in totale sconfessione del c.d. "rito ambrosiano"³ ha voluto che la fase presidenziale servisse esclusivamente, da un lato, a verificare l'esistenza dei presupposti per la continuazione del giudizio (comparizione del ricorrente e sua volontà di non rinunciare alla domanda, impossibilità della conciliazione dei coniugi), dall'altro, a consentire al presidente di anticipare provvisoriamente lo *status* dei coniugi separati. Questo spiega l'alleggerimento dei requisiti degli atti iniziali delle parti (il ricorso e la memoria difensiva del convenuto) e, soprattutto, la nettezza nell'escludere preclusioni, non solo a carico del convenuto, ma (come si accerterà in seguito) anche a carico dell'attore.

² V. sentenza del tribunale di Roma del 26 gennaio 2000, in *Foro italiano*, 2000, I, 3010.

³³ Con tale espressione, ormai di uso generale (e coniata da C. MANDRIOLI, *Il "rito ambrosiano" nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 1994, pag. 215), si intende la prassi ermeneutica, affermata presso gli uffici giudiziari milanesi, secondo cui, nei processi di separazione e divorzio, l'udienza presidenziale rappresenta la prima udienza di comparizione rispetto alla quale va dimensionato l'onere di costituzione del convenuto. Sulle problematiche suscitate dal c.d. "rito ambrosiano" v. anche G. VIGNERA, *Sulla "specialità integrale" del rito del divorzio e della separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pagg. 103 ss; G. NAVARRINI, *I procedimenti contenziosi di separazione e divorzio. Temi e problemi della fase introduttiva*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2005, volume 34, pagg. 340 ss.

In definitiva, ferma restando la struttura unitaria del giudizio, fermo restando altresì che lo stesso comincia con il deposito del ricorso (che contiene la domanda di separazione), si è solo voluta differenziare nettamente la fase presidenziale dalle altre fasi successive, preoccupandosi di attribuire al presidente solo compiti attinenti alla verifica delle condizioni per il prosieguo del giudizio, nonché, in caso di accertata continuazione, di attribuirgli il potere di provvedere immediatamente per tentare di rimediare, sia pure provvisoriamente, alla crisi familiare.

Insomma, il processo di separazione e divorzio torna ad essere distinto strutturalmente e funzionalmente in due fasi molto diverse: la prima orientata al tentativo di conciliazione e la seconda, dopo l'adozione dei provvedimenti urgenti, orientata alla trattazione ordinaria della causa. In ogni caso il rito ambrosiano non sarà più ammissibile avendo espressamente la riforma, come si dirà tra breve, attribuito al presidente il compito di indicare al convenuto il termine per la costituzione davanti al giudice istruttore. Da questo punto di vista la riforma ha posto fine, quindi, alle difformità delle prassi giudiziarie.

Successivamente è stata introdotta la riforma delle norme in materia di affidamento e mantenimento dei figli con la legge 8 febbraio 2006, n.54 che ha riformulato l'art.155 del codice civile aggiungendovi gli articoli 155-*bis*, 155-*ter*, 155-*quater*, 155-*quinqies*, 155-*sexies*; ha modificato alcune norme del codice di procedura civile già toccate dalla precedente riforma, aggiungendo l'art. 709-*ter* e un quarto comma all'art. 708 ed ha esteso la nuova disciplina anche ai procedimenti di nullità, di divorzio e di affidamento dei figli naturali⁴.

⁴ Per un primo sguardo d'insieme delle riforme citate v. F. TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 2006,1, pagg. 7 ss.; M. FINOCCHIARO, *Separazione e divorzio*, in *Guida al diritto*, 2005, 22, pagg. 91-99.

CAPITOLO PRIMO

LA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

I.1 Premessa

Il procedimento di separazione, come sopra brevemente accennato, consta di due fasi: la fase presidenziale, che si svolge dinanzi al presidente del tribunale e si conclude - sempre che non venga raggiunta la conciliazione o comunque un accordo tra le parti - con l'emissione dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole e la fase contenziosa - modellata sulla falsa riga del giudizio ordinario di cognizione - che si conclude con una sentenza, soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione oltre che a speciali procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio (art. 710 c.p.c.; art. 9 legge sul divorzio).

La legge 80/2005, come detto, ha sancito la bifasicità del giudizio, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla costituzione delle parti e alle decadenze in punto di domande, principali, accessorie o riconvenzionali, e di eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio. Ne consegue, quindi, che la fase presidenziale può ora dirsi autonoma rispetto alla fase contenziosa. E' una fase estranea al giudizio contenzioso che deve essere introdotto dal deposito della memoria integrativa e non dal deposito del ricorso introduttivo, né dalla sua notifica alla controparte⁵.

Il procedimento di separazione coniugale può assumere sia la forma contenziosa, che quella propria della volontaria giurisdizione. Nel caso di ricorso per separazione giudiziale, il procedimento ha la forma contenziosa e si conclude con una sentenza costitutiva che deve

⁵ A. GRAZIOSI, *I processi di separazione e divorzio*, Giappichelli Editore, 2008 pagg. 13-17.

contenere i provvedimenti relativi ai rapporti fra i coniugi e concernenti la prole. Nel secondo caso, la separazione può essere chiesta consensualmente dai coniugi e, in questo caso, il processo ha carattere volontario.

I.2 La giurisdizione

Norme di diritto interno in tema di giurisdizione del giudice italiano sono dettate dalla legge 31 maggio 1995 n.218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. In particolare la giurisdizione italiana, in tema di separazione personale dei coniugi è ora regolata dagli artt. 3, 31 e 32 della suddetta legge.

L'art. 3 dispone in generale che la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c. e negli altri casi in cui è prevista dalla legge.

Appare comunque dubbia l'applicazione di cui all'art. 3 basato sull'esistenza di un rappresentante autorizzato. L'opinione prevalente esclude, infatti, che i coniugi possano essere rappresentati da terzi nei procedimenti di separazione e divorzio, attesa la natura personalissima dei diritti e degli status che ne costituiscono l'oggetto, tanto più che la stessa rappresentanza processuale presuppone, ai sensi del richiamato art. 77 c.p.c. il potere di rappresentanza sostanziale.

L'art. 31 prevede in particolare che la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio, in mancanza, si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata; se non regolati dalla legge straniera, si applica la legge italiana.

L'art.32 dispone che in materia di separazione personale, la giurisdizione italiana sussiste oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.

La giurisprudenza ha affermato che se i coniugi hanno entrambi la nazionalità italiana, sussiste la giurisdizione del giudice italiano senza che abbia rilievo l'ubicazione all'estero della loro residenza o del loro domicilio, trattandosi di circostanze che attengono solo alla competenza (Cass. Sez. Un. 5773/1989).

Nel caso in cui nessuno dei coniugi sia cittadino italiano e il matrimonio non sia stato celebrato in Italia, ha giurisdizione il giudice italiano non solo se il convenuto è residente o domiciliato in Italia ma anche se la parte ricorrente ha residenza, anche di fatto, in Italia (Cass. Sez. Un. 1994/2004).

Se la domanda è proposta nei confronti di coniuge straniero, sussistono la giurisdizione italiana se il convenuto, alla stregua della legge italiana, ha in Italia la residenza o il domicilio, cioè l'abituale e volontaria dimora ovvero il centro principale dei suoi affare ed interessi (Cass. Sez. Un. 8427/1990). Se il coniuge ha doppia cittadinanza ed è anche cittadino italiano, questa sua situazione non esclude la giurisdizione italiana, anche se la residenza o il domicilio sono ubicati all'estero (Cass. Sez. Un. 5293/1989). Il fatto che penda davanti ad un giudice straniero una causa di divorzio fra cittadini italiani, non esclude la giurisdizione italiana sulla causa di loro separazione personale, essendo diversi *petitum* e *causa petendi* (Cass. Sez. Un. 9884/2001).

La giurisdizione così definita non può essere oggetto di accordi derogatori in base alla volontà delle parti, poiché l'art. 32 della legge 218/1995, nel porre titoli speciali ed ulteriori in materia di nullità,

annullamento, separazione e scioglimento del matrimonio, richiama le disposizioni generali di cui all'art. 3 della stessa legge e non quelli di cui all'art. 4 (accettazione e deroga della giurisdizione).

Per la determinazione della giurisdizione italiana, si applica l'art. 5 del codice di procedura civile. Tuttavia la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvengono nel corso del processo (art. 8 legge 218/95).

L'eventuale difetto di giurisdizione può essere rilevato in base ai principi generali di cui all'art. 37 c.p.c. (in base al quale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche di ufficio, in qualunque stato e grado del processo); il mancato riferimento all'art. 4 della legge 218/1995 di cui all'art. 32 della stessa, esclude l'applicazione dell'art. 11 della legge 218/1995 ai sensi del quale il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana.

Questa scelta è stata vista come un esempio da parte del legislatore italiano del *favor jurisdictionis*, che si manifesta sia attraverso l'insensibilità rispetto ai mutamenti che altrimenti estinguerebbero una giurisdizione prima sussistente, sia attraverso l'attribuita valenza a mutamenti successivi che valgano a fondare una giurisdizione inizialmente sussistente. Il mancato rilievo del difetto di giurisdizione si traduce in un motivo di impugnazione⁶.

⁶ F. BARTOLINI, R. PASTORE, *I nuovi procedimenti di separazione, divorzio e affido condiviso*, 2006, La Tribuna, 2006.

Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto riguarda tutti i procedimenti di natura contenziosa, ancorché soggetti a rito speciale o sommario, è ammissibile in relazione al giudizio di separazione personale dei coniugi anche nella fase davanti al presidente al tribunale (Cass. 5291/1985).

I.3 La competenza

Il giudizio di separazione, nella sua fase cognitiva, è di competenza del tribunale in composizione collegiale (art. 50-*bis* c.p.c) in quanto procedimento in cui vi è obbligo di partecipazione del pubblico ministero (art. 70 c.p.c.). Si tratta dunque di una competenza esclusiva e dunque funzionale.

Il legislatore della riforma, in tema di competenza, ha delineato per i due procedimenti (separazione e divorzio) un'unica regola di competenza territoriale primaria ed inderogabile (art. 28, n. 2.c.p.c.), individuandola nel luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, facendo riferimento alla residenza comune esistente al momento della proposizione della domanda. Viene in tal modo armonizzata la disciplina nazionale con i criteri di competenza giurisdizionale introdotti all'art. 3 del Regolamento matrimoniale dell'Unione Europea n. 2201 del 2003 in cui si fa riferimento sia al criterio della "residenza abituale dei coniugi" sia a quello dell' "ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora".

La norma sostanzialmente tende a collegare il giudizio con il luogo di svolgimento della vita matrimoniale riconoscendo la competenza al giudice del luogo in cui si è effettivamente svolta la vita stessa e sia

quindi quest'ultimo luogo, in caso di difformità con la residenza anagrafica, il criterio da privilegiare⁷.

Il foro del convenuto è indicato dal legislatore solo come scelta residuale per la sola ipotesi in cui non solo manchi del tutto, ma sia anche sempre mancato, un luogo di residenza comune dei coniugi. Sussidiario poi nel caso in cui il coniuge convenuto sia residente all'estero, oppure irreperibile, è il luogo di residenza o di domicilio dell'attore. Questa ipotesi era in precedenza prevista solo relativamente al processo di divorzio, ma era unanimemente ritenuta operante anche nei processi di separazione, grazie all'art. 23 della legge 74/1987 il quale sanciva che fino all'entrata in vigore di un nuovo codice di rito, ai giudizi di separazione personale dovessero trovare applicazione in quanto compatibili le norme sul giudizio di divorzio.

Con sentenza del 23 maggio 2008, n. 169 la Corte Costituzionale ha tuttavia dichiarato *l'illegittimità costituzionale*, in riferimento all'art. 3 cost. dell'art. 4, co. 1, legge 898/1970 nel testo risultante a seguito della riforma, limitatamente alle parole "del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, ovvero, in mancanza" per cui rimane immutato il criterio di collegamento che individua il tribunale competente in quello di residenza del convenuto.

Si tratta di una competenza inderogabile, sia per quanto attiene all'organo giudicante, che non può essere che il tribunale, sia per quanto attiene alla individuazione del giudice territorialmente competente, in quanto si tratta evidentemente di un tipo di competenza funzionale e territoriale di carattere inderogabile, a fronte dell'art. 28 c.p.c. Non è

⁷ Per la prevalenza del criterio effettivo su quello anagrafico, v. Cass. 24 aprile 2001, n. 6012.

ammissibile la rinuncia all'eccezione di incompetenza fatta dopo la sua proposizione, trattandosi di incompetenza inderogabile⁸.

Da ultimo il legislatore ha regolato l'ipotesi in cui anche l'attore sia residente all'estero, consentendo in tal caso di radicare la competenza, presso qualunque tribunale italiano (art. 706 c.p.c.).

La competenza per territorio è determinata nel momento in cui viene depositato il ricorso introduttivo del procedimento dovendosi ritenere già in tale momento realizzata l'instaurazione del rapporto processuale, ancorché tra due soltanto dei tre soggetti tra i quali il processo è destinato a svolgersi, senza che spieghi alcuna influenza la data della notificazione del ricorso alla controparte secondo il criterio dell'art. 39 co. 3 c.p.c. la cui applicazione comporta invece la pendenza del giudizio e la possibilità, per il ricorrente, di notificare l'atto introduttivo del giudizio e di determinare, così, la pendenza della lite ai sensi della norma citata (Cass. 5729/2001).

In tema di litispendenza l'antiorità dell'una causa rispetto all'altra consegue all'affermazione del principio generale per cui "se la stessa causa di separazione personale dei coniugi viene introdotta davanti a giudici diversi, per individuare, ai fini della litispendenza, il giudice preventivamente adito occorre avere riguardo non già alla data di notifica degli atti introduttivi dei due giudizi ma a quella del deposito dei relativi ricorsi in cancelleria" (Cass. n. 4686/2001).

Ai sensi dell'art. 38 c.p.c. l'incompetenza per territorio può essere rilevata non oltre la prima udienza di trattazione, ossia entro l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Il problema dell'eventuale incompetenza territoriale può essere sollevato già durante l'udienza presidenziale.

⁸ V. sentenza del tribunale di Napoli del 27 luglio 2000.

A norma dell'art. 70, n. 2 c.p.c. il pubblico ministero deve intervenire, a pena di nullità, rilevabile d'ufficio, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi. L'obbligatorietà di tale intervento riguarda le cause di separazione giudiziale dei coniugi. Ed infatti, la partecipazione del pubblico ministero al procedimento di separazione consensuale dei coniugi ex art. 711 c.p.c. non è prevista da tale norma, né è desumibile, come necessaria, dalla disciplina dei procedimenti camerali, senza che ciò determini dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla citata norma, con riguardo ad ipotesi di applicazione della medesima, strumentale alla pronuncia dei provvedimenti non concernenti l'affidamento della prole e cioè specificamente incidenti sullo *status* del minore, anche se la posizione del medesimo viene indirettamente contemplata ai fini della quantificazione delle prestazioni economiche in favore del coniuge affidatario (Cass.7774/1993).

I.4 Il ricorso introduttivo del giudizio di separazione

La domanda introduttiva dei giudizi di separazione e divorzio è proposta con ricorso, da depositare nella cancelleria del tribunale competente, che deve contenere "l'esposizione di fatti sui quali la domanda è fondata (art. 706 co. 1 c.p.c.) oltre all'indicazione dell'eventuale esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati durante il matrimonio (art. 706 ultimo comma c.p.c. e art. 4, co. 4 l.div.) cui si aggiunge, ma solo per quanto riguarda il procedimento di divorzio, l'indicazione degli "elementi di diritto" (art. 4, co. 2 l.div).

La specificazione del legislatore di indicare nel ricorso i fatti che sono posti alla base della domanda trova la propria giustificazione nella disciplina sostanziale delle separazione che può essere chiesta solo quando "si verificano fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione

della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole".

Il contenuto del ricorso potrà essere ulteriormente specificato in un secondo momento in quanto il presidente del tribunale, con l'ordinanza con cui fissa l'udienza di comparizione dei coniugi davanti al giudice istruttore, assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa che deve avere il contenuto di cui all'art. 163, co. 3 c.p.c nn. 2,3,4,5, e 6.: tale formazione progressiva dell'atto introduttivo consente al ricorrente di presentare una domanda informale con i contenuti finalizzati ad un efficace avviamento dell'udienza presidenziale, senza tuttavia incorrere nel rischio di dichiarazioni di nullità ex artt. 163-164 c.p.c.

Tale domanda introduttiva, quindi, può dirsi a "formazione progressiva" nel senso che è il risultato dell'integrazione tra ricorso e memoria integrativa e diviene uno degli elementi sui quali è possibile far leva per dimostrare come il legislatore del 2005 abbia nettamente optato per la struttura bifasica dei giudizi di cui si discute. Vi è una prima fase, incentrata sull'udienza presidenziale non strettamente giurisdizionale, introdotta dal ricorso, ed una seconda fase contenziosa, introdotta dalla memoria integrativa avente ad oggetto la trattazione, oltre che della domanda principale, delle eventuali domande accessorie e riconvenzionali⁹. Appare quindi evidente, come la dottrina ha avuto modo di sottolineare, che lo scopo dell'udienza presidenziale è quello di favorire la riconciliazione tra i coniugi¹⁰.

Alcuni elementi che il ricorso come atto di parte rilevante per il processo deve comunque contenere risultano dall'art. 125 c.p.c. che

⁹ F. TOMMASEO, *op. cit.*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, pag. 9.

¹⁰ G. DOSI, *op. cit.*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 24.

prevede al riguardo l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto della domanda e delle relative conclusioni che lo esplicitano. Al di fuori di questi elementi essenziali non si chiede alla parte ricorrente di illustrare in modo dettagliato le proprie ragioni e le argomentazioni delle quali intende servirsi. La finalità dell'atto è, come visto, circoscritta a consentire l'intervento del presidente su aspetti che possano favorire l'incontro conciliativo tra le parti. La semplificazione del contenuto del ricorso trova corrispondenza in analoga semplificazione del contenuto della memoria difensiva di controparte.

La sufficienza dei requisiti minimi del ricorso, strumentale all'apertura della fase presidenziale, nella presentazione del ricorso (destinato in caso di mancata conciliazione tra i coniugi ad essere integrato con la memoria integrativa) ha come conseguenza che il presidente non deve contestare la nullità del ricorso introduttivo ex art. 164 c.p.c. ma deve esercitare i poteri che gli derivano dal suo ufficio, sia per il tentativo di conciliazione sia per i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole. Le eventuali mancanze sono sanate nella successiva memoria integrativa o, in mancanza, sanzionate in fase di cognizione.

La legge 80/2005 ha anticipato l'obbligo per i coniugi di mettere a disposizione le ultime dichiarazioni dei redditi presentate allegandole al ricorso e alla memoria difensiva, ovvero prima della stessa udienza presidenziale.

Non essendo stato precisato cosa si intende per "ultime", è evidente che sarà onere del giudice del merito, di volta in volta (tenute presenti le condizioni del caso concreto) dare un contenuto più "preciso" alla disposizione e, di conseguenza, "invitare" le parti a produrre anche

le dichiarazioni anteriori alle ultime due, potendo eventualmente dal comportamento delle parti stesse, trarre elementi di giudizio.

Si rileva però come la prevista allegazione al ricorso delle ultime dichiarazioni dei redditi ha formulazione generica e non è munita di sanzione per il caso di inosservanza. La mancata allegazione non impedisce certo acquisizioni successive, anche di ufficio¹¹ o per produzione di controparte; la norma, infatti, resterebbe priva di significato ove non si ammettesse che all'inadempimento il giudice possa attribuire quanto meno un valore indiziario nel contesto del complessivo comportamento delle parti e della altre risultanze probatorie.

Si noti in proposito che l'attuale art. 155 c.c. prevede espressamente che il "giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi"; e l'art. 155-*sexies* c.c. che "prima della emanazione, anche in via provvisoria, del provvedimenti di cui all'art. 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova".

La ragione per cui si prevede l'obbligo per i coniugi di produrre i documenti relativi alla loro situazione economica va rinvenuta nella tutela dell'interesse di natura pubblicistica che pervade tutta la disciplina dei processi di separazione e di divorzio; in tale ottica deve leggersi l'intenzione del legislatore di fare in modo che nel processo in questione si arrivi all'accertamento della verità reale. E in questa ricerca svolge un ruolo importante l'obbligo di collaborazione dei coniugi, che implica il loro dovere di mettere a disposizione dell'ufficio tutti gli elementi di

¹¹ Parte della dottrina ritiene che il presidente del tribunale abbia il potere-dovere di ordinarne l'esibizione. Si veda in proposito, F. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, Foro italiano, 2005, V, 141.

valutazione della loro complessiva situazione economica, ovvero un dovere di verità che, ove maliziosamente disatteso, deve essere valutato come comportamento rilevante per desumere argomenti di prova e per fondare il convincimento del giudice (Cass. 7435/2002). Ma nella ricerca della verità svolge un ruolo fondamentale anche il potere officioso del giudice.

Certamente è necessario che il coniuge debole proponga la domanda di riconoscimento dell'assegno di mantenimento o di divorzio perché in mancanza il giudice non potrebbe attribuire d'ufficio un diritto, pacificamente rinunciabile, a chi non lo avesse neppure chiesto. Ma una volta che la domanda sia stata proposta e che la parte abbia prodotto i documenti in suo possesso e abbia cercato di provare le circostanze di fatto utili a dimostrare la situazione economica-patrimoniale come prospettata dall'altro coniuge non corrisponde a verità, scatta il concorrente potere officioso del giudice finalizzato all'accertamento delle reali posizioni economiche di entrambi i coniugi.

La richiesta di addebito della separazione, consentita dal secondo comma dell'art.151 c.c. trova la sua sede naturale nel ricorso introduttivo del giudizio di separazione. Il nuovo art. 709-*bis* c.p.c. prevede la pronuncia di una sentenza non definitiva qualora il processo debba continuare, tra gli altri, per la richiesta di addebito, da cui deriva la conferma che la richiesta di addebito deve essere da subito precisata nel ricorso iniziale e non successivamente nella memoria integrativa.

Se il ricorso introduttivo può essere limitato all'esposizione dei fatti rilevanti a giustificare la richiesta di separazione, la memoria con la quale il convenuto risponde al ricorrente può analogamente essere circoscritta all'enunciazione delle ragioni per le quali ci si oppone all'altrui domanda. Il deposito della memoria difensiva è una mera facoltà

concessa al convenuto di esplicitare in forma scritta le sue difese e di supportare le stesse, con la documentazione che ritiene opportuna prima dell'udienza presidenziale¹².

Il procedimento è stato ridisciplinato nel senso di rimettere a momento successivo alla fase presidenziale la vera e propria introduzione del giudizio, ove la conciliazione non riesca o i coniugi non convengano di consentire entrambi alla separazione. Ne segue che la vera e propria costituzione del convenuto nel giudizio di separazione è prevista come adempimento successivo all'esaurirsi della fase presidenziale e l'inosservanza del termine di deposito della memoria difensiva, o l'omesso deposito della stessa, non preclude irrimediabilmente al convenuto attività difensive di sorta¹³.

Ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il processo di separazione (come anche ogni procedimento concernente a prole) è esente dal pagamento del contributo unificato. Ai sensi dell'art. 19 della legge 74/87, anche tutti gli atti, i documenti del procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretta ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 898/70, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa.

CONCLUSIONI

"Maxima debetur puero reverentia": è un principio di civiltà giuridica già presente nel mondo romano, troppo spesso disatteso o addirittura

¹² D. MOTTA, *Separazione e divorzio: le nuove norme sui procedimenti*, in *Diritto e Giustizia*, 21 gennaio 2006.

¹³ F. BARTOLINI, R. PASTORE, *op. cit.*, pag. 45.

dimenticato nel corso dei secoli, in concomitanza con l'imbarbarimento dei costumi.

Oggi, paradossalmente, in un momento storico di asserita regressione morale, coinvolgente molti paesi economicamente avanzati, bisogna - viceversa - registrare con motivato ottimismo, in Italia, il recupero dell'attenzione verso i minori in genere ed i fanciulli in particolare, sia attraverso apposite normative ed eventi dedicati all'infanzia, sia tramite il perseguimento del c.d. **sviluppo sostenibile**, rivolto ad assicurare la compatibilità del progresso tecnologico con il rispetto della natura, per la salute ed il benessere reale delle nuove generazioni.

La centralità recuperata del soggetto figlio, non necessariamente "*puer*", ma comunque "minore" finché sia non in grado di conseguire l'autosufficienza economica, non poteva risultare irrilevante nella materia del diritto di famiglia, dove innanzi alla progressiva disgregazione dell'istituzione omonima, o alla mancata costituzione della stessa "*optimo jure*", i figli rimarrebbero i soggetti più deboli ed indifesi, in contesti sovente restii alla cultura della responsabilità genitoriale e familiare.

Ecco allora che nel combinato disposto di norme civilistiche sostanziali e processuali, il legislatore ha inteso opportunamente dettare una disciplina a tutto campo, che nel regolare la sospensione (separazione) o la cessazione definitiva dello *status* coniugale (divorzio), ha creato delle guarentigie miranti a salvaguardare non solo – nei limiti del possibile - l'equilibrio affettivo dei figli di genitori separati (già sposati o meno, con differenti modalità per l'una o l'altra fattispecie), ma anche le condizioni necessarie al loro mantenimento.

Va da sé che siffatte leggi, unitariamente considerate, costituiscono una deroga al diritto comune, né poteva essere altrimenti, in quanto i diritti

che sono disciplinati nella famiglia in senso lato, trascendono gli interessi delle parti e costituiscono norme di ordine pubblico, per cui tutta la materia del diritto di famiglia è, in realtà, transfrontaliera, cioè a cavallo tra il diritto privato e quello pubblico, ancorché sistematicamente inserita nel primo.

Scopo di questo studio in particolare, è stato quello di evidenziare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale intervenuta più recentemente, in stretta connessione con un divenire sociale dei rapporti familiari sempre più complesso e, duole constatarlo, traumatico.

Processo evolutivo, complicato altresì dalla necessità di armonizzare a livello internazionale il problema dei matrimoni misti fra cittadini appartenenti a Stati diversi, magari anche con la disparità del credo religioso.

Tutta la fenomenologia del cessato matrimonio è qui passata in rassegna per sommi capi negli aspetti fondamentali che riguardano - in buona sostanza - gli assetti patrimoniali degli ex coniugi, l'affidamento dei figli (ora congiunto), l'assegnazione della casa già coniugale, la ricerca di una verità sostanziale e non meramente processuale, il nuovo ruolo assegnato al difensore, quello del pubblico ministero nell'interesse superiore dei figli, l'audizione degli stessi, purché - se bambini - dotati di discernimento.

Altre peculiarità processuali evidenziate sono: la possibilità di sentire come testi i parenti, altrimenti esclusi nel processo civile ordinario, gli accertamenti tributari delle capacità reddituali tramite la guardia di Finanza, una maggiore speditezza dell'iter processuale, la stabilità della *res judicata "hic et nunc"*, cioè fintantoché non sopraggiungano nuovi elementi a modifica delle condizioni (per esempio economiche), in base

alle quali è stata emessa la sentenza, con una definitività, se ci è consentita l'apparente assurdit  logico-lessicale.....a termine!

In sintesi, la materia in esame, va ben oltre il mero dettato dei codici, investendo la sfera degli affetti pi  profondi, che anche nel momento del loro venir meno, non possono essere disciplinati come la rescissione di un contratto, ma come il fallimento, magari incolpevole, di una pregressa scelta di vita, con tutta la delicatezza che richiede il certificarne le conseguenze in via giudiziaria.