

Il nuovo procedimento di separazione e divorzio dopo la legge n° 80/2005: la fase successiva all'adozione dei provvedimenti presidenziali

1. Premessa. 2. La questione della vigenza dell'art.23 della legge 6 marzo 1987, n° 74. 3. La fissazione dell'udienza di prima comparizione e trattazione davanti al Giudice Istruttore. 3. 1. La notificazione dell'ordinanza presidenziale. 3. 2. Il coniuge "non comparso". 3.3. Il termine per la notificazione dell'ordinanza presidenziale. 3.4. I termini di comparizione. 4. La costituzione dell'attore. 4.1. La memoria integrativa. 5. La costituzione del convenuto. 5.1. L'avvertimento. 6. La revoca e la modifica dei provvedimenti provvisori. 7. L'udienza davanti all'Istruttore. 8. La sentenza parziale di separazione.

1. Premessa

Tra gli operatori ed i cultori del diritto della famiglia c'era grande attesa per la riforma del procedimento di separazione e di divorzio.

Essa era dovuta alla diffusa insoddisfazione, al limite dell'insofferenza, per l'attuale quadro normativo, che, nonostante la rilevanza e la specialità degli interessi della persona disciplinati, si caratterizza per una scarsa omogeneità e per l'applicazione di istituti processuali poco funzionali alla migliore tutela di quegli interessi.

Ne erano derivate, infatti, variegata e non uniformi prassi applicative, che, sebbene adottate dai diversi Tribunali nel lodevole intento di dare più adeguate risposte giudiziarie alla crisi della famiglia, sacrificavano oltre il sopportabile il valore condiviso della ragionevole "prevedibilità" della decisione, con grave disagio del foro e disorientamento e sconcerto palpabili dei cittadini.

La novella introdotta con il d. l. 14 marzo 2005, n° 35, convertito, con modificazione, dalla legge 14 maggio 2005, n° 80, ha in parte deluso le aspettative.

Sebbene abbia cercato opportunamente di armonizzare le regole del processo di separazione e di quello divorzile, recependo alcune delle prassi "virtuose" elaborate con fatica dalla giurisprudenza più attenta, la riforma ha mantenuto il distinto sistema dei due procedimenti, confermando alcune diversità di non agevole giustificazione: si pensi, ad esempio, alla possibilità, non prevista dal rito della separazione, che il presidente, nella fase del giudizio di divorzio a lui demandata, possa ascoltare - *"qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età"* - i figli minori.

La novella, inoltre, sembra poco organica e crea non pochi, ulteriori problemi interpretativi.

Pare, in ultima analisi, ancora una volta non mantenuta la “promessa” fatta dal legislatore nel 1987, quando, con l’art. 23 della legge n° 74, modificando il processo divorzile, aveva temporaneamente esteso ai procedimenti di separazione, in quanto compatibili, le regole previste dall’art. 4 della legge 1° dicembre 1970, n° 898, come modificate dalla medesima legge, “*Fino all’entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile*”, vale a dire, evidentemente, fino alla definitiva introduzione di una disciplina omogenea dei due giudizi.

Lasciando ad altri l’analisi delle rilevanti criticità interpretative relative alla competenza per territorio, al ricorso ed al suo contenuto, alla notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell’udienza presidenziale, alla memoria difensiva del coniuge convenuto, all’assistenza del difensore, all’udienza presidenziale, alla scarsa attenzione ancora una volta riservata all’ascolto ed alla rappresentanza dei figli, all’ordinanza con la quale vengono dati i provvedimenti provvisori ed urgenti ed alla sua reclamabilità, mi soffermerò sulle problematiche poste dalla nuova disciplina della fase processuale successiva all’adozione dei provvedimenti presidenziali.

2. La questione della vigenza dell’art.23 della legge 6 marzo 1987, n° 74.

Una delle prime questioni interpretative poste dalla legge di riforma è quella della perdurante efficacia del “rimando”, operato dal citato articolo 23.

Ci si è chiesti, in particolare, se la riforma del giudizio di separazione e divorzio, introdotta con la legge n° 80 del 2005, costituisse quel “*nuovo testo del codice di procedura civile*”, alla cui adozione era, per così dire, risolutivamente condizionata l’efficacia della disposizione legislativa in esame.

La questione è rilevante, ad esempio, in ordine alla possibilità di applicare, in virtù del rimando operato dall’art. 23, alle separazioni chieste fino al 31 dicembre 2005 la norma del previgente articolo 4 della legge divorzile, che prevede la modificabilità dei provvedimenti presidenziali anche in assenza di fatti nuovi.

Tenuto poi conto che le innovazioni introdotte dal legislatore del 2005 nel giudizio di separazione riguardano solo la sua fase iniziale davanti al presidente del tribunale ed il suo raccordo con la fase di cognizione, mentre la disciplina prevista dall’art. 4 della legge sul divorzio riguarda anche il grado dell’impugnazione, la questione rileva anche a diversi fini.

Nel caso in cui, infatti, si dovesse ritenere che la novella abbia determinato la fine del regime transitorio previsto dall’art. 23 citato e dunque dell’operatività dell’estensione al

rito della separazione delle regole compatibili del rito divorzile, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che non sia più possibile una sentenza parziale di separazione - a differenza di quella di divorzio - e che l'appello in materia di separazione non possa svolgersi con il rito camerale, previsto invece per l'appello divorzile dal 15° comma del "nuovo" art. 4 l.d..

In attesa di affrontare più avanti tali questioni, ritengo che la risposta da dare all'interrogativo debba essere negativa.

Per un verso, vale la pena di sottolineare come l'identica questione si sia posta all'indomani della riforma del codice di rito operata con la legge n° 353 del 1990 e sia stata risolta negativamente; per altro verso, non può negarsi che una riforma, seppure - nelle intenzioni - organica, quale quella introdotta dalla novella del 2005, sia pur sempre una riforma parziale e non abbia certo creato un *corpus* normativo del tutto nuovo, rispetto a quello del 1940.

Ma anche nel caso in cui si dovesse ritenere che con il riferimento al *nuovo testo del codice di procedura civile* il legislatore del 1987 abbia inteso riferirsi ad una nuova disciplina codicistica del solo processo di separazione tra i coniugi, la già evidenziata parzialità dell'intervento di riforma del rito della separazione esclude che possa ritenersi verificata la condizione risolutiva dell'efficacia dell'estensione prevista dall'art. 23 citato.

Dello stesso avviso, del resto, è stata costantemente la giurisprudenza di legittimità, allorchè, ancora alla fine degli anni novanta, ad esempio, ha ritenuto che *"la disposizione di cui all'art. 4, comma nono, della legge n. 898 del 1970, nella formulazione introdotta dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987, in tema di procedimento di divorzio, secondo la quale il tribunale può emettere sentenza non definitiva, immediatamente appellabile, in ordine alla pronuncia relativa allo "status", con remissione alla sentenza definitiva di ogni altra decisione sui provvedimenti accessori, si rende applicabile anche ai giudizi di separazione personale, in forza del disposto di cui all'art. 23, comma primo della stessa legge"*: Cass., I, 29 novembre 1999, n° 13312; nello stesso senso, tra le tante, da ultimo, Cass., I, 10 marzo 2004, n° 4903, *infra*.

3. La fissazione dell'udienza di prima comparizione e trattazione davanti al G.I..

Dopo aver dato i provvedimenti provvisori ed urgenti, il presidente, ai sensi degli artt. 708, terzo comma, cpc. e 4, 8° comma, l. divorzio, con la stessa ordinanza nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti e trattazione davanti a lui.

L'ordinanza, ai sensi degli artt. 709, primo comma, cpc. e 4, nono comma, l. d., andrà notificata a cura dell'attore al coniuge convenuto non comparso, nel termine all'uopo fissato dal presidente.

3. 1. La notificazione dell'ordinanza presidenziale.

L'obbligo di notificazione dell'ordinanza presidenziale prevista dall'art. 708 cpc. al coniuge non comparso, sancito dall'art. 709 cpc., era ritenuto dalla giurisprudenza prevalente implicitamente abrogato dopo la modifica dell'art. 4 della legge 1.12.1970 n. 898, operata dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74, che tale obbligo non prevedeva più.

L'art. 23, primo comma, di tale legge, infatti, disponeva che *“Fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione personale dei coniugi si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'articolo 8 della presente legge”*.

La novella ha ripristinato detto obbligo, reintroducendolo all'art. 4, nono comma, della legge sul divorzio e facendo dunque rivivere, attraverso lo strumento del citato art. 23, quello previsto nel giudizio di separazione, cosicché per il futuro non potrà dubitarsi della vigenza di detto obbligo in materia di separazione.

La novità normativa appare condivisibile, essendo rispettosa del principio costituzionale di tutela del contraddittorio (art. 111, 2° comma, *Cost.*) e coerente con la riaffermata natura bifasica del procedimento di separazione e divorzio.

Essa implica, sul piano pratico, che il presidente, allorchè, ad esito dell'udienza finalizzata all'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, adotterà l'ordinanza di fissazione dell'udienza davanti all'istruttore, dovrà assegnare al ricorrente per la notificazione di essa un termine, che tenga conto della necessità che tra la data ultima di notificazione dell'ordinanza e quella dell'udienza ex art. 183 cpc. intercorra il termine minimo di comparizione, previsto dall'art. 163 *bis* cpc..

Sul piano sostanziale, certo più importante, deve rilevarsi che poiché la novella ha ripristinato, al nono comma dell'art. 4 della legge n° 898/70, il citato obbligo di notificazione, ed ha poi previsto coerentemente l'assegnazione dei termini di comparizione ed infine, con il comma 10°, ha imposto al presidente di assegnare al ricorrente e al convenuto - anche se comparso, giacché il terzo comma dell'art. 709 cpc. fa riferimento al convenuto *tout court* - un duplice termine per il deposito, rispettivamente, di memoria integrativa, dal contenuto analogo alla citazione, e di comparsa di costituzione e risposta, si è per tale via affermata in modo netto la natura bifasica dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Vi è, infatti, chiara separazione tra una prima fase - di cui viene mantenuta la natura contenziosa ¹ - davanti al presidente, finalizzata all'adozione dei provvedimenti provvisori, ed una seconda fase propriamente contenziosa, davanti al giudice istruttore, in cui trovano applicazione, secondo le esplicite, inequivoche e coordinate disposizioni dei nuovi art. 709 *bis* cpc. e 4, undicesimo comma, della legge sul divorzio, le regole del processo ordinario, codificate dai novellati artt. 180, 183, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7 ² e 184 cpc..

E' stato così definitivamente sconfessato il "rito ambrosiano" e si è posto fine all'oscillazione della giurisprudenza, che tuttavia, in prevalenza, aveva con chiarezza già negato - come fatto da Cass., 10 marzo 2004, n. 4903 ³ - la possibilità di

¹ Cfr. Cass., S.U., 22 agosto 1972, n° 2698, secondo cui "il procedimento di separazione personale fra coniugi ha natura giurisdizionale ed il provvedimento emanato dal presidente del tribunale ai sensi dell'art 708 cod proc civ, e un atto di giurisdizione contenziosa e non di volontaria giurisdizione. Pertanto, il decreto con il quale viene fissata l'udienza di comparizione dei coniugi dinanzi al presidente, nella quale sarà pronunziato il suddetto provvedimento, costituisce atto di un procedimento giurisdizionale, nel corso del quale può essere proposto il ricorso preventivo di giurisdizione".

² Si noti come non sia stato, opportunamente, richiamato il terzo comma dell'art. 183 cpc. - che prevede, su richiesta congiunta delle parti, il rinvio all'udienza ex art. 185 cpc. per la comparizione delle parti ed il loro interrogatorio libero - giacché le parti sono già comparse davanti al presidente.

³ La sentenza ha affermato che "all'esito delle modifiche apportate, all'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987 (applicabili anche in tema di separazione giudiziale dei coniugi, in virtù e nei limiti della disposizione di cui all'art. 23), alla natura fin dall'origine contenziosa dei procedimenti di separazione giudiziale e di scioglimento del matrimonio non si accompagna la caratterizzabilità dell'udienza presidenziale di comparizione dei coniugi in termini corrispondenti (nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione) a quelli dell'udienza prevista dall'art. 180 cod. proc. civ.; con la conseguenza, fra l'altro, che, a tutti i fini che concernono i termini per la costituzione del coniuge convenuto e quelli di decadenza dello stesso per la formulazione delle domande riconvenzionali ivi compresa quella di riconoscimento dell'assegno divorzile - quale udienza di prima comparizione, rilevante ai sensi dell'art. 180 CPC e degli artt. 166 e 167 CPC, deve intendersi esclusivamente quella innanzi al giudice istruttore nominato all'esito della fase presidenziale. Né - manifestamente - siffatta interpretazione del quadro normativo, determinatosi a seguito dell'abrogazione della previsione della notifica dell'ordinanza conclusiva della fase presidenziale, può dirsi contrastante con gli artt. 24 e 3 Cost., atteso che la necessità di eventuali ulteriori avvertimenti, durante lo svolgimento del giudizio, in relazione al verificarsi di determinate circostanze, non può valere ad individuare il contenuto del diritto di difesa costituzionalmente garantito, e che non è neppure ipotizzabile una disparità di trattamento rispetto ai convenuti nei giudizi di rito ordinario, considerata la specialità del procedimento di divorzio (e di separazione giudiziale) evidenziata proprio dalla peculiarità della fase introduttiva"; cfr., anche Cass., I, 25 luglio 2002, n° 10914, del seguente tenore: "All'esito delle modifiche apportate, all'art. 4 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74 (applicabili anche in tema di separazione giudiziale dei coniugi, in virtù e nei limiti della disposizione di cui all'art. 23), così nei giudizi introdotti prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate alla disciplina del processo civile di cognizione dalla legge 26 novembre 1990, n. 353 e successive modificazioni, come nei giudizi introdotti successivamente ad esse, alla natura fin dall'origine contenziosa dei procedimenti di separazione giudiziale dei coniugi o di scioglimento del matrimonio, non si accompagna la caratterizzabilità della stessa udienza Presidenziale di comparizione dei coniugi, in termini corrispondenti (nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione) a quelli dell'udienza prevista dall'art. 180 cod. proc. civ.; ciò in quanto, anche in un tal caso, la fase Presidenziale si rivela successivamente indirizzata soltanto all'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti ed alla nomina del giudice istruttore, con relativa fissazione dell'udienza di comparizione innanzi a lui. Da ciò consegue, fra l'altro, che, a tutti i fini che concernono i termini per la costituzione del coniuge convenuto e quelli di decadenza dello stesso per la formulazione delle domande riconvenzionali, quale udienza di prima comparizione rilevante ai sensi dell'art. 180 cod. proc. civ. e degli artt. 166 e 167 cod. proc. civ., debba intendersi esclusivamente quella innanzi al G.I. nominato all'esito della fase Presidenziale".

caratterizzare la fase presidenziale dei procedimenti di separazione e scioglimento del matrimonio come fase contenziosa parificabile a quella di prima comparizione, spostando all'udienza innanzi al Giudice Istruttore il riferimento dei termini per la costituzione del coniuge convenuto e di decadenza delle domande riconvenzionali.

Credo che si possa concordare sulla positività di tale aspetto dell'intervento riformatore.

3. 2. Il coniuge "non comparso".

L'art. 709 cpc., quindi, pone a carico del coniuge ricorrente l'obbligo di notificare l'ordinanza presidenziale di fissazione dell'udienza davanti al giudice istruttore al coniuge convenuto "non comparso".

Ma in quale caso si deve ritenere non comparso il convenuto?

Preso atto, infatti, della significativa ed opportuna codificazione del principio, di derivazione giurisprudenziale ⁴, secondo il quale "i coniugi debbono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore" (art. 707 cpc.) e posto che la costituzione del convenuto sia prevista davanti al giudice istruttore, dopo il deposito da parte del ricorrente della memoria integrativa, è evidente che mancata comparizione davanti al presidente non possa essere sinonimo di mancata costituzione, prevista davanti all'istruttore.

Premesso, poi, che la disciplina del processo civile non prevede la possibilità della nomina di un difensore d'ufficio a chi non ne sia munito e ritenendo che l'ascolto del coniuge presentatosi senza il difensore non possa essere negato - essendo il presidente tenuto in ogni caso a tentare, in primo luogo, senza differimenti irragionevoli e per nulla compatibili con la doverosa celerità del processo, la riconciliazione dei coniugi ed apparendo poco comprensibile il conseguente differimento dei suoi provvedimenti oggettivamente urgenti -, ci si è chiesti se il coniuge convenuto debba ritenersi o meno *comparso*, a seconda che egli sia o meno *assistito* dal difensore.

In altri termini, si è posto il problema se il coniuge convenuto, che si presenti da solo davanti al presidente, debba ritenersi "comparso".

Credo che alla questione si debba dare risposta negativa.

In passato, la giurisprudenza aveva, tuttavia, ritenuto che " ...nel procedimento di separazione personale la fase presidenziale, essendo preordinata all'esperimento del tentativo di conciliazione, resta fuori del giudizio contenzioso di separazione che ha inizio con la rimessione delle parti dinanzi al giudice istruttore e che può anche non aver luogo quando il giudizio di conciliazione abbia sortito esito positivo": Cass., I, 3 dicembre 1996, n° 10780.

⁴ Cfr. Corte Cost., 30 giugno 1971, n° 151, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 707 e 708 ("vecchio" testo) nella parte in cui impedivano ai coniugi compararsi personalmente davanti al presidente e non riconciliatesi, di farsi assistere dai rispettivi difensori.

Sebbene, infatti, egli sia stato fisicamente presente all'udienza, dev'essere salvaguardata la funzione di garanzia del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, chiaramente posta a base della nuova previsione di obbligatorietà dell'assistenza del difensore sin dalla fase presidenziale.

Tale garanzia può essere ugualmente assicurata, considerando non comparso il coniuge che si presenti davanti al presidente senza l'assistenza del difensore e prevedendo, di conseguenza, che anche a lui vada notificata ex art. 709, primo comma, cpc., l'ordinanza presidenziale di fissazione dell'udienza davanti all'istruttore.

Risulteranno così temperate la possibilità - da molti ancora avvertita come esigenza e valutata positivamente, stante la natura personale degli interessi in gioco - di consentire alle parti di presentarsi davanti al presidente da sole e la doverosa protezione del diritto di difesa del coniuge "sprovveduto".

Va da sé che la questione sia del tutto mal posta per chi ritenga che l'art. 707, primo comma, cpc. imponga, sempre e comunque, la presenza del difensore, con la conseguenza che, in tale ottica, il coniuge presentatosi senza difensore potrebbe soltanto assistere in silenzio all'udienza o dovrebbe, addirittura, esserne allontanato.

Tale opzione interpretativa eliminerebbe in radice le criticità di quella che precede, consistenti principalmente nella possibilità di adozione di provvedimenti presidenziali assunti sulla base di dichiarazioni, anche sfavorevoli per sé, rese dal coniuge senza la presenza del proprio difensore e di attribuzione di efficacia a dichiarazioni rese senza la garanzia del contraddittorio.

In realtà, tuttavia, una lettura dell'art. 707 cpc. che tenga conto della particolarità e della specialità del rito della famiglia, potrebbe portare ad attribuire alla norma una portata meno profonda, anche se ugualmente significativa ed opportuna, ed a ritenere che essa si limiti a consentire, e non anche ad imporre, la presenza del difensore nella fase iniziale del procedimento, presenza che in precedenza era vietata e che l'intervento della Corte Costituzionale del 1971 ha consentito nella seconda fase dell'udienza presidenziale, diretta all'acquisizione di elementi per l'adozione dei provvedimenti provvisori ed urgenti.

3.3. Il termine per la notificazione dell'ordinanza presidenziale.

Come rilevato, l'ordinanza di fissazione dell'udienza di comparizione davanti al G.I. deve essere notificata a cura dell'attore al convenuto non comparso: art. 709, primo comma, cpc. ed art. 4, comma 9, legge n° 898/70.

E' prevista la comunicazione al P.M..

E' prevista la perentorietà del termine per la notificazione dell'ordinanza ex art. 709 cpc. adottata in sede di giudizio di separazione, ma non anche del termine di cui al citato comma 9 dell'art. 4 legge divorzio.

Quale significato attribuire a tale diversità di disciplina?

Va, infatti, tenuto presente che l'art. 4, comma 7, nella sua formulazione precedente alla modifica introdotta dalla legge n° 4 del 1987, prevedeva la perentorietà del termine di tale notificazione.

Ritengo che si sia trattato di un'inopportuna svista.

Se è vero, infatti, che attraverso la previsione del termine per la notificazione, il legislatore, per via della più volte richiamata particolarità degli interessi in gioco, ha verosimilmente voluto rimettere all'autorevolezza del presidente la gestione dei tempi del procedimento, in vista dell'eliminazione dei rischi connessi al mancato rispetto dei termini di comparizione, tale esigenza sarebbe stata meglio tutelata dalla previsione della perentorietà del termine.

Il termine assegnato dal presidente ai sensi della normativa divorzile non avrà, dunque, natura perentoria.

Né potrà, ovviamente, essere il presidente a conferirgli espressamente tale natura.

La giurisprudenza, infatti, ha escluso tale possibilità, rilevando che *"Con la nuova disciplina del processo di divorzio introdotta con l'art. 8 della legge 6 marzo 1987 n. 74, che ha sostituito l'art. 4 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, è stato abrogato il potere del presidente del tribunale di assegnare un termine perentorio all'attore per notificare al convenuto la fissazione dell'udienza di comparizione davanti al giudice istruttore, con la conseguenza che l'eventuale assegnazione di tale termine risulta irrilevante (nella specie, non essendo stato notificato alla convenuta, non comparsa all'udienza presidenziale, il verbale di tale udienza entro il termine perentorio fissato dal presidente, l'attore aveva ottenuto dal giudice istruttore la fissazione di un nuovo termine)"*: Cass., I, 28 ottobre 1995, n° 11315.

Ci si è, in ogni caso, chiesti cosa avvenga nel caso in cui il termine per il deposito non venga rispettato dal ricorrente, anche a seguito di scelta volontaria o "furba".

La questione è apparsa di rilievo poiché, in ipotesi, il ricorrente "beneficiario" da provvedimenti presidenziali a lui favorevoli, potrebbe non notificare l'ordinanza, così sfruttando l'ultrattività ex art. 189 disp. att. cpc. dell'efficacia dei provvedimenti presidenziali in caso di estinzione del giudizio, teoricamente conseguente ex art. 307, terzo comma, cpc. alla inattività del ricorrente medesimo.

Due sono state le soluzioni proposte.

Da una parte, si è sostenuta l'estinzione del giudizio connessa all'inattività delle parti, con l'accennata ultrattività dei provvedimenti del presidente.

Tale soluzione, tuttavia, non è sembrata appagante.

A parte, infatti, il rilievo che la mera omessa notificazione di un atto del processo non pare costituire alcuna delle condotte omissive, alle quali l'art. 307 cpc. riconnette l'effetto estintivo del giudizio, si è osservato che in tal modo la sanzione scontata dal ricorrente inattivo sarebbe solo apparente, giacché egli trarrebbe addirittura vantaggio dalla sua stessa inattività.

Ciò comporterebbe, forse, la stessa illegittimità costituzionale della norma in rapporto all'art. 3 della Costituzione, per irragionevole disparità di trattamento delle parti.

Si è quindi, dall'altra parte, argomentato che l'inattività del ricorrente potrebbe essere valutata alla stregua di una sua rinuncia al ricorso, rilevante ai sensi dell'art. 707, secondo comma, cpc., con la conseguente inefficacia della domanda e dunque dei provvedimenti presidenziali adottati nell'ambito del giudizio, avviato a seguito della domanda giudicata inefficace.

Del resto, non utilmente percorribile sarebbe la via del ricorso alla regola generale prevista dall'art. 292 cpc., giacché il convenuto non comparso non sarebbe - lo si è già rilevato - parificabile al contumace.

E ove anche si ritenesse possibile un intervento del giudice istruttore ai sensi dell'art. 291 cpc. - superando lo scoglio di una notificazione del tutto inesistente e non meramente viziata - e si ritenesse percorribile la via della fissazione al ricorrente inattivo di un termine per "rinnovare" la notificazione, tale soluzione sarebbe poco rispettosa del principio di celerità del giudizio in materia di famiglia, che sembra posto alla base della novella.

La questione merita ulteriori riflessioni.

Quid iuris in caso di mancata indicazione, da parte del presidente, del termine perentorio previsto in materia di separazione dall'art. 709 cpc.?

Credo che tale mancanza non avrà alcun effetto invalidante, a condizione che tra la data di concreta notificazione e quella di comparizione davanti all'istruttore intercorrano i termini previsti dall'art. 163 *bis* cpc., secondo la previsione introdotta con la nuova stesura degli artt. 709 e 4 citati.

Del resto, sotto il vigore dell'originaria disciplina divorzile, Cass., I, 29 aprile 1980, n° 2844, aveva affermato che *"nel procedimento di separazione personale dei coniugi, la circostanza che l'ordinanza presidenziale, la quale fissa la comparizione delle parti davanti all'istruttore, non assegni un termine perentorio per la sua notificazione al convenuto non comparso, non spiega alcun effetto invalidante, qualora...quella notificazione risulti comunque effettuata in un tempo concretamente idoneo a porre il convenuto in condizione di costituirsi e di far valere le proprie ragioni in documento."*

3.4. I termini di comparizione.

Secondo il dettato degli artt. 709, terzo comma, cpc. e 4, nono comma, l.d., tra la data dell'ordinanza presidenziale e quella dell'udienza di comparizione e trattazione davanti all'istruttore devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 *bis* cpc. ridotti a metà e, pertanto, almeno trenta giorni (ora 45 gg. dopo la modifica dell'art. 163 *bis*, introdotta dall'art. 2, comma primo, lettera g) della legge 28.12.2005 n. 263) liberi, se la notificazione deve avvenire in Italia, ed almeno sessanta giorni (ora 75 gg.) liberi, se la notificazione dev'essere effettuata all'estero.

E' possibile l'ulteriore abbreviazione dei termini?

Ritengo di sì, non essendovi ragioni ostative all'applicazione dei principi fissati in via generale dall'art. 163 *bis*, secondo comma, cpc..

Sarà dunque possibile l'ulteriore dimidiazione dei termini, con decreto presidenziale motivato, su istanza del ricorrente, in caso di particolari esigenze che rendano necessaria una pronta trattazione.

L'abbreviazione sarà comunque possibile anche d'ufficio.

Secondo Cassazione sez. 1 sent. 2223 del 14/04/1982, infatti, *"nel procedimento di divorzio, nella fissazione del termine per la notificazione dell'ordinanza con la quale il presidente fissa l'udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore a norma dell'art. 4 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, il presidente del tribunale deve rispettare i termini minimi fissati dall'art. 163 bis cod. proc. civ., ma tali termini possono essere abbreviati anche d'ufficio fino alla metà, quando la causa richieda pronta spedizione"*.

Non è superfluo, con l'occasione, rammentare che, ai sensi dell'art. 92 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n° 12), durante il periodo feriale dei magistrati il presidente del Tribunale potrebbe dichiarare, con decreto non impugnabile, l'urgenza della trattazione del ricorso, nel caso in cui dovesse ritenere il ritardo gravemente pregiudizievole per le parti (ad esempio, nel caso in cui dovesse essere evidenziato il timore di grave pregiudizio per i figli minorenni).

4. La costituzione dell'attore.

La costituzione dell'attore si perfeziona con il deposito del ricorso, che deve indicare, seppure in non in dettaglio, la domanda ed i fatti funzionali all'adozione dei provvedimenti presidenziali provvisori ed urgenti; il ricorso per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio deve contenere anche gli elementi di diritto su cui si fonda.

La domanda, dopo l'udienza presidenziale, potrà essere meglio specificata attraverso la memoria integrativa.

4.1. La memoria integrativa.

Secondo gli artt. 709, 3° comma, cpc. e 4, 10° comma, legge divorzio, con l'ordinanza che conclude l'udienza per i provvedimenti temporanei ed urgenti, il presidente assegna al ricorrente termine - non meglio qualificato - per il deposito in cancelleria di memoria integrativa.

Una prima, forse banale osservazione.

L'uso dell'aggettivo "integrativa" dovrebbe eliminare ogni residuo dubbio circa il fatto che la costituzione del ricorrente avvenga con il deposito del ricorso: la memoria non può essere *integrativa* d'altro, se non del ricorso.

Va poi rimarcato come tale memoria debba avere sostanzialmente il contenuto dell'atto di citazione (art. 163, terzo comma, numeri 2, 3, 4, 5 e 6) ⁵.

La cosa non è incompatibile con quanto appena affermato in ordine alla preminenza del ricorso e si spiega agevolmente con il fatto che l'integrazione della domanda dev'essere

⁵ Art. 163. (Contenuto della citazione).

Omissis

L'atto di citazione deve contenere (164):

- 1) l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta;
- 2) il nome, il cognome e la residenza dell'attore, il nome, il cognome (6 c.c.), la residenza o il domicilio (43 c.c.) o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono (75 ss.).
omissis;
- 3) la determinazione della cosa oggetto della domanda;
- 4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;
- 5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova (244 ss.) dei quali l'attore intende valersi (115) e in particolare dei documenti (2669 ss. c.c.) che offre in comunicazione (183, 184);
- 6) il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura (83), qualora questa sia già stata rilasciata (1252);
omissis.

ritualmente portata a conoscenza del convenuto, in ossequio all'ineludibile ed in nessun modo comprimibile esercizio del diritto di difesa, nel pieno contraddittorio tra le parti.

Ci si è chiesti: la memoria integrativa può contenere una domanda nuova?

La questione si è posta, in particolare, in ordine alla domanda di addebito, che la giurisprudenza ha più volte qualificato come domanda nuova ⁶, e che il ricorrente può non avere interesse a "spendere" in ricorso, per non escludere a priori una soluzione consensuale della crisi della sua famiglia.

Alla questione può essere data risposta positiva, rilevando che la domanda nuova è comunque ammissibile in memoria integrativa per via del fatto che il legislatore stesso ha consentito una riformulazione della *vocatio in jus* o, quanto meno, ha costruito la *vocatio* come una chiamata a formazione progressiva.

Ovviamente, la stessa domanda non potrebbe essere proposta in udienza ex art. 183 cpc., nella quale sono ammissibili solo precisazioni o modificazioni della domanda già formulata.

Si è posta, poi, la questione della natura del termine per il deposito della memoria integrativa, fissato dal presidente: perentorio o meramente ordinatorio?

E' da ritenere che il termine per il deposito della memoria integrativa, benché non espressamente qualificato perentorio, in realtà sia tale.

Ciò si evince dal sistema delle preclusioni, connesse anche alla nuova struttura degli artt. 180,183 e 184 cpc., applicabili - secondo l'art. 709 bis cpc. e 4, 11° comma, l.d. - anche al rito della famiglia, e dall'inevitabile parallelismo con l'analogo termine assegnato al convenuto, la cui inosservanza comporta - per espressa previsione degli artt. 709 cpc. e 4 l.d. - la decadenza di cui all'art. 167 cpc. ⁷.

⁶ "Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la richiesta di addebito, pur essendo proponibile solo nell'ambito del giudizio di separazione, ha natura di domanda autonoma; infatti, la stessa presuppone l'iniziativa di parte, soggiace alle regole e alle preclusioni stabilite per le domande, ha una "causa petendi" (la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio in rapporto causale con le ragioni giustificatrici della separazione, intollerabilità della convivenza o dannosità per la prole) ed un "petitum" (statuizione destinata a incidere sui rapporti patrimoniali con la perdita del diritto al mantenimento e della qualità di erede riservatario e di erede legittimo) distinti da quelli della domanda di separazione; pertanto, in carenza di ragioni sistematiche contrarie e di norme derogative dell'art. 329, secondo comma cod. proc. civ., l'impugnazione proposta con esclusivo riferimento all'addebito contro la sentenza che abbia pronunciato la separazione ed al contempo ne abbia dichiarato l'addebitabilità, implica il passaggio in giudicato del capo sulla separazione, rendendo esperibile l'azione di divorzio pur in pendenza di detta impugnazione": Cass., S.U., 4 dicembre 2001, n° 15279; conf. Cass., S.U., 3 dicembre 2001, n° 15248.

⁷ Vale la pena di ricordare come la giurisprudenza abbia più volte ritenuto la perentorietà di un termine, pur in assenza di una espressa previsione di legge, tutte le volte in cui essa sia desumibile dal sistema o dalla funzione che il termine abbia in concreto. Infatti:

La perentorietà del termine è poi necessaria, per consentire al convenuto – a cui la memoria non dev'essere notificata – di prenderne conoscenza prima della propria costituzione.

Di nessun valore è il richiamo al n° 2 del terzo comma dell'art. 163 cpc., vale a dire alle generalità del convenuto, dal momento che a costui è già stato notificato il ricorso introduttivo.

Tale richiamo sembra una svista del legislatore.

Più interessante, seppure problematico, è il richiamo al numero 6 dell'art. 163 cpc..

La necessità che la memoria integrativa contenga *“il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia già stata rilasciata”*, potrebbe indurre a ritenere possibile che, fino al momento della presentazione della predetta memoria, la procura non sia stata rilasciata e che, pertanto, essa possa essere rilasciata successivamente al deposito del ricorso e depositata con la memoria integrativa.

Non credo che sia l'interpretazione esatta.

Credo invece che il ricorso debba essere sottoscritto dal difensore munito di procura, secondo la regola codificata dagli artt. 82 e 125 cpc. e che, in altri termini, la procura debba essere già stata rilasciata al momento del deposito del ricorso.

“Sebbene l'art. 152 cod. proc. civ. disponga che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che questa li dichiari espressamente perentori, non si può da tale norma dedurre che, ove manchi un'esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine; nulla vieta infatti di indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba esser rigorosamente osservato, e sia quindi perentorio...”: Cass., I, 6 giugno 1997, n°5074.

“In tema di procedimento disciplinare a carico dei notai, il termine di otto giorni per proporre appello dinanzi al Tribunale civile avverso il provvedimento disciplinare adottato dal Consiglio dell'Ordine notarile deve ritenersi perentorio anche in difetto di una espressa previsione di legge in tal senso, in quanto la perentorietà di tutti i termini per proporre impugnazione discende dal sistema e dall'esigenza di coerenza logica dello stesso, rispondendo alla fondamentale esigenza di certezza che le pronunce giudiziarie acquistino efficacia di giudicato se non impugunate entro un termine determinato”: Cass., III, 5 marzo 2004, n° 4530.

“In tema di contenzioso tributario, il termine previsto dall'art. 32 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 per il deposito di memorie e documenti (applicabile anche al giudizio di appello in virtù dell'art. 58, secondo comma, D.Lg.vo cit.) deve ritenersi perentorio, pur non essendo dichiarato tale dalla legge, in quanto diretto a tutelare il diritto di difesa della controparte ed a realizzare il necessario contraddittorio tra le parti e tra queste ed il giudice...”: Cass., V, 30 gennaio 2004, n° 1771; *conf.* Cass., 9 gennaio 2004, n° 138.

Secondo Cassazione, I, 4 febbraio 1999, n° 972, infatti, *“la disposizione di cui all'art. 125, secondo comma, CPC (che prevede la possibilità che la procura al difensore dell'attore possa essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata) non é applicabile ai procedimenti promossi mediante ricorso in quanto, in tale ipotesi, la costituzione della parte rappresentata coincide con il deposito del ricorso in cancelleria, con la conseguenza che l'eventuale mancanza della procura al momento del deposito stesso comporta l'inesistenza dell'atto introduttivo (per mancanza di un presupposto indispensabile per la valida instaurazione del rapporto processuale), mentre, tutte le volte in cui il giudizio risulti introdotto mediante ricorso con procura rilasciata a margine o in calce, ma priva della data del suo conferimento, nessuna sanzione di inesistenza e' legittimamente predicabile, dovendosi necessariamente presumere la coincidenza della data di conferimento dell'atto "de quo" con quella del deposito del ricorso.”*⁸

Non va poi dimenticato che la memoria integrativa non sia nel novero degli atti destinati a contenere la procura, secondo l'art. 125 cpc..

Tali argomentazioni, inoltre, confermano nel convincimento che la memoria integrativa non possa essere ritenuto atto di costituzione del ricorrente.

Ci si è chiesti se il richiamo, operato dalle nuove norme procedurali in materia di separazione e divorzio alle regole generali di cui agli artt. 163, 163 bis, 166 e 167 cpc. per la costituzione delle parti, comporti anche l'applicabilità della regola generale sulla nullità della citazione.

Se la memoria integrativa, ad esempio, non contenesse o contenesse in modo insufficiente le indicazioni relative alle generalità del coniuge convenuto, sarebbe nulla ai sensi dell'art. 164 cpc.?

Io credo di no.

Non solo, infatti, vale il principio generale codificato dall'art. 156, primo comma, cpc. della tipicità delle nullità (*“Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di norme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge”*), ma credo anche che una

⁸ Cfr. altresì Cassazione, L, 14 luglio 2001, n° 9596, secondo cui *“Il rilascio della procura alle liti, previsto dall'art. 163 n. 6 CPC ...é presupposto per la valida costituzione del rapporto processuale e requisito essenziale dell'atto introduttivo del giudizio. Pertanto la mancanza di detto requisito comporta l'inesistenza giuridica dell'atto, la quale non può ritenersi sanata dal rilascio della procura da parte dell'interessato in un momento successivo al deposito dell'atto stesso, atteso che nel processo del lavoro non trova applicazione la disposizione dell'art. 125, comma secondo, cod. proc. civ. -secondo la quale la procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notifica dell'atto di citazione, purché anteriore alla costituzione della parte rappresentata - realizzandosi la costituzione nel giudizio (di primo come di secondo grado) mediante il deposito in cancelleria del ricorso (o, per il convenuto, della memoria difensiva). L'originario difetto di procura non é poi emendabile a norma dell'art. 182 CPC, atteso che la regolarizzazione può avere efficacia "ex tunc" solo fatti salvi i diritti anteriormente quesiti, compresi quelli che si ricollegano alla scadenza del termine di costituzione.”*

memoria integrativa contenente il citato “difetto”, facendo seguito alla notificazione del ricorso introduttivo, raggiungerebbe certamente il suo scopo, con la conseguente operatività del terzo comma del citato articolo 156 cpc..

Non potrebbero comportare nullità ex art. 164 cpc. neppure la mancanza dell’indicazione della data dell’udienza di comparizione, l’assegnazione di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall’art. 163 bis cpc. o la stessa mancanza dell’avvertimento previsto dagli artt. 709, terzo comma, cpc. e 4, decimo comma, l.d., giacché tali carenze affliggerebbero addirittura l’ordinanza presidenziale e dunque non un atto di parte, per la quale non è prevista espressamente alcuna sanzione di nullità.

Ciò detto, non si può chiudere questo sommario esame della disciplina della memoria integrativa, contenente – come accennato – una *vocatio* in giudizio avente ad oggetto anche domande meglio precisate (se non, addirittura, nuove), senza sottolineare come la nuova normativa, nonostante l’indicato pregnante contenuto dell’atto, non ne abbia previsto la notificazione al coniuge convenuto, limitandosi a prevederne il mero deposito in cancelleria.

E’ dunque opportuno valutare le implicazioni di tale scelta del legislatore, occupandoci della costituzione del convenuto.

5. La costituzione del convenuto.

Con l’ordinanza ex artt. 709, terzo comma, cpc. e 4, decimo comma, l.d., il presidente deve assegnare al convenuto il termine per la costituzione in giudizio ai sensi degli artt. 166 e 167, primo e secondo comma, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio ⁹.

⁹ Art. 166. (Costituzione del convenuto).

Il convenuto deve costituirsi (171, 291, 319) a mezzo del procuratore, o personalmente nei casi consentiti dalla legge (82, 86), almeno venti giorni prima dell’udienza di comparizione fissata nell’atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell’art. 163 bis, ovvero almeno venti giorni prima dell’udienza fissata a norma dell’art. 168 bis, quinto comma (2), depositando in cancelleria il proprio fascicolo (38, 72, 74, 76 att.) contenente la comparsa di cui all’art. 167 con la copia della citazione notificata (163), la procura (83) e i documenti che offre in comunicazione (343; 87 att.).

Art. 167. (Comparsa di risposta).

Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese [38², 215] prendendo posizione sui fatti posti dall’attore a fondamento della domanda [163], indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione [184], formulare le conclusioni [183, 189].

A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali **e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio**. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l’oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità [156, 180], fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione [164⁵].

Omissis.

Balza subito evidente quella che sembra una tautologia, dovuta ad un difetto di coordinamento, giacché il nuovo testo del secondo comma dell'art. 167 cpc. già prevede - superando il defatigante meccanismo previsto dal "vecchio" art. 180, secondo comma, cpc. - l'onere per il convenuto di proporre in comparsa di risposta le eventuali eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Ma, al di là di questo, la segnalata anomalia di una chiamata in giudizio non notificata alla controparte fa sì che ci si chieda se un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 709, 3° comma, cpc. non debba indurre il presidente a fissare, nella sua ordinanza, un termine per la notifica della memoria integrativa al convenuto.

La soluzione, tuttavia, al di là del lodevole intento, non pare praticabile.

Il termine a comparire, infatti, decorre dalla data di notificazione dell'ordinanza presidenziale e tale decorrenza non potrebbe essere fatta decorrere dal diverso e successivo termine di notificazione della memoria integrativa fissato dal presidente, se non a seguito di interpretazione veramente "creativa".

Senza rilevare che bisognerebbe ipotizzare anche una perentorietà del termine di "creazione" presidenziale e desumerne, in caso di inosservanza, le necessarie conseguenze.

Preso atto, allora, dell'impossibilità di fissare un non previsto termine per la notificazione alla controparte della memoria integrativa, l'esigenza che il convenuto venga a conoscenza, prima della propria costituzione in giudizio, del contenuto della memoria integrativa potrebbe essere salvaguardata, se il presidente inserisse nella sua ordinanza un (ulteriore e non codificato) avvertimento per il convenuto, informandolo che entro il termine fissato nella stessa ordinanza il ricorrente può depositare una memoria integrativa, contenente quantomeno una precisazione della domanda; il dovere di collaborazione che incombe su ciascuna parte processuale dovrà indurre il convenuto ad accertarsi in cancelleria se la memoria sia stata depositata nel termine assegnato ed estrarne copia; perché il sistema sia proficuo, occorrerà, ovviamente, che il termine per la notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto (da cui decorre il termine di comparizione) sia fissato in data successiva al diverso termine - che anche per tale ragione, quindi, dev'essere ritenuto perentorio - dato al ricorrente per il deposito della memoria integrativa.

5.1. L'avvertimento.

Con la sua ordinanza il presidente, nel fissare l'udienza davanti all'istruttore, oltre ad assegnare al convenuto il termine per la sua costituzione in giudizio, deve dargli lo stesso avvertimento che, nel rito ordinario, l'attore è tenuto a dare ai sensi dell'art. 163,

n° 7, cpc., vale a dire l'avvertimento che "la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167...e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio".

Si è in precedenza accennato alla ripetizione del riferimento al regime delle eccezioni, già contenuto nel nuovo testo dell'art. 167 cpc.

Qual è il significato di questa ulteriore ripetizione?

Essa manifesta forse l'esigenza, avvertita dal legislatore, di rimarcare la necessità che l'avvertimento non sia solo un adempimento formale, ma abbia la funzione, sostanziale, di favorire l'effettiva e concreta conoscenza, da parte del convenuto sprovvisto di cognizioni processuali, delle conseguenze maggiormente negative per lui derivanti da una tardiva costituzione, in un giudizio avente ad oggetto suoi interessi personalissimi¹⁰.

¹⁰ Secondo Cass. sez. 1 sent. 13652 del 22/07/2004 "In tema di nullità della citazione, la mancata, completa indicazione, da parte dell'attore, del giorno dell'udienza di comparizione con il contestuale invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 giorni prima dell'udienza ed a comparire dinanzi al giudice designato ex art.168 bis con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini comporta le decadenze di cui all'art.167, implica la nullità della citazione medesima, non potendosi ritenere sufficiente, all'esito della nuova formulazione del ricordato art.163 c.p.c., il mero, generico rinvio ai termini di cui all'art. 166, necessario essendo, per converso, al fine di non depotenziare sensibilmente la funzione garantistica della norma, l'esplicita quantificazione di tali termini, onde, per potersi ritenere adempiuto l'onere corrispondente, l'avvertimento dovrà contenere anche la sostanza, se non la forma, dell'invito." In effetti, "nel quadro delle novità apportate dal legislatore del 1990 alla disciplina relativa alla fase introduttiva del processo civile ordinario, particolare rilievo assume, circa le modalità della vocatio in ius, la norma di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c., la quale figura introdotta, allo scopo di favorire l'effettiva conoscenza, da parte del convenuto sprovvisto di cognizioni processuali, delle conseguenze negative che gli deriverebbero, in relazione al regime di preclusioni dettato per il nuovo rito, da una sua mancata o intempestiva costituzione in giudizio, ovvero di far comprendere al destinatario della citazione che, per evitare conseguenze pregiudizievoli, la sua difesa deve essere approntata ben prima della data dell'udienza indicata nella citazione medesima, così da ridurre il rischio, evidenziato anche in dottrina, che tale convenuto si rivolga al proprio difensore solo nell'imminenza dell'udienza anzidetta, ovvero quando non sarebbero più possibili le attività (come la proposizione delle domande riconvenzionali e la chiamata in causa di un terzo) di cui al secondo ed al terzo comma dell'art. 67 c.p.c.. Alla luce, quindi, della "novellata" disciplina sopra riportata, l'attore, oltre ad indicare il giorno dell'udienza di comparizione, sarà tenuto a specificare, nel formale invito rivolto al convenuto affinché si costituisca e comparisca all'udienza dinanzi al giudice designato ai sensi del richiamato art. 168-bis, il termine che è a lui concesso dall'art. 166 per la rituale costituzione in cancelleria, avvertendolo, nel contempo, che il superamento del menzionato termine implicherebbe il verificarsi delle decadenze stabilite dall'art. 167." Peraltro "Il novellato art.164 c.p.c. - a mente del quale la citazione e' nulla (tra l'altro) "se manca" (come nella specie) "l'avvertimento previsto dal n.7 dell'art.163", sicché "se il convenuto non si costituisce in giudizio, il giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione" - deve essere interpretato nel senso che la sanatoria da esso prevista si realizza con effetto retroattivo, e non soltanto con efficacia "ex nunc".

Singolare è comunque che nelle controversie di lavoro, caratterizzate da maggiore rigore, non è previsto l'avvertimento al convenuto sulle decadenze connesse alla tardiva costituzione. Secondo Cass. sez. L sent. 14829 del 18/10/2002 "nel rito del lavoro, la norma relativa al decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione del giudizio d'appello non prescrive che l'atto debba contenere l'avvertimento al convenuto, previsto per il procedimento innanzi al tribunale dall'art. 163, terzo comma n. 7 cod. proc. civ., circa le conseguenze di una tardiva costituzione, né tale previsione è desumibile da un principio generale proprio dell'ordinamento processuale,

Se ne potrebbe, pertanto, trarre la necessità che il presidente specifichi nell'avvertimento – eventualmente integrando il suo “schema” di provvedimento-base – quale sia il concreto termine di costituzione, non limitandosi ad un generico richiamo alla norma, e renda esplicito l'oggetto della decadenza, specificando che il convenuto rischia di non poter proporre domanda riconvenzionale o le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

6. La revoca e la modifica dei provvedimenti provvisori.

L'ultimo comma del nuovo art. 709 cpc. ha cancellato l'ultimo comma dell'art. 708 cpc., che ancora prevede la possibilità per il G. I. di emendare il provvedimento presidenziale solo “se si verificano mutamenti nelle circostanze” sottoposte all'esame del presidente.

Per le controversie sorte dopo il 1° gennaio 2006, dunque, varranno per il giudizio di separazione le medesime regole sulla “libera”, ma comunque motivata, revocabilità e modificabilità dei provvedimenti presidenziali, prevista dal rito divorzile.

In realtà, il concetto di mutamento delle circostanze già oggi viene letto dalla giurisprudenza più attenta come più “approfondita esplorazione delle circostanze in fatto ed in diritto”, secondo un principio esegetico non elaborato nell'ambito del diritto della famiglia, ma mutuato analogicamente dall'art. 669 *decies* cpc. in materia di revoca e modifica dei procedimenti cautelari.

La questione della revocabilità o modificabilità dell'ordinanza presidenziale in assenza di fatti nuovi potrebbe, tuttavia, porsi con riguardo a controversie sorte fino al 31 dicembre del 2005, vale a dire fino all'entrata in vigore della nuova normativa.

atteso che, oltre alla diversità della forma dell'introduzione del giudizio con ricorso, nel giudizio d'appello, destinato a svolgersi nell'ambito degli accertamenti di fatto già acquisiti in primo grado, non opera lo stesso sistema di preclusioni e decadenze che caratterizza la prima istanza, sicché non si può neppure prospettare un'analogia esigenza di salvaguardia del diritto di difesa.”

Per Cass. sez. 1 sent. 5342 del 02/06/1999 “Nel procedimento davanti al giudice di pace non è prescritto, tra gli elementi dell'atto introduttivo, l'avvertimento circa le conseguenze della costituzione tardiva del convenuto (art.163 n.7 cod. proc. civ.), non operando in detto procedimento le preclusioni e le decadenze che nel procedimento innanzi al tribunale sono connesse agli atti introduttivi” (vedi Corte Costituzionale n. 154/97).

Per i giudizi di convalida di sfratto secondo Cass. sez. 1 sent. 23010 del 09/12/2004 “la citazione per convalida di sfratto per morosità mancante dell'avvertimento al convenuto -prescritto dall'art. 660, terzo comma, cod. proc. civ. (nel testo inserito dall'art. 8-ter, D.L. n. 432 del 1995) - che se non compare o, comparando non si oppone, il giudice convalida lo sfratto, deve -nel caso in cui il convenuto non sia comparso- ritenersi nulla, anche in mancanza di espressa previsione, e ciò sia perché questo avvertimento sostituisce quello stabilito dall'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ., la cui mancanza è appunto sanzionata con la nullità, sia perché siffatto avvertimento, mirando a rendere edotto l'intimato degli effetti dell'atto, ha lo scopo di realizzare appieno il principio del contraddittorio, garantito dall'art. 111, Cost., la cui violazione può comportare la nullità dell'atto, anche in mancanza di espressa previsione di tale sanzione.”

Va tuttavia considerato che, in virtù dell'accertata, perdurante efficacia dell'estensione della disciplina divorzile al giudizio di separazione, operata attraverso lo strumento dell'art. 23 della legge n° 74 del 1987, anche per tali controversie troverà applicazione il vecchio testo del 6° comma dell'art. 4 l.d., che già prevedeva la possibilità di modificare o revocare i provvedimenti presidenziali anche in assenza di fatti nuovi.

La cosa non sembri di poco conto, perché ciò consente non solo al presidente istruttore di rivalutare le medesime circostanze, ma, soprattutto, quando sia stata scelta la via – per me preferibile, sul piano organizzativo – della designazione di un diverso istruttore, che venga effettuato un opportuno controllo sui provvedimenti presidenziali, da parte di un “altro” giudice, rendendo così meno avvertita l'esigenza della reclamabilità dei citati provvedimenti.

Conferma dell'importanza della questione, si trae dal fatto che anche chi dubita della perdurante vigenza del citato art. 23 ha cercato di mantenere la possibilità di “libera” revoca o modifica dei provvedimenti presidenziali ante 1° gennaio 2006, ipotizzando che il nuovo 4° comma dell'art. 709 cpc. fornisca una sorta di interpretazione autentica del diritto vivente, scaturito dalla pressoché unanime prassi seguita dai tribunali italiani in ordine alla revocabilità e modificabilità dei provvedimenti presidenziali.

7. L'udienza davanti all'istruttore.

Come anticipato, sia nel rito della separazione che in quello del divorzio all'udienza davanti al giudice istruttore si applicano le novellate disposizioni degli artt. 180, 183 e 184 del codice di procedura civile: artt. 709 *bis* cpc. e 4, 11° comma, l. divorzio.

Troverà, pertanto, piena applicazione, il nuovo rito “compresso” previsto dall'art. 183 cpc., *riserva di ordinanza istruttoria compresa*, con il sistema delle preclusioni istruttorie derivante dalla scansione del processo, delineata dalla notissima sentenza della terza sezione della Suprema Corte del 25 novembre 2002, n° 16571, estensore Preden, che il legislatore del 2005 ha recepito.

La sentenza ha affermato che nel processo civile, diviso per fasi successive (la fase preparatoria, la fase istruttoria e la fase decisoria), alle quali si correlano preclusioni all'esercizio dei poteri processuali, la facoltà delle parti di chiedere nuovi mezzi di prova ai sensi del vecchio art. 184, primo comma, cpc. – ed oggi dell'art. 183, sesto comma, cpc. – dovesse essere esercitata, a pena di decadenza, formulando l'istanza di assegnazione del termine in un momento ben preciso, che va individuato nel momento in cui si conclude la fase di trattazione preparatoria e si apre, senza soluzione di continuità, la fase istruttoria (ovvero si verifica l'immediato passaggio alla fase decisoria, ai sensi dell'art. 187 cpc.).

Secondo i Supremi Giudici, infatti, sotto il vigore della normativa ante novella, la fase preparatoria poteva proseguire anche nell'udienza di trattazione, fintantoché fosse possibile precisare le domande, anche con l'introduzione di elementi di novità rispetto a quanto allegato negli atti introduttivi, e si sarebbe conclusa nel momento in cui, definiti il *thema decidendum* ed il *thema probandum*, si sarebbe aperta senza soluzione di continuità la fase istruttoria.

Nel caso in cui fosse stata concessa l'appendice di trattazione scritta, quindi, la prima udienza di trattazione non si sarebbe esaurita, ma sarebbe proseguita nell'udienza che il Giudice avrebbe fissato ai sensi dell'art. 183, quinto comma, cpc..

E che tale udienza altro non fosse che una prosecuzione, con immutata natura, della prima udienza di trattazione, era dimostrato dal fatto che, avendo le parti scelto di affidare l'introduzione dei citati elementi di novità a memorie scritte, era con tutta evidenza ancora aperta la fase destinata alla definitiva determinazione del *thema decidendum* e del conseguente *thema probandum*, che in ordine logico necessariamente precede l'adozione da parte dell'Istruttore dei provvedimenti concernenti la fase istruttoria di cui al "vecchio" art. 184 cpc. (fatta salva l'applicazione dell'art. 187 cpc., con immediata rimessione della causa in decisione).

Una volta terminate le attività di allegazione finalizzate alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nel corso della prima udienza di trattazione o nel corso dell'eventuale successiva udienza che ne costituisca prosecuzione nel caso previsto dall'art. 183, quinto comma, cpc., sarebbe pertanto iniziata, senza soluzione di continuità e senza necessità di disporre un rinvio ad altra apposita udienza, la fase istruttoria, destinata in primo luogo alla valutazione della rilevanza ed ammissibilità dei mezzi di prova proposti, e successivamente alla loro assunzione (nei modi e nei termini previsti dagli artt. 202 c.p.c. e 81 disp. att. c.p.c.).

Era quindi in tale momento che si sarebbero aperte le varie ipotesi di sviluppo istruttorio del processo, delineate dall'art. 184, primo comma, cpc. e cioè:

- a) il Giudice, ritenuta la causa matura per la decisione senza necessità di istruttoria, ne dispone l'immediata rimessione al collegio, in applicazione dell'art. 187, primo comma, o, se di competenza monocratica, la trattiene immediatamente in decisione ai sensi dell'art. 281 *quater* cpc. (ed egualmente dispone nelle ulteriori ipotesi di cui ai commi 2 e 3 del citato art. 187 cpc.¹¹);
- b) il Giudice, previa valutazione della loro ammissibilità e rilevanza, ammette i mezzi di prova proposti;
- c) le parti hanno facoltà di richiedere l'assegnazione di un termine entro il quale produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova, nonché di altro termine per

¹¹ Il Giudice, cioè, provoca la separata decisione di "una questione di merito avente carattere preliminare...quando la definizione di essa può definire il giudizio" o "di questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali" (anche se, com'è noto, "può anche disporre che siano decise unitamente al merito").

l'eventuale indicazione di prova contraria, e l'accoglimento dell'istanza determina l'esigenza del rinvio ad altra udienza in data successiva alla maturazione dei termini, che l'art. 184, secondo comma, cpc. qualifica perentori.

Si trattava di facoltà che doveva essere esercitata, nei termini suddetti, a pena di decadenza.

La norma non enunciava espressamente tale sanzione, ma essa discendeva dal sistema, incentrato sulle preclusioni, e dalla considerazione che, se era soggetta a termini perentori la formulazione di nuovi mezzi di prova per la parte che abbia proposto tempestivamente l'istanza, a maggior ragione deve essere sanzionata con la decadenza l'inerzia della parte.

Vale la pena di evidenziare come la Corte, nella sentenza commentata, avesse sentito la necessità di precisare che *“nel processo regolato dal nuovo rito, introdotto con la legge n. 353 del 1990, qualora, a chiusura dell'udienza di trattazione, in difetto di istanze istruttorie, il giudice abbia rinviato ad altra udienza per le conclusioni, egli non può revocare tale ordinanza all'udienza di precisazione delle conclusioni, ammettendo le prove solo in quella sede formulate, in quanto si era già prodotta la preclusione istruttoria, ed il potere di revoca e modifica delle ordinanze, previsto dall'art. 177 cod. proc. civ., non é esercitabile al fine di rendere inoperante una decadenza già verificatasi, perché di essa neppure il giudice può disporre”*.

E' utile anche ricordare come i Giudici di legittimità, in altra occasione, avessero insegnato che *“il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo”*: Cass., I, 7 aprile 2000, n° 4376.

Le ricadute pratiche di tale ricostruzione erano chiare.

Se, ad esito dell'udienza di trattazione ex art. 183 cpc., o della sua appendice scritta ex art. 183, quinto comma, cpc., le parti non avessero avanzato richiesta di termini per produrre documenti o indicare nuovi mezzi di prova, sarebbe maturata la preclusione istruttoria ed il Giudice, senza soluzione di continuità, avrebbe adottato i provvedimenti di cui all'art. 184 cpc., vale a dire avrebbe ammesso i mezzi di prova proposti – se ve ne fossero stati – o avrebbe disposto il passaggio alla fase decisoria.

L'insegnamento della Corte mantiene tutto il suo valore pur ad esito della novella.

Il “nuovo” articolo 183 cpc., infatti, accorpando in un'unica udienza di prima comparizione e trattazione della causa le attività fino ad oggi spalmate sulle tre udienze ex artt. 180, 183 e 184 cpc. (ad eccezione dell'eventuale proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, dal 1° gennaio 2006 opportunamente anticipata alla comparsa di risposta e salva la previsione di un diverso momento per

l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione), non ha fatto venire meno la scansione tra la fase preparatoria, la fase istruttoria e la fase decisoria.

Nel corso dell'udienza disegnata dal nuovo art. 183 cpc., pertanto, in assenza di richiesta di memorie ex 6° comma, o dopo la presentazione di dette memorie con l'indicazione di nuovi mezzi di prova, scattano le preclusioni istruttorie, secondo lo schema della sentenza Preden.

Vale la pena di sottolineare come del tutto immutato sia rimasto il concetto di "novità" del mezzo di prova.

8. La sentenza parziale di separazione.

Si è già fatto cenno, all'inizio, alla questione relativa alla possibilità dell'adozione di sentenza parziale di separazione.

Essa si è posta per via del fatto che mentre l'art. 4 della legge divorzile, come modificato dalla legge n° 74 del 1987, prevedeva la possibilità che il tribunale, riservata alla sentenza definitiva ogni altra decisione sulle questioni accessorie, pronunciasse una sentenza parziale sullo scioglimento del vincolo, immediatamente appellabile, analoga previsione mancava nel rito della separazione.

La questione era stata risolta positivamente, attraverso lo strumento estensivo dell'art. 23 della legge 6 marzo 1987, n° 74, la cui efficacia - come già rilevato - era sopravvissuta alla riforma codicistica del 1990 ¹².

Non è mancato neppure chi ha fondato l'ammissibilità della sentenza parziale di separazione sul dettato della norma generale dell'art. 277, secondo comma, cpc., che consente al collegio, investito del merito della decisione, di decidere solo su alcune

¹² Secondo Cass., I, 29 novembre 1999, n° 13312, "la disposizione di cui all'art. 4, comma nona della legge n. 898 del 1970, nella formulazione introdotta dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987, in tema di procedimento di divorzio, secondo la quale il tribunale può emettere sentenza non definitiva, immediatamente appellabile, in ordine alla pronuncia relativa allo "status", con remissione alla sentenza definitiva di ogni altra decisione sui provvedimenti accessori, si rende applicabile anche ai giudizi di separazione personale, in forza del disposto di cui all'art. 23, comma primo della stessa legge."

E' interessante notare come per Cassazione, I, 5 agosto 2003, n° 11838 "L'art. 4, n. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, nel testo introdotto dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987 n. 74, il quale prevede, al fine di una sollecita definizione dello "status" dei coniugi, anche senza istanza di parte, la pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio, nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno, non è in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, non dando luogo ad un'arbitraria discriminazione rispetto ai soggetti che vedano definiti in unico contesto tutti i suddetti rapporti, atteso che nessun principio costituzionale impone che la definitiva regolamentazione dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato status sia dettata in un unico contesto, e che la tutela fornita dai provvedimenti temporanei e urgenti ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 4, con la loro espressa modificabilità da parte del giudice istruttore e con la possibile retroattività degli effetti del definitivo riconoscimento dell'assegno di divorzio al momento della domanda vale a garantire il coniuge più debole per tutta la durata del processo."

domande, *“se la loro sollecita definizione è di apprezzabile interesse per la parte che ne ha fatto istanza”*.

Che significato, tuttavia, bisogna dare al silenzio mantenuto sul punto dalla normativa di riforma? E' ancora ammissibile la sentenza parziale nel giudizio di separazione, in virtù dell'art. 23 della legge 1987, n. 74, oppure il fatto che il legislatore di una riforma con pretese di organicità abbia taciuto, sta a significare che tale silenzio sia voluto e che pertanto oggi, nonostante l'art. 23 citato, egli non ritenga possibile la sentenza parziale di separazione?

Io credo che il citato silenzio sia conseguenza, ancora una volta, di una svista del legislatore e che, in ogni caso, valga quanto già rilevato in ordine alla perdurante vigenza dell'art. 23 della legge n° 74/87.

La sentenza parziale di separazione sarà dunque possibile anche dopo il 1° gennaio 2006, in conseguenza dell'efficacia estensiva ex art. 23 citato della disciplina divorzile.

Essa sarà immediatamente appellabile ai sensi del 12° comma dell'art. 4 l.d. e, secondo il 15° comma dello stesso articolo, l'appello sarà deciso con il rito camerale.

Del resto, è noto che nel senso della possibilità di adozione di sentenza parziale sembra essere il legislatore che, evidentemente resosi conto del problema, è intenzionato a darvi soluzione con il Disegno di Legge atti Senato n° 3439, che precisa che *“Nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche, il tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione”*.

E' da notare la varietà dei casi in cui, secondo tale disegno, potrebbe essere emessa sentenza parziale di separazione, mentre l'art. 4, 12° comma, legge n. 898 del 1970 fa riferimento solo al caso *“in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno.”*

Ci si è poi chiesti: se ammissibile, la sentenza parziale potrebbe essere emessa d'ufficio o solo su istanza di parte? Ed in tal ultimo caso, ad istanza di una sola parte o di entrambe?

Il problema nasce dal fatto che mentre, come ricordato, l'art 277, secondo comma, cpc. fa riferimento alla istanza della parte, e dunque anche di una sola parte, l'art. 4, comma 15°, della legge divorzile non fa riferimento ad alcuna istanza.

Alla questione sono state date soluzioni discordanti.

Propenderei per la necessità dell'istanza di una delle parti, che faccia per tale via presente quali siano le ragioni che rendano necessaria un'immediata pronuncia sulla separazione e ponga quindi il tribunale in condizioni di valutarle.

Qualche altra questione, su cui riflettere.

In quale momento sarà possibile chiedere la pronuncia di sentenza parziale: subito? in sede di udienza ex art. 183 cpc.? Le parti dovranno precisare le conclusioni su tutto, comprese le conclusioni istruttorie (pena il maturare delle relative preclusioni), secondo la regola generale, o dovranno concludere solo sul vincolo? E la prosecuzione del giudizio sarà disposta con la stessa sentenza o con separata ordinanza?

Sarà interessante sentire le soluzioni che a questa ed alle altre questioni verranno dal dibattito in corso fra gli addetti ai lavori.

E' un dibattito molto vivace, alimentato dalla vitalità degli interessi in gioco e dalla novità delle implicazioni della riforma, che precede e segue altre importanti novelle che hanno comportato e comporteranno rilevanti sforzi interpretativi.

Credo che tali sforzi non ci debbano spaventare e che si debba far prevalere il desiderio di conoscenza.

Scriveva Pier Paolo Pasolini: *“Sarebbe troppo comodo che tutto cadesse da sé sotto il dominio dell'uomo, si inserisse, cioè, tranquillamente, nella misura umana”*. Ed aggiungeva: *“l'uomo è in perenne evoluzione, ossia: l'uomo è storico...il dovere di assimilazione è continuo. Conoscere, modificare, assimilare. Ecco tre parole che potrebbero essere il motto delle nuove generazioni...”*.

Giuseppe Fazio
giudice del Tribunale di Varese