

Il raccordo tra la fase presidenziale e la fase propriamente contenziosa del nuovo rito processuale di separazioni e divorzi.

La trattazione e la decisione della causa. L'appello.

La c.d. bifasicita' del rito. Considerazioni di carattere generale.

Il legislatore del 2005 (legge n. 80/2005, di conversione del decreto – legge n. 35/2005) ha introdotto anche una serie di disposizioni volte al coordinamento delle due fasi (presidenziale e contenziosa in senso stretto) dei procedimenti di separazioni e divorzi, in tal modo sancendo inequivocamente la c.d. bifasicita' del rito, ed escludendo, nettamente e definitivamente, la possibilita' della ricostruzione dello stesso rito in termini di c.d. "specialita' **integrale**".

La scelta normativa di fondo e' consistita nell'alleggerimento della fase presidenziale (di per se' estranea al sistema delle preclusioni processuali, ed essenzialmente destinata all'espletamento del tentativo di conciliazione dei coniugi ed all'adozione dei provvedimenti provvisori nell'interesse

della prole e degli stessi coniugi),e nel successivo assoggettamento del processo (una volta esaurita la detta fase pre – contenziosa) al rito ordinario di cognizione (ed al relativo meccanismo di formazione del thema decidendum e del thema probandum,ed alle conseguenti preclusioni),quali delineati,in linea generale,dagli artt. 180 e 183 e ss. del codice di procedura civile (parimenti riformulati dal legislatore).

La disciplina normativa di raccordo tra le due fasi dei procedimenti in esame costituisce,per ampiezza e completezza,una positiva novita' nell'ordinamento processuale,che (prima della legge n. 80/2005) era imperniato sulla presenza di disposizioni (artt. 706 e ss.,testo previgente, del c.p.c.,e 4 della legge n. 898/70 e successive modificazioni) dirette,soprattutto,dirette alla regolamentazione della fase iniziale (presidenziale) del processo e degli effetti dei provvedimenti provvisori emessi in esito a quella fase.

E' stata cosi' colmata una lacuna che ne' la pur significativa riforma (anche processuale) della legge sul divorzio (legge n. 74/87),ne' il legislatore "processuale" del 1990 (legge n. 353/90 e successive modificazioni) avevano superato.

Tale lacuna ha dato origine a contrasti dottrinari e giurisprudenziali, acuiti dall'introduzione (a partire dal maggio 1995) di un nuovo rito ordinario di cognizione caratterizzato dalla previsione di preclusioni tendenzialmente rigide; contrasti, questi, inerenti alla necessità di individuare, nel silenzio normativo, i modi ed i tempi di formazione di tali preclusioni (viste ormai come coesenziali al processo) anche nel rito contenzioso relativo alle separazioni ed ai divorzi (pur se limitatamente alle questioni afferenti ai diritti disponibili dalle parti del giudizio).

La più immediata conseguenza dell'introduzione della (nuova) disciplina di raccordo tra le due fasi del processo è rappresentata dall'assoluta **inconfigurabilità** di preclusioni (nell'accezione propria dell'ordinario processo di cognizione, e, cioè, di barriere decadenziali per il valido compimento delle attività assertive e probatorie a sostegno delle contrapposte ragioni delle parti) nella fase presidenziale.

Tale soluzione è, del resto, coerente con la direttiva legislativa di accelerazione e di semplificazione procedurale della stessa fase presidenziale, di cui costituiscono significativa espressione **sia** la mancata previsione normativa di un generale termine dilatorio minimo (sancito invece dal previgente testo dell'art. 4 della legge n. 898/70) tra la

notificazione del ricorso introduttivo del procedimento e la data dell'udienza presidenziale (in relazione alla quale spetterà invece al Presidente la fissazione del termine –di notificazione dello stesso ricorso e del decreto- ritenuto in concreto congruo per l'instaurazione del contraddittorio e per l'assicurazione delle indispensabili garanzie difensive del convenuto),**sia** “l'alleggerimento” del contenuto essenziale del medesimo ricorso introduttivo (v. i **nuovi** artt. 706 c.p.c. e 4 della citata legge di divorzio), limitato all'esposizione dei fatti (e, se del caso, degli elementi di diritto) sui quali la domanda (di separazione o di divorzio) è fondata ed all'indicazione dell'esistenza (o meno) di figli (nonché all'enunciazione degli altri profili generali minimi di qualsiasi atto introduttivo di procedimento giurisdizionale, ai sensi della norma generale dell'art. 125 c.p.c.).

L'attribuzione, al ricorso introduttivo del procedimento (di separazione personale dei coniugi e di divorzio), dell'idoneità **sia** ad avviare la fase presidenziale (pre – contenziosa e, comunque, **non** a cognizione ordinaria), **sia** ad integrare (con la contestuale costituzione del ricorrente) una potenziale “citazione” (od un “progetto di citazione”) per l'eventuale, successiva fase processuale tipicamente contenziosa

era, peraltro, già insita nei previgenti modelli processuali (v. gli originari artt. 706 e ss. c.p.c. e, soprattutto, l'art. 4 della legge n. 898/70, quale modificato dall'art. 8 della legge n. 74/87), e non costituiva, né costituisce un "unicum" nel sistema processuale (che conosceva e conosce altri schemi di atti introduttivi con analoghi e duplici effetti processuali, come, ad esempio, in materia di procedimenti nunciatori vecchio rito – prima della riforma del 1990-, e di procedimenti per convalida di licenza e di sfratto, soggetti a conversione del rito ex art. 667 c.p.c.).

La novità (rispetto al previgente rito delle separazioni e dei divorzi) è rappresentata, appunto, dall'evidenziata, inequivoca **esclusione** normativa dell'operatività, anche a carico del ricorrente, nella fase presidenziale, delle **preclusioni** processuali tipiche del giudizio ordinario di cognizione.

La disciplina di raccordo tra le due fasi del procedimento.

La detta normativa di raccordo è contenuta nei **nuovi** artt. 709, commi primo, secondo e terzo, e 709 – bis c.p.c. (per i giudizi di separazione) e

4, commi ottavo, nono, decimo ed undicesimo, della legge n. 898/70 (per i giudizi di divorzio).

La prima (e di per se' non innovativa) prescrizione al riguardo dettata dalle citate disposizioni e' rappresentata dalla previsione del potere – dovere del Presidente di provvedere (una volta constatata l'infruttuosita' del tentativo di conciliazione, o la mancata comparizione del convenuto – nonostante la ritualita' della notificazione del ricorso introduttivo del procedimento e del decreto di fissazione dell'udienza-) **sia** alle statuizioni provvisorie nell'interesse dei coniugi e della prole, **sia** alla nomina del giudice istruttore ed alla fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione dinanzi a questo.

Tale udienza deve essere identificata con quella (appuntamento di prima comparizione delle parti e trattazione della causa) prevista e disciplinata in linea generale, per il processo ordinario di cognizione, dal nuovo testo dell'art. 183 c.p.c.

In conformita' alla prassi interpretativa ed applicativa consolidatasi (pur nel silenzio della normativa processuale allora operante) in numerosi uffici giudiziari nel periodo successivo all'entrata in vigore della legge n. 353/1990 (di riforma del rito ordinario di cognizione), le nuove

disposizioni (applicabili ai giudizi promossi –con ricorso- a far tempo dal 1° marzo 2006) hanno espressamente sancito il principio che soltanto l’effettuazione del predetto adempimento (nomina del giudice istruttore e fissazione dell’udienza dinanzi a questo) segna l’apertura della fase di formazione, nel processo di separazione e di divorzio, delle preclusioni processuali (ancorché relative alle sole questioni controverse su diritti disponibili dalle parti, come le domande di addebito della separazione, di corresponsione di assegni di divorzio e di contributi per il mantenimento del coniuge e/o di figli maggiorenni).

Ed infatti, le stesse nuove disposizioni stabiliscono, innanzitutto, che l’ordinanza presidenziale (di nomina del giudice istruttore e di fissazione dell’udienza di comparizione e trattazione) deve essere notificata al convenuto **non comparso** (così essendo stata “riattivata”, anche per i giudizi di divorzio, la previsione dell’originario testo dell’art. 709 c.p.c.).

La formulazione letterale della norma depone nel senso della necessità della notificazione dell’ordinanza anche al convenuto costituitosi nella fase presidenziale (con il deposito della relativa memoria difensiva), ma **non** presente personalmente all’udienza presidenziale.

E' inoltre stabilito che tra la data dell'ordinanza presidenziale (ovvero tra la data –indicata dal Presidente- entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto **non** comparso) e quella dell'udienza di prima comparizione e trattazione (dinanzi al giudice istruttore) devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 - bis c.p.c.,ridotti a meta'.

Quest'ultima previsione denota gia' di per se' inequivocamente l'intento del legislatore di predisporre ed avviare (per la fase processuale successiva a quella presidenziale) il meccanismo di attuazione delle garanzie (difesa e contraddittorio) tipiche del processo ordinario di cognizione e di conseguente formazione (soltanto in tale seconda fase processuale) delle relative preclusioni.

Cio' trova definitiva conferma nel fatto che,con la stessa ordinanza in esame,il Presidente assegna altresì' al ricorrente termine per il deposito in cancelleria di memoria integrativa (avente il contenuto di cui all'art. 163,terzo comma,numeri 2),3),4),5) e 6),c.p.c.),ed al convenuto termine per la costituzione in giudizio ai sensi degli artt. 166 e 167,primo e secondo comma,c.p.c.,nonche' per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito **non** rilevabili d'ufficio.

L'espresso riferimento –operato dalla norma- anche a tali eccezioni e' coerente con la generale anticipazione –operata dalla legge n. 80/2005 in sede di riforma del processo ordinario di cognizione- del momento di formazione delle preclusioni relative alle stesse eccezioni, adesso concidente con la previgente previsione normativa concernente il termine –anteriore all'udienza di prima comparizione- di proponibilita' delle domande riconvenzionali.

L'ordinanza presidenziale deve contenere anche l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il termine (come sopra fissato dal Presidente) implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c., anche in punto di proponibilita' delle eccezioni **non** rilevabili d'ufficio.

Considerazioni conclusive sulla disciplina normativa di raccordo.

L'insieme delle citate disposizioni ha reso concretamente operante la c.d. bifasicita' del processo, e, in particolare, la conseguenza piu' significativa di tale bifasicita', costituita dall'individuazione, nella memoria

integrativa del ricorrente e nella comparsa (di costituzione) del convenuto, degli atti processuali (successivi alla fase presidenziale e prodromici alla fase di trattazione della causa dinanzi al giudice istruttore) destinati a contenere il compiuto svolgimento delle contrapposte ragioni, deduzioni, eccezioni e domande delle parti (rispetto alle allegazioni inizialmente operate nei rispettivi atti –ricorso introduttivo e memoria difensiva- della fase presidenziale, nella quale non sono ancora configurabili, a carico delle stesse parti, specifici oneri decadenziali relativi alle varie attività assertive e probatorie).

La doverosa salvaguardia delle garanzie difensive (costituzionalmente rilevanti ex artt. 24 e 111 Cost.) comporterà la necessità della fissazione, ad opera dell'ordinanza presidenziale in esame, di termini sufficientemente congrui (ed adeguatamente differenziati in funzione dell'effettività del contraddittorio) per il compimento –a pena di decadenza- delle dette attività integrative e deduttive delle parti.

Tali attività (integrative e deduttive) potranno comprendere anche la formulazione di domande –relative a diritti disponibili- non proposte o non compiutamente articolate nel ricorso introduttivo e/o nella memoria difensiva (e, ai sensi dell'art. 292, comma primo, c.p.c., il giudice istruttore

dovra' disporre la notificazione della memoria integrativa del ricorrente - se ed in quanto contenente domande **nuove** rispetto a quelle proposte con l'atto introduttivo del procedimento- al convenuto eventualmente rimasto contumace).

L'intervenuta scadenza dei termini per le medesime attivita' integrative e deduttive (in data comunque anteriore alla prima udienza dinanzi al giudice istruttore) porra' le parti in condizione di controdedurre utilmente nella fase di trattazione della causa e di esercitare eventualmente il c.d. jus variandi,nonche' di articolare le conseguenti iniziative istruttorie; il tutto nei limiti,nei modi e nei tempi previsti dal **nuovo** art. 183 c.p.c.

Gli effetti dell'omissione (o dell'irritualita') della notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso.

La "riattivazione" normativa dell'onere -a carico del ricorrente- della notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto **non** comparso fa sorgere la questione relativa alle conseguenze processuali dell'eventuale inosservanza di tale onere.

Non appare al riguardo convincente la soluzione dell'estinzione del processo (ex art. 307, comma terzo, c.p.c.).

Ed infatti, in primo luogo, essa appare eccessiva ed illogica (si' da suscitare anche qualche dubbio di costituzionalita' per contrasto con il canone della ragionevolezza ex art. 3 Cost.) nell'ipotesi di omessa notificazione dell'ordinanza al convenuto costituitosi **si'** nella fase presidenziale (con il deposito di memoria difensiva sottoscritta da difensore munito di valida procura ad litem), ma **non** comparso personalmente dinanzi al Presidente (e cio' perche' l'esigenza – insita nella previsione della necessita' della notificazione dell'ordinanza- di salvaguardia delle garanzie difensive del convenuto e', in questo caso, gia' congruamente soddisfatta dal fatto dell'avvenuta costituzione formale in giudizio dello stesso convenuto a mezzo di un difensore perfettamente in grado di conoscere e seguire l'iter del processo e di predisporre e depositare tempestivamente la comparsa – integrativa- ex artt. 166 e 167 c.p.c.).

In secondo luogo, la soluzione dell'estinzione del processo non e' pienamente giustificata dallo stesso tenore letterale della citata disposizione dell'art. 307, comma terzo, c.p.c..

Ed invero, quest'ultima norma ricollega tassativamente la sanzione estintiva alle ipotesi di omissione -entro i relativi termini perentori- della rinnovazione della citazione o della prosecuzione, riassunzione od integrazione del giudizio.

Invece, nel caso in esame, essendo stata validamente instaurata ed espletata la fase presidenziale, la pur prescritta notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso **non** e' diretta ne' alla rinnovazione di un pregresso atto introduttivo nullo, ne' alla prosecuzione di un processo interrotto, ne' alla riassunzione di un processo in quiescenza, ne', infine, all'integrazione -e, cioè', all'estensione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c.- del giudizio.

Sembra, allora, coerente con la piu' volte evidenziata natura bifasica del procedimento la riconduzione delle conseguenze dell'omissione (o della nullita') della notificazione dell'ordinanza presidenziale alla disciplina dettata (in tema di sanatoria di vizi degli atti introduttivi) dagli artt. 164 e 291 c.p.c. per il processo ordinario di cognizione, ed analogicamente applicabile anche al presente profilo problematico del raccordo tra la fase presidenziale e la fase propriamente contenziosa dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Pertanto, nel caso di mancato tempestivo esercizio (da parte del convenuto **non** comparso in sede presidenziale, ed al quale **non** sia stata notificata l'ordinanza presidenziale) delle facoltà difensive spettantigli ex **nuovi** artt. 709 c.p.c. e 4 della legge n. 898/70, nell'udienza di prima comparizione e di trattazione della causa il giudice istruttore, tenuto conto anche dell'eventuale condotta processuale dello stesso convenuto (comunque suscettibile di produrre effetti sananti secondo i principi generali), potrà adottare, ai sensi dell'art. 183, commi primo e secondo, c.p.c., i provvedimenti interlocutori (prescritti dai citati artt. 164 e 291 c.p.c.) diretti all'instaurazione del contraddittorio in fase contenziosa, e fissare una nuova (e prima) udienza di trattazione (nella quale verificherà l'avvenuta o meno sanatoria del vizio afferente al rapporto processuale contenzioso).

La trattazione e la decisione della causa. I sub – procedimenti di revoca o modificazione dei pregressi provvedimenti provvisori.

I **nuovi** artt. 709 – bis c.p.c. (per il giudizio di separazione) e 4, comma 11, della legge n. 898/70 (per il giudizio di divorzio) sanciscono l'applicabilità delle norme dettate (nell'ambito della disciplina del processo ordinario di cognizione) dai parimenti nuovi artt. 180, 183 e 184 c.p.c.

La trattazione (con la relativa cristallizzazione definitiva del thema decidendum e del thema probandum), l'istruzione e la decisione (in sede collegiale ex art. 50 – bis, comma primo, n. 1, c.p.c.) della causa seguono pertanto le forme e le scansioni operanti, in linea generale, per il processo ordinario di cognizione.

Restano, peraltro, salve **sia** la configurabilità di fasi sub – procedurali aventi per oggetto eventuali richieste incidentali di revoca o modificazione dei pregressi provvedimenti provvisori (relativi alla prole e/o ai coniugi) ex **nuovi** artt. 708, 709, ultimo comma, c.p.c. e 4, comma ottavo, della legge n. 898/70, **sia** l'inoperatività di preclusioni processuali per la deduzione di questioni e per la richiesta di mezzi istruttori afferenti a diritti indisponibili a tutela dei figli minori.

Non sembra, inoltre, che la riforma dei giudizi di separazione e divorzio (e la razionalizzazione normativa del raccordo tra la fase presidenziale e la

fase contenziosa) abbiano soppresso la pur parziale **specialita'** di tali processi (soggetti ad un rito –almeno nella fase iniziale- differenziato, e caratterizzati dalla peculiarita' dell'oggetto e dall'inerenza a questioni di status delle persone).

Ne consegue che potra' ritenersi valido, anche nel nuovo ordinamento processuale operante dal 1° marzo 2006, il principio (affermato dall'ormai consolidata giurisprudenza di legittimita'; v. Cass. n. 266/2000) di **inammissibilita'** della proposizione cumulativa, nei giudizi in esame, anche di domande soggette, ab origine, al rito ordinario di cognizione ed aventi – rispetto alle questioni (affidamento della prole, contributi di mantenimento, assegnazione della casa coniugale) tipiche di tali giudizi- causa petendi e petitum completamente diversi e distinti (come, ad esempio, le domande di scioglimento della comunione di beni tra i coniugi e/o di restituzione di beni personali e/o di pagamento di quote di somme gia' portate da depositi bancari cointestati).

Persiste infatti la carenza, tra queste ultime domande e le domande proprie dei giudizi di separazione e di divorzio, di qualsiasi connessione giustificativa (ex art. 40, comma terzo, c.p.c.) della loro trattazione congiunta.

La sentenza non definitiva. La forma dell'appello avverso le sentenze, definitive e non.

Il secondo comma dell'art. 709 – bis c.p.c. (introdotto dalla legge n. 263/2005) ha esteso espressamente ai giudizi di separazione la previsione (già operante per i processi di divorzio ai sensi del previgente testo dell'art. 4, commi nono e dodicesimo, della legge n. 898/70, ma applicabile anche ai primi giudizi in forza dell'art. 23, comma primo, della legge n. 74/87): **a)** della (doverosità) della sentenza **non** definitiva (relativa allo “status” formante oggetto della domanda di separazione o di divorzio), nel caso di necessità di ulteriore istruzione della causa per la decisione delle altre questioni controverse tra le parti (in tema di affidamento della prole, di assegni o di addebito della separazione); **b)** dell'impugnabilità della stessa sentenza **non** definitiva con appello immediato, “**deciso in camera di consiglio**”.

Ragioni di ordine logico e sistematico (essenzialmente imperniate sull'esigenza dell'uniformità del modello processuale applicabile a tutte le impugnazioni relative alle sentenze rese nei giudizi di separazione personale dei coniugi e di divorzio) inducono a ritenere la necessaria operatività del **rito camerale** anche per gli appelli avverso le sentenze **definitive** in subiecta materia (e cioè **sia** relativamente alla proposizione – con ricorso- del gravame,**sia** relativamente alle forme della trattazione e della decisione dell'impugnazione).

La tempestività (o meno) dell'impugnazione (avverso la sentenza **definitiva o non definitiva**) dovrà essere pertanto valutata con riferimento alla data di deposito (nella cancelleria del giudice ad quem) del ricorso introduttivo dell'appello (quale atto idoneo a costituire il rapporto processuale tra la parte appellante e l'ufficio giudiziario adito per il gravame), e non già con riferimento alla data di notificazione dello stesso ricorso (e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza camerale).

Giovanni Dipietro