

Capitolo I

La fase presidenziale

Valentina Carnevale

Sommario: 1. Premessa. – 2. La competenza. – 3. L'introduzione della fase presidenziale. – 3.1. Il ricorso. Contenuto e nullità. – 3.2. Il problema della costituzione dell'attore. – 4. L'ordinanza di fissazione d'udienza e la *vocatio in ius* del convenuto. – 4.1. L'art. 155 *quinquies* c.c.: problemi processuali. – 5. Le difese del convenuto. – 6. L'udienza presidenziale. – 6.1. La comparizione dei coniugi e il tentativo di conciliazione. – 6.2. L'audizione dei figli minori. – 6.3. Il ruolo dei difensori. – 6.4. L'attività istruttoria. – 7. L'ordinanza presidenziale. – 7.1. Il problema dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio. – 8. Il reclamo. – 8.1. Rapporti tra reclamo, revoca e modifica dell'ordinanza presidenziale.

1. Premessa

I procedimenti di separazione e divorzio constano di due fasi: la fase presidenziale, che si svolge dinanzi al presidente del Tribunale e si conclude, sempre che non venga raggiunta la conciliazione o comunque un accordo tra le parti, con l'emissione dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole; e la fase contenziosa (in merito alla quale v. cap. II), modellata sulla falsariga del giudizio ordinario di cognizione, che si conclude con sentenza, soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione oltre che a speciali procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio, rispettivamente ex art. 710 c.p.c. ed art. 9 l. div.

I rapporti tra la fase presidenziale e la fase contenziosa, a cognizione piena, dei procedimenti di separazione e di divorzio sono stati modificati dalla l. n. 80 del 2005, la quale ha ripristinato la c.d. bifacilità dei giudizi. La fase presidenziale può ora dirsi autonoma rispetto alla fase contenziosa, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla costituzione delle parti ed alle decadenze in punto di proposizione di domande – principali, accessorie e riconvenzionali – e di eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Non è invece intervenuta a modificare nello specifico i procedimenti di separazione e di divorzio la successiva legge di riforma del processo civile del 18 giugno 2009, n. 69, la quale ha tuttavia ritoccato numerose norme del codice di rito

che assumono rilevanza, trovandovi applicazione, nei suddetti procedimenti. Basti pensare ai nuovi artt. 132 c.p.c. e 118, comma 1°, disp. att. c.p.c. sulla motivazione della sentenza; all'art. 345, comma 3°, c.p.c. che ora espressamente prevede il divieto di produzione di nuovi documenti in appello; all'art. 360 *bis* c.p.c. relativo al discusso "filtro" all'accesso dei ricorsi in cassazione; alla c.d. calendarizzazione del processo ora prevista all'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c.; al termine per proporre impugnazione in assenza di notificazione della sentenza impugnanda che è stato dimezzato da un anno a sei mesi (art. 327 c.p.c.); alla possibilità, riconosciuta all'art. 307 c.p.c., di dichiarare anche d'ufficio l'estinzione del processo¹. Le norme citate troveranno dunque applicazione, nella loro nuova formulazione, in tutti i giudizi di separazione personale dei coniugi o di divorzio instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma, vale a dire dopo il 4 luglio 2009².

Non ha rilevanza nei procedimenti di separazione e divorzio il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Questo provvedimento legislativo ha introdotto la mediazione obbligatoria, la quale è divenuta condizione di procedibilità della domanda, in una serie di controversie di diritto civile espressamente elencate al suo art. 5, comma 1°³; per tutte le altre controversie la mediazione è meramente facoltativa, pur sussistendo l'obbligo dell'avvocato della parte di informarla dell'esistenza di tale possibilità (così art. 4, comma 3°). Ebbene, l'art. 2, sotto la rubrica "Controversie oggetto di mediazione", precisa che chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili: tanto basta ad escludere la possibilità di una mediazione nelle forme disciplinate dal citato decreto per i procedimenti in materia di famiglia, che vertono senza dubbio su diritti indisponibili⁴. Non solo, l'art. 23 del

¹ In arg. TOMMASEO, *Nuove regole per il processo civile e controversie in materia familiare e minorile*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 653 ss. nel corso della presente trattazione si tratterà nello specifico delle singole norme modificate, che possano avere qualche rilevanza nei procedimenti di separazione e divorzio.

² Fatta eccezione per le norme per le quali la stessa l. n. 69 del 2009 ha previsto una disciplina transitoria. Il riferimento è agli artt. 132, 345, 616 c.p.c. e 118 disp. att. per i quali l'art. 58, comma 2°, ha previsto l'applicazione immediata anche ai giudizi pendenti. Quanto all'art. 360 *bis* c.p.c., esso, a norma dell'art. 58, comma 5°, si applica alle controversie nelle quali il provvedimento impugnato con il ricorso in cassazione è stato pubblicato ovvero, nei casi in cui non sia prevista la pubblicazione, depositato successivamente alla data di entrata in vigore della legge.

³ Si tratta delle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti, responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

⁴ In tal senso DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 579; sul d.lgs. n. 28 del 2010 si veda anche CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616 ss.

d.lgs. n. 28 del 2010 prevede che restino ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di mediazione e di conciliazione, comunque denominati, che sono esperiti “in luogo di quelli previsti dal presente decreto”. Dunque è l’udienza presidenziale, nei procedimenti di separazione personale dei coniugi e di divorzio, la sede deputata al tentativo di conciliazione, come meglio si vedrà (v. *infra* § 6.1).

Si deve infine evidenziare come l’art. 155 *sexies* c.c., inserito dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54 prevede, al comma 2°, che il giudice, qualora ne ravvisi l’opportunità, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 155 c.c. per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli. Questa norma, lungi dal rappresentare una mediazione obbligatoria nei procedimenti in materia di controversie familiari, consente comunque al giudice di suggerire alle parti un differimento del giudizio di separazione perché, assistite da terzi qualificati, giungano ad un accordo sull’affidamento, sulla potestà genitoriale e sul contributo economico a favore dei figli⁵.

Tornando alle ben più rilevanti, nei procedimenti di cui qui ci si occupa, modifiche legislative del 2005, esse hanno consentito il ripensamento della natura giuridica della fase presidenziale, la quale, come è noto, è da sempre dibattuta in dottrina.

Non è certo questa la sede per esaminare nel dettaglio le diverse teorie che sono state proposte; basti ricordare che il disaccordo di fondo riguarda la natura di volontaria giurisdizione⁶ ovvero contenziosa della fase presidenziale; ed anche chi concordava sulla natura contenziosa dibatteva, con rinnovato slancio dopo l’emanazione della l. n. 353 del 1990, sulla natura cautelare o meno dei provvedimenti presidenziali⁷.

⁵ In arg. SPADARO, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 209 ss.

⁶ In questo senso CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali nell’interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, p. 220 ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, V ed., Milano, 1984, p. 855.

⁷ La tesi classica che ricomprende i provvedimenti presidenziali tra le misure cautelari è quella di CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, p. 46, poi fatta propria da CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, p. 342 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza*, Napoli, 1955, p. 39; GARBAGNATI, *In tema di esecuzione dei provvedimenti temporanei ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 1218.

A questa si contrapponeva la tesi di MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 6 ss., nonché ID., *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551, secondo la quale i provvedimenti presidenziali hanno natura anticipatoria. Si veda anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1996, p. 748 ss., secondo il quale i provvedimenti presidenziali devono essere collocati nella categoria dei provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi.

Evidenti i risvolti pratici di una scelta nell'uno o nell'altro senso: l'affermazione della natura cautelare avrebbe consentito – stante quanto previsto dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. – l'applicazione, tra l'altro, dell'istituto del reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c. A questo proposito si deve precisare che la l. n. 54 del 2006, che ha introdotto il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale (v. *infra* § 8), non ha sopito il dibattito sulla natura dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, gli ha anzi attribuito nuovo slancio. Essa ha infatti dimenticato di disporre in ordine ai provvedimenti, aventi il medesimo contenuto di quelli presidenziali, che vengono pronunciati – a modifica o revoca – dal giudice istruttore nel corso del giudizio di merito: al di là dunque della tesi che propugna un'interpretazione estensiva, nonostante il tenore letterale, dell'art. 708, comma 4°, c.p.c., l'affermazione della natura cautelare potrebbe portare a ritenere possibile l'applicazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

La natura cautelare dell'ordinanza presidenziale era, prima delle recenti riforme, comunemente negata dalla dottrina⁸, sostanzialmente sulla base di due argomentazioni; la prima, che essi sono adottabili d'ufficio (ma, come si vedrà, ciò è vero solo con riferimento alle misure concernenti la prole); la seconda, secondo cui sono idonei, *ex art. 189 disp. att. c.p.c.*, a sopravvivere all'estinzione del giudizio.

L'orientamento favorevole a riconoscere natura cautelare ai provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse del coniuge e della prole ne notava, invece, sia il carattere di strumentalità, che quello di provvisorietà, che il contenuto anticipatorio⁹.

In entrambi i casi, tuttavia, la dottrina era portata a concludere nel senso della inconciliabilità delle disposizioni del procedimento cautelare uniforme alla materia *de qua*, alla luce della sua specialità, evidenziata dall'ufficiosità del procedimento e dalla procedura tipica, incentrata sul ruolo del presidente del Tri-

⁸ Su queste posizioni MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., p. 49; CIPRIANI, *I provvedimenti*, cit., p. 463 ss.; GUARINO, *Limiti di efficacia dei provvedimenti presidenziali*, in *Dir. e giur.*, 1950, p. 75 ss.; CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà della sentenza e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 615 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 2002, p. 200; SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio. Il diritto di famiglia*, in *Trattato*, diretto da BONILINI-CATTANEO, I, Torino, 1998, p. 602; CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole" ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 380.

⁹ Nel senso che i provvedimenti presidenziali abbiano, dal punto di vista della loro funzione, natura tipicamente cautelare, SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1063 ss. e ID., *Provvedimenti ex art. 708 c.p.c. e nuovo rito cautelare uniforme*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 65 ss.; anche CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 624 si era speso per mostrare l'inconsistenza degli argomenti utilizzati dalla dottrina che respingeva la possibilità di sottoporre a reclamo i provvedimenti presidenziali in virtù della loro natura non cautelare.

bunale¹⁰. Di contro la giurisprudenza di legittimità ne affermava la natura cautelare, e continua a farlo ancora oggi¹¹, benché poi – contraddittoriamente – negasse, con alcune eccezioni, l'applicabilità analogica dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.¹².

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 80 del 2005 gli argomenti utilizzati per escludere la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali sono apparsi superabili. L'ordinamento conosce altri provvedimenti pronunciabili d'ufficio che ciò nonostante sono reclamabili; non solo: dopo la modifica dell'art. 669 *octies* c.p.c., tutte le misure cautelari anticipatorie non perdono efficacia se il giudizio di merito non viene iniziato o se dopo il suo inizio si estingue¹³.

Oggi, dunque, si può affermare che l'udienza presidenziale è estranea al giudizio contenzioso, che, per le ragioni che si esporranno nelle pagine che seguono, deve intendersi introdotto dal deposito della memoria integrativa e non dal deposito del ricorso introduttivo, né dalla sua notificazione alla controparte. È, però, certamente riduttivo limitarsi ad inquadrare la fase presidenziale nell'ambito della giurisdizione volontaria: le si deve piuttosto riconoscere una natura mista, nella quale accanto ad aspetti propri della giurisdizione volontaria – primo fra tutti l'assenza dell'obbligo di formulare vere e proprie domande nel ri-

¹⁰ Per un riepilogo sul tema v. PAGLIANI, *Reclamabilità e modificabilità dei provvedimenti del presidente e del giudice istruttore*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1516 ss. e, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, VULLO, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 649.

¹¹ V. Cass., 12 giugno 2006, n. 13593, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 603, con nota di BIANCHI, *Sulla natura, la durata e gli effetti nel tempo del provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c.*

¹² Prima della riforma, tra le tante sentenze che negavano la possibilità di reclamare ex art. 669 *terdecies* c.p.c. l'ordinanza presidenziale, Trib. Bari, 23 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1244; Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, p. 3156, con nota di CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*; Trib. Foggia, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, c. 263, con nota di CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*. Tra le pronunce che avevano ritenuto possibile il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale; v., ad esempio, Trib. Genova, 7 marzo 2002, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 631, con nota di BET, *Sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. avverso i provvedimenti per i figli nel procedimento di separazione giudiziale*; Trib. Genova, ord. 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2534, con note di CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.* e di PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*; Trib. Rovereto, 18 febbraio 2005 e Trib. Genova, 22 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1591; in arg. v. anche CASABURI, *Misure cautelari e giudizi di separazione e divorzio: alcune questioni controverse*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 403 ss.

¹³ Per questa ragione, la dottrina da sempre favorevole all'estensione dell'istituto del reclamo anche ai provvedimenti di cui si tratta aveva, già prima dell'introduzione dello stesso ad opera della legge sull'affidamento condiviso, ritenuto estensibile analogicamente il reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., considerando ormai superati gli ostacoli che, secondo l'opinione maggioritaria, vi si frapponevano; v. CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 143. Per il riconoscimento della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali anche CONSOLO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova, 2006, p. 367; VULLO, *Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 650.

corso introduttivo del procedimento – convivono aspetti propri della tutela cautelare¹⁴.

A questo proposito, non basta rilevare il contenuto anticipatorio dei provvedimenti temporanei ed urgenti per annoverarli tra i provvedimenti cautelari. È necessario piuttosto individuare un *periculum in mora*, che è l'elemento che consente di individuare la natura cautelare di una misura anticipatoria emessa all'esito di un procedimento a cognizione sommaria.

Parte della dottrina sostiene che è il particolare contenuto dei provvedimenti presidenziali che ne suggerisce l'anticipazione, anche in assenza di un *periculum in mora*, che, comunque, non è richiesto per la loro emanazione. Anzi, l'urgenza sarebbe *in re ipsa*, vale a dire sottratta all'accertamento del giudice; essa non tende a neutralizzare un pericolo da tardività o di infruttuosità dell'emananda sentenza sul merito, ma serve a dare necessaria regolamentazione temporanea a determinati rapporti che – nel momento in cui viene a cessare la convivenza tra coniugi – non possono rimanerne privi¹⁵.

A questi argomenti si può tuttavia ribattere sostenendo come, in realtà, i provvedimenti presidenziali paiono avere quella strumentalità che, seppur attenuata, sopravvive ancora oggi anche per le misure cautelari anticipatorie. La loro emanazione è infatti necessaria, nelle more dell'emanazione della sentenza di merito, per anticipare parte del contenuto di questa onde evitare un pericolo da tardività, in modo del tutto analogo a quanto è possibile sostenere in relazione ad ogni misura cautelare anticipatoria.

In conclusione, il *periculum in mora* delle misure temporanee ed urgenti emanate dal presidente del Tribunale nell'interesse dei coniugi e della prole si ravvisa nel pregiudizio consistente nella tardività della sentenza; dall'altro, come ogni altra misura cautelare anticipatoria *ex art. 669 octies c.p.c.*, anche quelle nell'interesse dei coniugi e della prole sono in grado di sopravvivere all'estinzione ed anche alla mancata instaurazione del giudizio di merito (sulla natura cautelare dell'ordinanza presidenziale e sull'ammissibilità della tutela d'urgenza nei procedimenti di separazione e divorzio v. anche *infra* § 7.1).

¹⁴ Affermano la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali dopo le ultime riforme CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 143; DE ANGELIS, *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, in *Giur. it.*, 2006, p. 654; GRAZIOSI, *Divorzio. II) Disciplina processuale*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 2007, p. 5.

In giurisprudenza, ha espressamente affermato la natura cautelare dell'ordinanza presidenziale Trib. Firenze, ord. 22 novembre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 274; *contra* Trib. Reggio Emilia, ord. 6 novembre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 179.

¹⁵ CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 376.

2. La competenza

Per quanto riguarda la competenza territoriale nei giudizi di separazione e divorzio, il legislatore del 2005, pur mantenendo una regolamentazione dei due procedimenti autonoma e separata, aveva previsto una identica disciplina, rispettivamente contenuta nell'art. 706 c.p.c. e nell'art. 4, comma 1°, l. div.¹⁶. Entrambe queste norme regolavano in modo nuovo rispetto al passato la competenza nei procedimenti di separazione, prevedendo quattro diversi criteri, tra loro "progressivi"¹⁷. La più rilevante novità introdotta dalla riforma era rappresentata dal criterio di collegamento per l'individuazione della competenza territoriale legato all'ultima residenza comune dei coniugi ed indicato come prioritario. Con tale previsione si era voluta attribuire dignità normativa ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che consentiva di identificare la residenza del convenuto con la casa coniugale, intesa quale luogo di dimora abituale dei componenti del nucleo familiare¹⁸.

L'uniformità di disciplina è tuttavia venuta meno a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 23 maggio 2008, n. 169, la quale ha dichiarato illegittimo, per contrarietà all'art. 3 Cost., l'art. 4, comma 1°, l. div. nella parte in

¹⁶ In relazione a questo aspetto, come in relazione a molti altri, la l. n. 80 del 2005 aveva dettato una disciplina identica dei procedimenti di separazione e divorzio, seppur mantenuta in due corpi normativi differenti. Secondo la dottrina si era, in questo modo, persa ancora una volta l'occasione di disciplinare in modo unitario i procedimenti *de quibus*; critici in tal senso GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1113 ss., nonché GRAZIOSI-CARNEVALE, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e divorzio in Spagna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 539 ss.; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 104. Secondo altri, visto che le disposizioni del c.p.c. e quelle della l. div. hanno un contenuto sostanzialmente identico, il legislatore non ha voluto discostarsi dalla scelta già in passato operata con la l. n. 74 del 1987, con la conseguenza che le lacune normative relative al giudizio di separazione potranno essere colmate richiamando la disciplina del divorzio, e viceversa; v. F. DANOVI, *Il procedimento di separazione e di divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, p. 185; di "osmosi" tra i due procedimenti parla anche CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio. Giudizio di primo grado*, in *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna, 2005, p. 482.

¹⁷ CEA, *I processi di separazione e divorzio*, cit., p. 113.

¹⁸ CEA, *Processo di divorzio e competenza territoriale*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 653 ss.; e per ragguagli ulteriori D'ORONZO, *Commento all'art. 706 c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani e Monteleone, Padova, 2007, p. 549.

In giurisprudenza, per tutte, Cass., ord. 28 giugno 2006, n. 15017, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Separazione dei coniugi*, n. 181 secondo la quale per vincere la presunzione di coincidenza tra il foro del convenuto ed il luogo dove si trova la casa coniugale era onere del convenuto stesso provare il trasferimento effettivo in altro luogo della casa coniugale e la conoscenza di ciò da parte dell'attore.

cui individua come foro dei giudizi contenziosi di divorzio il luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi¹⁹.

A seguito di questa pronuncia del giudice delle leggi si rende pertanto necessaria una analisi (almeno in parte) separata dei criteri di competenza dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Cominciando dal procedimento di separazione personale, il giudice competente è il Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi; in mancanza, il Tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio. Se il convenuto risiede all'estero o è irreperibile, la competenza spetta al Tribunale del luogo di residenza dell'attore; qualora anche l'attore risieda all'estero, il giudizio può essere instaurato dinanzi a qualsiasi Tribunale italiano.

Il Foro della residenza o del domicilio del convenuto, da principale, è pertanto divenuto criterio di natura sussidiaria. Si tratta di una novità che, benché ispirata alla disciplina del diritto internazionale privato (dalla quale, tuttavia, non viene mutuata la migliore formulazione normativa²⁰) e dalla volontà di introdurre un foro più favorevole al ricorrente, che non è più obbligato ad instaurare il giudizio nel luogo di nuova residenza del convenuto tutte le volte in cui questi abbia abbandonato la casa coniugale²¹, non è esente da critiche: dalla chiarezza della disciplina previgente si è passati ad una situazione normativa che pone non pochi nodi interpretativi e rischia di favorire il fiorire di capziose eccezioni di incompetenza²².

A chiarimento della formulazione letterale è opportuno innanzitutto specificare che l'ultima residenza comune deve essere individuata avendo riguardo non al dato meramente formale, bensì al luogo in cui, al di là della residenza anagra-

¹⁹ La citata sentenza si può leggere in *Fam. e dir.*, 2008, p. 669 ss., con nota di commento di TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?*; in *Giur. it.*, 2009, p. 121 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, 1599; in *Foro it.*, 2008, I, c. 2081; in *Riv. dir. proc.*, 2009, 488 ss., con nota di SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica la competenza nei giudizi di divorzio*.

L'ordinanza 16 febbraio 2007 del Tribunale di Pisa che aveva sollevato l'eccezione di illegittimità costituzionale si può leggere in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1557; in *Il merito*, 2007, p. 33, in *Foro it.*, 2008, I, c. 653 ss. con nota di CEA, *Processo di divorzio e competenza territoriale*, cit.

La sentenza della Consulta non ha modificato la competenza territoriale per i divorzi su domanda congiunta: ai sensi dell'art. 4, comma 1°, l. div. la competenza è attribuita al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.

²⁰ L'art. 3 del regolamento CE n. 2201/03 radica la competenza nella controversia in materia familiare in funzione della residenza "abituale" dei coniugi, dando così rilievo non tanto all'ultima residenza (che potrebbe essere anche occasionale) bensì al luogo in cui nel corso del matrimonio si è maggiormente svolta la vita coniugale e familiare. In arg. BIAVATI, *Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1241 ss.

²¹ M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, in *Guida dir.*, 2005, 22, p. 92.

²² GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124.

fica di ciascuno dei coniugi – che ben potrebbe non essere coincidente, anche in costanza di matrimonio²³ – è stata effettivamente localizzata la vita matrimoniale²⁴. Questa opzione interpretativa impone di chiarire che il ricorrente, tutte le volte in cui adisca un foro che assume essere corrispondente al luogo di effettiva residenza coniugale, diversa da quella anagrafica, di fronte ad un'eccezione di incompetenza dovrà dare la prova della mancata corrispondenza tra il criterio formale e quello reale: la carenza di prova non potrà che comportare l'accoglimento dell'eccezione del convenuto. Ai dati anagrafici deve infatti essere dato valore presuntivo, anche qualora non li si voglia considerare come vincolanti²⁵.

Il criterio della residenza comune dei coniugi, inteso nel senso effettivo che si è detto, rischia, però, di rendere inapplicabile il criterio successivo della residenza o del domicilio del convenuto: è evidente infatti che un'ultima residenza comune dei coniugi non può mai mancare, perché essi hanno, in costanza di matrimonio, il dovere di coabitazione *ex art. 143 c.c.*

Per evitare una *interpretatio abrogans* della norma diviene dunque inevitabile ritenere che, perché possa essere adito il giudice del luogo dell'ultima residenza comune, non è sufficiente che i coniugi ne abbiano avuto una, anche in un passato remoto; è piuttosto necessario che l'ultima residenza comune sia la residenza attuale, quella in cui vivono ancora entrambi o quanto meno uno di essi – quello che non l'ha abbandonata – al momento della presentazione della domanda²⁶.

L'esistenza di una residenza comune in passato, ma non più attuale al momento della presentazione della domanda, non è dunque una condizione sufficiente ai fini dell'operatività di questo primo criterio di collegamento. È in mancanza di attualità di residenza comune – vale a dire quando entrambi i coniugi abbiano già abbandonato la casa coniugale al momento di presentazione della

²³ L'art. 45 c.c. stabilisce che ciascuno dei coniugi ha il proprio domicilio nel luogo in cui ha stabilito la sede principale dei propri affari ed interessi. Prima della legge di riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), la norma *de qua* attribuiva alla moglie il domicilio del marito.

²⁴ Si tratta dell'interpretazione fatta propria dalla prevalente dottrina, che vi individua la *voluntas legis*; cfr. GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 356; F. DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 861; LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 964; *contra* CARBONE, *Le recenti riforme del diritto delle persone e della famiglia. Relazione introduttiva*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 354. Anche nel vigore della precedente disciplina la giurisprudenza riteneva che non avessero valore assoluto le risultanze anagrafiche, superabili – in quanto presunzioni semplici – a mezzo di prova contraria; Cass., 22 luglio 1995, n. 8049, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 338.

²⁵ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 356.

²⁶ Così TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. e dir.*, 2006, 1, p. 8; CEA, *I processi di separazione e divorzio*, cit., p. 114; *contra* CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio*, cit., p. 503.

domanda – che entra in gioco il foro del convenuto, non quando una residenza comune sia mancante *ab origine*²⁷.

È vero che questa soluzione forza il testo della legge. Tuttavia, solo limitando l'operatività della nuova previsione legislativa all'ipotesi in cui i coniugi abbiano ancora una residenza comune al momento del deposito del ricorso il primo criterio di competenza viene fatto coincidere con quello della casa coniugale, assecondando così la volontà del legislatore di consentire l'instaurazione del giudizio nel luogo in cui si è effettivamente svolta la vita matrimoniale²⁸: non avrebbe senso radicare il giudizio nel luogo di ultima residenza comune dei coniugi, se questa è risalente nel tempo oppure se è stata una residenza occasionale.

In conclusione, il giudizio di separazione deve essere instaurato presso il foro di residenza o (alternativamente) di domicilio del convenuto a meno che al momento della presentazione della domanda i coniugi abbiano ancora una residenza comune.

Se la scelta di privilegiare il foro dell'ultima residenza comune dei coniugi, così interpretato, può riconoscersi come razionale per quanto riguarda il processo di separazione, non lo era certamente per il giudizio di divorzio, dal momento che esso, nella maggioranza dei casi, viene domandato dopo che sono trascorsi i tre anni di ininterrotta separazione²⁹.

²⁷ CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; M. FINOCCHIARO, *Separazione*, cit., p. 93; CARBONE, *Le recenti riforme*, cit., p. 354.

Contra però Trib. Bari, 19 febbraio 2010, n. 626, in *www.giurisprudenzabarese.it*, secondo cui “L’art. 706, c.p.c., ha introdotto, ai fini dell’individuazione del Tribunale competente, criteri di collegamento non alternativi, bensì successivi ed inderogabili. Orbene, il legislatore, con l’inciso ‘ultima residenza comune’, ha inteso riferirsi al luogo di concreto svolgimento della vita familiare, poiché solo tale criterio tutela in modo equilibrato la parte ricorrente e la parte resistente tanto nel caso in cui non sia stata fissata una residenza formale comune (ipotesi ben possibile, ai sensi dell’art. 144, comma 1, c.c.) quanto nel caso di improvviso allontanamento unilaterale di uno dei coniugi. In buona sostanza, per ‘ultima residenza comune dei coniugi’ deve intendersi, quanto meno nel giudizio di separazione, la ‘casa familiare’ (o anche, soprattutto in mancanza di prole, ‘casa coniugale’), a condizione però, onde rendere il criterio di collegamento funzionalmente e concretamente applicabile, che vi sia attualità di residenza di entrambi i coniugi o almeno di uno di essi. Dunque può conclusivamente affermarsi che il foro secondario della residenza o del domicilio del convenuto opera solo quando i coniugi non abbiano mai avuto una ‘casa familiare’ (o ‘coniugale’)”.

²⁸ Anche la giurisprudenza individuava nelle cause di separazione il foro competente nel luogo della casa coniugale (Cass., 24 aprile 2001, n. 6012, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Separazione di coniugi*, n. 38).

²⁹ Decisamente critica nei confronti della coincidenza di questo criterio di competenza nei processi di separazione e divorzio l’unanime dottrina, cfr. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124; F. DANOVÌ, *Le nuove norme*, cit., p. 862; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141; M. FINOCCHIARO, *Separazione*, cit., p. 92; SIRACUSANO, *Procedimenti in materia di separazione e divorzio*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, I, Padova, 2007, p. 376 ss.; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani e Monteleone,

La dottrina aveva sin da subito sottolineato il paradosso di un foro voluto come principale che diveniva di fatto inapplicabile nella grande maggioranza dei giudizi di divorzio, che seguono ad una separazione protrattasi per tre anni e che pertanto vengono instaurati quando la residenza comune ha cessato da tempo di essere attuale³⁰. Anche parte della giurisprudenza di merito, prima della citata pronuncia della Corte costituzionale, disapplicava la norma, ritenuta irragionevole, ritenendo che nei giudizi di divorzio instaurati dopo una pregressa separazione fosse competente in Tribunale del luogo di residenza o domicilio del convenuto quando al momento dell'instaurazione del giudizio fosse risultato che questi avesse fissato la sua residenza o il suo domicilio in un circondario diverso rispetto a quello in cui si trovava l'ultima residenza comune dei coniugi³¹.

I dubbi sull'illegittimità costituzionale della norma per irragionevolezza erano dunque già stati posti³²: e nella precedente edizione di questo volume avevamo cercato di superarli con una interpretazione adeguatrice tale per cui il criterio della residenza comune doveva trovare applicazione solo ed esclusivamente nei giudizi di divorzio c.d. diretto *ex art. 3 l. div.*, che non segue ad una previa separazione. Tale proposta consentiva di far sì che anche il principale criterio di competenza voluto dalla l. n. 80 del 2005 fosse, come ogni altro criterio di competenza, legato – per ragioni soggettive od oggettive – al luogo del giudice indicato come competente³³.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 169 del 2008, è giunta alla declaratoria di incostituzionalità osservando che, poiché nella formulazione dell'art. 4, comma 1°, l. div. scaturita dalla riforma i criteri di competenza territoriale erano inderogabili e successivi, perché il ricorrente potesse proporre la domanda innanzi al Tribunale del luogo della residenza o del domicilio del convenuto non era sufficiente che la residenza comune dei coniugi fosse venuta meno, ma era necessario che essa non fosse mai esistita “non potendosi interpretare l'espressione ‘in mancanza’ come equivalente a quella ‘qualora sia successivamente venuta meno’ ”³⁴; pertanto, in tutti i casi in cui i coniugi avessero avuto in passato una

Padova, 2007, p. 550; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1124 ss.

³⁰ Giova ricordare che la sola proposizione della domanda di separazione personale costituisce, *ex art. 146, comma 2°, c.c.*, giusta causa di allontanamento dalla casa coniugale; è inoltre il presidente che autorizza i coniugi a vivere separati sin dal momento della comparizione dinanzi a lui (cfr. artt. 232, comma 2°, e 234, comma 2°, c.c.).

³¹ In questo senso Trib. Foggia, 30 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 653, con nota di CEA, *Processo di divorzio e competenza territoriale*, cit.

³² In tal senso CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141.

³³ CEA, *I processi di separazione e divorzio*, cit., p. 115.

³⁴ Questa interpretazione che la Consulta fornisce della norma è la stessa che era stata proposta dalla prevalente dottrina: cfr. M. FINOCCHIARO, *Separazione*, cit., p. 93; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, cit., p. 550; GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124.

residenza comune, il giudice competente andava individuato facendo riferimento al luogo in cui detta residenza si trovava e ciò anche nell'ipotesi in cui al momento dell'introduzione del giudizio nessuna delle due parti avesse più rapporti con quel luogo³⁵.

Da una premessa siffatta è derivata la palese irragionevolezza di tale criterio di competenza territoriale, che viola il diritto di difesa di entrambe le parti, posto che nella maggioranza dei giudizi di divorzio la residenza comune è cessata, quanto meno dal momento in cui i coniugi, in seno al giudizio di separazione, sono stati autorizzati a vivere separati.

A seguito di questa pronuncia, la competenza territoriale inderogabile a conoscere le cause di divorzio è attribuita, come era in passato, soltanto al giudice del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio, salve le ipotesi in cui questi sia irreperibile o residente all'estero³⁶.

Prima di passare a considerare gli altri criteri successivi di competenza per territorio, è necessario risolvere il problema di cosa accade a quei giudizi di divorzio ancora pendenti nel momento in cui è stata pronunciata la sentenza della Corte costituzionale. È noto che quando una norma, anche processuale, viene dichiarata incostituzionale essa cessa di operare dal giorno successivo della pubblicazione della relativa sentenza sulla *Gazzetta Ufficiale*³⁷: pertanto corretta-

³⁵ Critico con questo ragionamento della Corte costituzionale TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime*, cit., p. 671, il quale osserva come non fosse vero che il criterio della residenza comune dei coniugi dovesse essere applicato sempre, e cioè anche quando detto luogo non sussistesse più al momento della proposizione della domanda; l'espressione "in mancanza" non può essere interpretata nel senso inteso dalla Consulta nella sentenza citata. Questa lettura non tiene infatti conto della necessità di considerare ai sensi dell'art. 5 c.p.c. lo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda.

³⁶ Secondo TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime*, cit., p. 672, la pronuncia della Consulta frustra l'intento lodevole del legislatore di radicare la competenza a conoscere di tutti i giudizi di crisi coniugale nel luogo in cui la vita della famiglia si svolge; luogo che può essere individuato anche nei giudizi di divorzio tutte le volte in cui la residenza comune è cessata, ma la casa familiare è ancora abitata da uno dei due coniugi. Sarebbe dunque stato meglio se fosse stata emanata una sentenza interpretativa che avesse esteso l'interpretazione costituzionalmente corretta della norma *de qua* prendendo spunto dall'art. 3 del c.d. Regolamento Bruxelles *Due bis* che radica la competenza per le cause matrimoniali nello Stato nel cui territorio si trova la residenza abituale dei coniugi ma anche "l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora". Questa soluzione "avrebbe avuto il pregio di consentire al coniuge che ancora risiede nell'ultima casa familiare di adire lo stesso ufficio giurisdizionale che ha pronunciato la sentenza di separazione". In realtà, prima della riforma del 2005, la giurisprudenza identificava la residenza del convenuto – principale criterio di competenza territoriale – nella casa familiare; tale presunzione poteva essere superata solo con la prova, a carico del convenuto, dello spostamento altrove della propria residenza; tale orientamento riprenderà valore, dopo la pronuncia della Corte costituzionale, limitatamente ai giudizi di divorzio; cfr. *ex multis* Cass., 29 settembre 2004, n. 19595, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Separazione dei coniugi*, n. 41; Cass., 18 aprile 2001, n. 5729, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2088; Trib. Foggia, 30 maggio 2007, cit.

³⁷ Le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale relative a norme processuali sono

mente i Tribunali dinanzi ai quali erano pendenti i giudizi di divorzio alla data di pubblicazione della sentenza della Consulta hanno dichiarato d'ufficio la propria incompetenza per territorio, essendo il giudice competente quello della residenza o del domicilio del convenuto, senza alcuna possibilità di individuazione di un foro alternativo attesa la sua inderogabilità³⁸.

L'art. 706, comma 2°, c.p.c. e l'art. 4, comma 1°, l. div. dispongono che qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero, o risulti irreperibile, la domanda si propone al Tribunale del luogo di residenza o domicilio del ricorrente. Questa ipotesi era in precedenza disciplinata solo relativamente al processo di divorzio, ma era unanimemente ritenuta operante anche nei processi di separazione, grazie all'art. 23 l. n. 74 del 1987, il quale sanciva che fino all'entrata in vigore di un nuovo codice di rito, ai giudizi di separazione personale dovessero trovare applicazione in quanto compatibili le norme sul giudizio di divorzio.

Si tratta di una norma criticabile, sia perché il criterio del foro dell'attore ha senso in un sistema in cui il foro generale è quello della residenza o del domicilio del convenuto³⁹, sia perché recupera, in modo anacronistico, il foro del luogo di residenza dell'attore introdotto dalla l. n. 74 del 1987 nell'art. 4 l. div. quando ancora non esisteva il regolamento comunitario n. 1347 del 2000, ora sostituito dal regolamento n. 2201 del 2003: con il risultato che la norma rischia di essere in contrasto con la disciplina europea⁴⁰. Essa pone inoltre un non semplice problema interpretativo: basta che al momento della presentazione della domanda il coniuge che la riceve risieda all'estero perché trovi applicazione il foro del ricorrente, anche se è individuabile un'ultima una residenza comune? E in questa seconda ipotesi deve essere il foro dell'ultima residenza comune dei coniugi a prevalere?

È preferibile ritenere che il foro dell'ultima residenza comune venga meno quando il coniuge convenuto risieda all'estero o sia irreperibile⁴¹. Questa inter-

immediatamente efficaci su tutte le situazioni pendenti; in tal senso si veda, per tutte, Cass., 9 aprile 1984, n. 2274, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 665. In dottrina ORIANI, *Effetti della dichiarazione d'incostituzionalità di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 419 ss.

³⁸ In questo senso Trib. Milano, 14 maggio 2009, n. 6503, *Redazione Giuffrè*. Conferma la correttezza tale scelta dei tribunali SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica*, cit., p. 494, la quale precisa che il controllo sulla competenza da parte del giudice adito potrebbe essere impedito da una diversa disposizione di legge che preveda una preclusione maturata prima della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale.

³⁹ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357.

⁴⁰ Così GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124.

⁴¹ Questa conclusione è agevolata, per quanto riguarda i procedimenti di separazione, dal fatto che il criterio di cui si tratta è contenuto in un apposito secondo comma dell'art. 706 c.p.c.: si da lasciare intendere che l'eventualità che uno dei due coniugi abbia residenza o domicilio all'estero o sia, al momento della presentazione della domanda, irreperibile costituisca fatto di per sé sufficiente da consentire al ricorrente la proposizione della domanda nel foro che gli è più vicino, a prescindere dal fatto che sia esistita, nel corso della vita coniugale, una residenza comune. Il fatto

pretazione è coerente con quanto detto sopra in ordine alla necessaria attualità della residenza comune, attualità che manca evidentemente se il coniuge convenuto è irreperibile o risiede all'estero.

Infine, se entrambi i coniugi sono residenti all'estero⁴² la domanda di separazione e di divorzio può essere proposta avanti a qualsiasi Tribunale della Repubblica. La riforma – accogliendo il suggerimento di un'autorevole dottrina⁴³ – ha espressamente esteso anche al giudizio di separazione il criterio già previsto nell'art. 4 l. div., senza peraltro che ciò abbia comportato una reale novità rispetto al passato, visto che la lacuna veniva colmata grazie all'estensione consentita dall'art. 23 l. n. 74 del 1987.

Per concludere sulla competenza, giova ricordare che, in quanto inderogabile, ex artt. 28 e 70, n. 2, c.p.c., in ragione del necessario intervento nel giudizio di un rappresentante del pubblico ministero, il relativo difetto è rilevabile anche d'ufficio (sui poteri del presidente incompetente v. *infra* § 6.1).

Quanto al momento in cui il difetto di competenza del giudice adito può essere rilevato d'ufficio, si deve considerare che l'art. 38, comma 3°, c.p.c. (già 1° comma prima dell'intervento di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69), prevede che il rilievo avvenga non oltre la prima udienza di trattazione, che, giusta la ripristinata bifasicità dei giudizi di separazione e divorzio all'esito della riforma del 2005 (v. *retro* § 1) nelle separazioni giudiziali e nei divorzi contenziosi coincide con la prima udienza dinanzi al giudice istruttore.

Giuste le modifiche che la già citata l. n. 69 del 2009 ha apportato all'art. 38 c.p.c., il convenuto deve a pena di decadenza eccepire l'incompetenza del giudice adito in una causa di separazione e di divorzio, anche se si tratta di un tipo di competenza inderogabile, nella comparsa di risposta, che deve essere depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione, ex art. 166 c.p.c.; la riforma ha infatti apportato per il convenuto una sorta di unificazione del regime dell'eccezione di incompetenza, indipendentemente dal tipo di incompetenza eccepita⁴⁴. Poiché però, come già detto, l'incompetenza per territorio di cui trattasi può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., è teoricamente possibile, per la parte che sia decaduta perché non abbia formulato tempestivamente la propria eccezione, sollecitare il giudi-

che non sia così nell'art. 4 l. div. non consente una diversa interpretazione, che minerebbe l'omogeneità del sistema; cfr. M. FINOCCHIARO, *Separazione*, cit., p. 92.

⁴² Si deve trattare di cittadini italiani. Se invece entrambi i coniugi sono cittadini stranieri ma uno di essi ha domicilio in Italia, sussiste la giurisdizione del giudice italiano ex art. 3, comma 2°, l. 31 maggio 1995, n. 218; v. Cass., sez. un., 3 febbraio 2004, n. 1994, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1063.

⁴³ CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale. Il procedimento contenzioso*, in CIPRIANI-QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, p. 248.

⁴⁴ Per tutti BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1307. Quanto al regime transitorio, la nuova formulazione dell'art. 38 c.p.c. trova applicazione nei giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009.

ce a rilevare l'incompetenza nel corso dell'udienza di trattazione⁴⁵. Si deve infine ricordare che, come in passato, l'eccezione di incompetenza territoriale della parte si ha per non proposta se non viene contestualmente indicato il giudice ritenuto competente.

Infine, a prescindere da quanto si dirà in ordine al momento della costituzione in giudizio del ricorrente (v. *infra* § 3.2), deve ritenersi che, come in passato, il momento determinante della competenza *ex* art. 5 c.p.c. sia quello del deposito del ricorso e non quello in cui il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza presidenziale sono notificati al coniuge convenuto⁴⁶. Tale assunto è confermato dal nuovo testo dell'art. 39, comma 3°, c.p.c., ove è stata opportunamente aggiunta, dalla l. n. 69 del 2009, la precisazione che, nel caso in cui l'atto introduttivo del procedimento sia il ricorso e non la citazione, la prevenzione è determinata dal deposito dello stesso⁴⁷.

3. L'introduzione della fase presidenziale

3.1. Il ricorso. Contenuto e nullità

La domanda introduttiva dei giudizi di separazione e di divorzio è un ricorso⁴⁸ che deve contenere "l'esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata" (art. 706, comma 1°, c.p.c.) oltre all'indicazione dell'eventuale esistenza di figli legittimi, legittimati o adottati durante il matrimonio (art. 706, ult. comma, c.p.c. e art. 4, comma 4°, l. div.), cui si aggiunge, ma solo per quanto riguarda il procedimento di divorzio, l'indicazione degli "elementi di diritto" (art. 4, comma 2°, l. div.).

Parte della dottrina ha ritenuto che, nonostante la diversa formulazione, anche nel ricorso introduttivo del giudizio di separazione debbano essere indicati gli elementi di diritto, in quanto essenziali alla specificazione della domanda⁴⁹.

⁴⁵ Per questa ragione parte della dottrina ha ritenuto che previsione contenuta nel nuovo comma 3° della norma possa vanificare il limite temporale per l'eccezione del convenuto; così BUCCI-SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, p. 60.

⁴⁶ Cass., 15 febbraio 1999, n. 1260, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 336.

⁴⁷ Sulla modifica dell'art. 39 c.p.c. v. anche la successiva nota 64.

⁴⁸ Il ricorso, benché volto alla fissazione dell'udienza dinanzi al presidente, è indirizzato al Tribunale; ovviamente non è causa di nullità l'intestazione rivolta al presidente, purché comunque consenta l'individuazione del giudice adito. Solo per il ricorso introduttivo del giudizio di divorzio l'art. 4, comma 3°, l. div. prevede che il cancelliere ne dia comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove il matrimonio fu trascritto per l'annotazione in calce all'atto.

⁴⁹ TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 229 ss.

L'omissione del riferimento agli elementi di diritto nell'art. 706 c.p.c. non può tuttavia ritenersi frutto di una svista del legislatore, ma trova giustificazione nella consapevolezza della diversità dei presupposti che fondano il giudizio di separazione da un lato e quello di divorzio dall'altro. Il primo, infatti, può essere instaurato se ricorrono le condizioni previste all'art. 151 c.c. ovvero dell'art. 158 c.c.⁵⁰; ne deriva che, esposti i fatti che fondano la domanda, non v'è bisogno che essa sia suffragata da elementi di diritto. Diversamente, il giudizio di divorzio può reggersi sulle diverse *causae petendi* tassativamente indicate all'art. 3 l. div., per la cui descrizione è certamente necessario fare riferimento ad elementi di diritto⁵¹.

In merito al contenuto del ricorso introduttivo sono evidenti le innovazioni introdotte dalla l. n. 80 del 2005. In passato, grazie all'integrale rinvio dell'art. 23 l. n. 74 del 1987, al ricorso per la separazione personale si applicava lo stesso analitico contenuto dell'art. 4, comma 2°, l. div., che ricalcava i requisiti dell'art. 163 c.p.c. La riforma ha espunto dal ricorso introduttivo, tanto nel giudizio di separazione quanto in quello di divorzio, tutti gli elementi propri di una completa domanda giudiziale; elementi che devono essere ora contenuti nella memoria integrativa che l'attore ha l'onere di depositare nel termine concessogli dal presidente all'esito dell'udienza, per la prosecuzione del giudizio dinanzi al giudice istruttore (*ex* l'art. 709, comma 3° c.p.c. e l'art. 4, comma 10°, l. div.; v. cap. II, § 2).

La domanda introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio può dunque ora dirsi domanda a "formazione progressiva"⁵², nel senso che è il risultato dell'integrazione tra ricorso e memoria integrativa. Questa scelta ha conseguenze sistematiche rilevanti. Scardina, in primo luogo, le certezze cui la giurisprudenza era giunta in merito al momento di costituzione in giudizio delle parti (v. *amplius* §§ 3.2 e 5) e diviene uno degli elementi sui quali è possibile fare leva per dimostrare come il legislatore del 2005 abbia nettamente optato per la struttura bifasica dei giudizi di cui si discute: vi è una prima fase, incentrata sull'udienza presidenziale, non strettamente giurisdizionale, introdotta dal ricorso, ed una seconda fase contenziosa, introdotta dalla memoria integrativa, avente ad

⁵⁰ Rispettivamente il verificarsi di "fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole" (art. 151, comma 1°, c.c.) ovvero fatti tali da giustificare la domanda di separazione con addebito in considerazione del "comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio (art. 151, comma 2°, c.c.); e separazione in virtù del solo consenso dei coniugi (art. 158 c.c.).

⁵¹ Così SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; CEA, *I processi di separazione e divorzio*, cit., p. 116; M. FINOCCHIARO, *Nel ricorso anche la dichiarazione dei redditi*, in *Guida dir.*, 2005, 22, p. 94; LUPOI, *La riforma*, cit., p. 967.

⁵² Così TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 232 e AMADEI, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, in *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, a cura di Cecchella, Milano, 2006, p. 75.

oggetto la trattazione, oltre che della domanda principale, delle eventuali domande accessorie e riconvenzionali⁵³.

Il nuovo contenuto del ricorso introduttivo appare, in quest'ottica, funzionale a consentire esclusivamente lo svolgimento dell'udienza presidenziale e dei due fondamentali adempimenti propri di quella sede: il tentativo di conciliazione e l'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole.

Il suo scarso contenuto rispecchia dunque la volontà di deformalizzare la fase introduttiva dei procedimenti allo scopo, come la dottrina ha avuto modo di sottolineare, di favorire la riconciliazione tra i coniugi⁵⁴. È chiaro che al fine del raggiungimento di questo obiettivo era necessario che le parti non avessero l'onere di "dire subito tutto" sin dagli atti introduttivi, visto che ad un comportamento processuale siffatto consegue un inasprimento della lite. Solo se le parti sono sicure di non incorrere in alcuna preclusione o decadenza nella fase presidenziale si può sperare che impostino i propri atti introduttivi nella prospettiva di raggiungere, per quando possibile, un accordo. Accordo che, nonostante le intenzioni del legislatore e l'obbligo di esperimento del tentativo di conciliazione, non porta – di solito – ad una vera e propria riconciliazione tra i coniugi (che se giungono dinanzi al presidente del Tribunale è perché hanno già sperimentato senza successo le strade per evitare una controversia), ma porta bensì alla trasformazione del procedimento da contenzioso a consensuale (in arg. v. *amplius* cap. V).

Ciò premesso, si deve sottolineare che quello indicato dagli artt. 706, comma 1°, c.p.c. e 4, comma 2°, l. div. è però il contenuto minimo del ricorso introduttivo dei procedimenti di separazione e di divorzio, sì che l'attore può redigerlo in modo tendenzialmente completo⁵⁵.

Questa possibilità non può, tuttavia, essere trasformata in un obbligo, pena il completo azzeramento della riforma sul punto. Deve dunque respingersi quella tesi che vuole che il contenuto del ricorso introduttivo sia necessariamente in-

⁵³ GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1116. Ritiene invece che la fase presidenziale abbia tuttora natura giurisdizionale A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio: la l. 14-5-2005, n. 80, e successive modificazioni*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, p. 132, ma già *Vita not.*, 2006, I, p. 49 ss.

⁵⁴ TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 230; DOSI, *Quella fase introduttiva tutta speciale al processo di separazione e di divorzio*, in *Dir. e giust.*, 2005, 24, p. 61; CEA, *I processi di separazione e divorzio*, cit., p. 118.

⁵⁵ Ad esempio è chiaro che egli può prendere posizione sui provvedimenti temporanei ed urgenti che saranno adottati dal presidente all'esito dell'udienza, benché a riguardo non vi sia alcun onere allegativo, trattandosi di provvedimenti che vengono emessi d'ufficio, tanto nella separazione quanto nel divorzio (art. 708, comma 3°, c.p.c. e art. 4, comma 8°, l. div.). Così A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 127 ss.; favorevoli alla possibilità che il contenuto del ricorso possa essere più ampio di quello indicato dalla norma anche GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1128 e DOSI, *Quella fase introduttiva*, cit., p. 61.

tegrato dal disposto dell'art. 125 c.p.c., in quanto norma di carattere generale⁵⁶. Secondo questa impostazione – che finisce per trasformare la memoria integrativa dell'art. 709, comma 3° c.p.c. e dell'art. 4, comma 10°, l. div. in un (inutile) doppione del ricorso introduttivo – la riforma deve essere riduttivamente letta come espressione della volontà di non collegare alcuna preclusione al deposito del ricorso che precede l'udienza presidenziale.

Benché nella pratica i dubbi sul contenuto del ricorso riguardino, di fatto, soltanto la necessità o meno della precisa indicazione dell'oggetto e delle ragioni della domanda, con le relative conclusioni⁵⁷, perché non è pensabile che esso non contenga l'indicazione delle parti e del giudice adito (per quanto riguarda il rilascio della procura alle liti v. *infra* § 3.2), deve ritenersi che il ricorso di cui si tratta non debba essere integrato con quanto previsto dall'art. 125 c.p.c., che è norma di applicazione residuale nelle ipotesi in cui la legge non abbia altrimenti disposto: cosa che non si verifica nel caso di specie, nel quale non solo il contenuto del ricorso è indicato dalla legge, ma gli elementi propri di una domanda di parte devono essere contenuti nella memoria integrativa⁵⁸.

È dunque valido un ricorso per separazione giudiziale contenente l'enunciazione dei fatti che hanno reso intollerabile la convivenza⁵⁹ ed un ricorso per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio che si limiti ad indicare i fatti e gli elementi di diritto di una delle fattispecie di cui all'art. 3 l. div., seguiti dalla richiesta di fissazione dell'udienza presidenziale: anche in tal caso è chiaro, benché non sia esplicitato, quale sia il *petitum* della domanda. La richiesta di separazione o di divorzio può desumersi dal tenore complessivo dell'atto.

In tema di nullità del ricorso introduttivo, è da escludere l'applicazione analogica dell'art. 164 c.p.c.: ciò perché detto ricorso deve avere un contenuto minimo ed in ogni caso differente dal contenuto proprio di una domanda giudiziale. La disciplina delle nullità non potrà, dunque, che essere quella regolata dagli artt. 156 e seguenti c.p.c.

Che cosa accade se il ricorrente omette di indicare i fatti sui quali la domanda è fondata e si limita a domandare la fissazione dell'udienza presidenziale? E cosa accade se omette di indicare la presenza di figli? Cosa accade se nel ricorso introduttivo di un giudizio di divorzio viene omessa l'indicazione degli elementi di diritto? (sul tema della nullità del ricorso introduttivo in caso di omessa allegazione delle dichiarazioni dei redditi v. *infra* § 6.4).

⁵⁶ Così TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 232; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141.

⁵⁷ Quanto all'indicazione delle prove, dopo la riforma non v'è invece più alcun dubbio che le parti non abbiano alcun onere, prescritto a pena di decadenza, di indicarle, potendolo fare in seguito; in merito alle preclusioni, in specie quelle istruttorie, v. cap. II, § 4.2.

⁵⁸ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 359.

⁵⁹ GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1128.