

## **La disciplina processuale del divorzio dopo la riforma introdotta dal d.l. 14.3.2005, n. 35 (art. 4, l. 1.12.1970, n. 898)**

di Emanuela De Roma (commi 1-10) e di Francesco Tedioli (commi 11-16)

### **Norma di riferimento**

art. 4, L. 1.12.1970, n. 898<sup>1</sup>

[001] [1] *La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio. Qualora il coniuge convenuto sia residente all'estero o risulti irreperibile, la domanda si propone al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente e, se anche questi è residente all'estero, a qualunque tribunale della Repubblica. La domanda congiunta può essere proposta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.*

[002] [2] *La domanda si propone con ricorso, che deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata.*

[003] [3] *Del ricorso il cancelliere dà comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove il matrimonio fu trascritto per l'annotazione in calce all'atto.*

[004] [4] *Nel ricorso deve essere indicata l'esistenza dei figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio.*

[005] [5] *Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve avvenire entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto ed il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Il presidente nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace.*

[006] [6] *Al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegati le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate.*

[007] [7] *I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore. Se il ricorrente non si presenta o rinuncia, la domanda non ha effetto. Se non si presenta il coniuge convenuto, il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata. All'udienza di comparizione, il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente poi congiuntamente, tentando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione.*

[008] [8] *Se la conciliazione non riesce, il presidente, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori nonché, qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori, dà, anche d'ufficio, con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione e trattazione dinanzi a questo. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentito il ricorrente e il suo difensore. L'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore. Si applica l'articolo 189 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.*

[009] [9] *Tra la data dell'ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell'udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all'articolo 163-bis del codice di procedura civile ridotti a metà.*

[010] [10] *Con l'ordinanza di cui al comma 8, il presidente assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa, che deve avere il contenuto di cui all'articolo 163, terzo comma, numeri 2), 3), 4), 5) e 6), del codice di procedura civile e termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli articoli 166 e 167, primo e secondo comma, dello stesso codice nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.*

L'ordinanza deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'articolo 167 del codice di procedura civile e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

[011] [11] All'udienza davanti al giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, commi primo, secondo, quarto, quinto, sesto e settimo, del codice di procedura civile. Si applica altresì l'articolo 184 del medesimo codice.

[012] [12] Nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno, il tribunale emette sentenza non definitiva relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Avverso tale sentenza è ammesso solo appello immediato. Appena formatosi il giudicato, si applica la previsione di cui all'articolo 10.

[013] [13] Quando vi sia stata la sentenza non definitiva, il tribunale, emettendo la sentenza che dispone l'obbligo della somministrazione dell'assegno, può disporre che tale obbligo produca effetti fin dal momento della domanda.

[014] [14] Per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva.

[015] [15] L'appello è deciso in camera di consiglio.

[016] [16] La domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio. Il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza. Qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8.

**Norma precedente:** art. 3, L. 1.12.1970, n. 898

**Norma successiva:** art. 5, L. 1.12.1970, n. 898

#### **Nota: 1**

[] Articolo così sostituito, da ultimo dall'art. 2, D.L. 14.3.2005, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, con L. 14.5.2005, n. 80, a decorrere dal 12 settembre 2005.

#### **Riferimenti normativi**

artt. 2, 3, 29, 111 Cost.; artt. 85, 149, 158, 392, 424, 2818 c.c.; artt. 18, 28, 38, 50 bis, 70, 72, 78, 79, 162, 163 bis, 164, 168 bis, 177, 180, 181, 183, 277, 279, 282, 283, 291, 307, 325, 327, 351, 605, 611, 669 bis, 669 quaterdecies, 706, 711, 739 c.p.c.; art. 189 disp. att. c.p.c.; L. 1.12.1970, n. 898; L. 1.8.1978, n. 436; L. 6.3.1987, n. 74; L. 21.12.1990, n. 393; L. 31.5.1995, n. 218; D.L. 18.10.1995, n. 432; L. 4.4.2001, n. 154; D.P.R. 30.5.2002, n. 115; D.L. 14.3.2005, n. 35; Conv. New York 20.11.1989 (ratificata con L. 27.5.1991, n. 176); Conv. Strasburgo 25.1.1996 (ratificata con L. 20.3.2003, n. 77); Reg. (CE) 29.5.2000, n. 1347/2000; Reg. (CE) 27.11.2003, n. 2201/2003.

#### **Bibliografia**

AMADEI, *Scansione delle udienze, preclusioni e procedimento di separazione e divorzio*, in *GI*, 2000; AMBROSI, *Cenni sul procedimento di separazione e divorzio dopo la novella contenuta nella l. n. 80/2005, di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 35/2005*, in *FPS*, 2005; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Napoli, 1964; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959; ID., *Nota a T. Catania, 29.12.1942*, in *FI*, I, 1943; ANELLI, *Il matrimonio*, Milano, 1998; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991; AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *RDPr*, 2001; AUTORINO STANZIONE, PIGNATARO, *Separazione personale dei coniugi*, Milano, 2005; BADIALI, *Divorzio. Diritto internazionale privato e processuale*, in *EG*, XI, Roma, 1999; BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006; BARATTA, in *AA. VV.*, *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, Milano, 2002; BARBIERA, *Quantificazione e datazione dell'assegno di divorzio: vecchi e nuovi problemi*, in *GI*, 2002; ID., *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti apatrimoniali*, Bologna, 1997; ID., *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna,

1988; BARCHI, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987; BASILICO, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *RDC*, 1991; BECCARO, *I procedimenti camerale nel diritto di famiglia*, Milano, 1999; BESSO MARCHEIS, *Processo del lavoro e vizi della vocatio in ius*, in *AA.VV., Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova, 1997; BIANCO, *Il procedimento di separazione e divorzio*, in *AA.VV., Separazione e divorzio*, diretto da FERRANDO, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, Torino, 2003; BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà delle persone*, in *RIPP*, 2001; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; CAMPUS, *Giudizio di divorzio, interruzione della separazione ed eccezione di parte*, in *FD*, 2002; CARNELUTTI, *La figura giuridica del difensore*, in *RDPC*, 1940, I; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Roma, 1956; CARPI, GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1997; CARRATTA, *Onere di avvertimento ex art. 163, n. 7. c.p.c., nel ricorso per separazione coniugale*, in *FD*, 1997; CASABURI, *Le misure patrimoniali "provvisorie" (sommarie e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi "di fatto" della famiglia*, in *DF*, 2004; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. N. 80/2005*, in *RDC*, 2006; ID., *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *FI*, 2004; ID., *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *FI*, 2002; CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. Allorio*, II, 1, Torino, 1980; ID., *Dell'introduzione della causa*, in *Comm. Allorio*, II, 1, Torino, 1980; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1928; CHIZZINI, *L'onere della prova nella determinazione e revisione dell'assegno divorzile*, in *FD*, 1996; CIACCIA CAVALLARI, *Commento all'art. 162 c.p.c.*, in *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi, Taruffo, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2002; CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003; CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *FI*, 2005; ID., *La decisione dell'appello nel processo di divorzio*, in *FI*, 1999; ID., *L'impugnazione dei provvedimenti*

*nell'interesse dei coniugi e della prole e il lento ritorno al garantismo*, in *CorG*, 1998; ID., *Sull'audizione dei coniugi nel procedimento camerale di divorzio*, in *FI*, 1988; ID., *La nuova disciplina processuale*, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, II, Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988; ID., *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *RDP*, 1988; ID., *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980; ID., *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994, II; COMOGLIO, voce "Procura (Dir. Proc. Civ.)", in *Enc. del dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000; CONETTI, in *AA. VV., Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna, 2005; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I. Le tutele*, Padova, 2003; ID., *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998; ID., *Domanda giudiziale*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991; ID., *Commento all'art. 669 quaterdecies c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996; CONTI, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di diritto di visita e il Regolamento CE n. 1347/2000*, 2003; ID., *Il Regolamento CE Bruxelles Due in tema di cause matrimoniali*, in *FD*, 2002; CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio. Giudizio di primo grado*, in *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di SICCHIERO, Bologna, 2005; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *RDP*, 2003; ID., *Procedimenti introdotti con ricorso e novella del processo civile*, in *FI*, V, 1996; ID., *Commento all'art. 669 quaterdecies c.p.c.*, in *AA.VV., Provvedimenti urgenti per il processo civile, Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374*, *Commentario* a cura di Tarzia, Cipriani, edizione integrata con il *Commento alla legge 4 dicembre 1992, n. 477*, Padova, 1993; CULOT, *Diritto processuale della famiglia*, Padova, 2008; D'ANTONIO, *Inderogabilità della competenza territoriale anche per i provvedimenti temporanei del presidente nel giudizio di separazione personale*, in *GI*, 1961, I; DANOVÌ, *Legittimazione e contraddittorio nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *FPS*, 2008; ID., *Il procedimento di separazione e divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in *AA. VV., Le prassi nei*

giudizi di separazione e divorzio, Torino, 2006; ID., *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *RDPr*, 2005; ID., *Riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio e intervento necessario del P.M.*, in *RDPr*, 2004; ID., *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *FD*, 2002; ID., *Il «venir meno» della parte nei giudizi di stato intrasmissibili*, in *DF*, 2002; ID., *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art. 708 c.p.c.*, in *CorG*, 2001; ID., *Il rito ambrosiano della separazione e del divorzio e le implicazioni sulla disciplina sostanziale*, in *DF*, 1998; ID., *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *RDPr*, 1998; DE FILIPPIS, CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2004; DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2000; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, II, *Separazione e divorzio*, Milano, 2002; DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Torino, 2008; ID., *I procedimenti: il divorzio*, in AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, I, Bologna, 2007; DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia e procedimento*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2007; ID., *Separazione e divorzio*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in CIPRIANI-MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, 2007; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 1996; ID., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *RDPr*, 1988; FERA, *Il silenzio degli innocenti: note critiche in tema d'audizione dei minori nella separazione e nel divorzio*, in *GC*, 2002; FERRI, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 1998; FIGONE, *Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme*, in *FD*, 2004; A. FINOCCHIARO, *Necessità della comparizione delle parti e ammissibilità della rappresentanza volontaria nella domanda congiunta di divorzio*, in *GC*, I, 1988; ID., *Commento all'art. 4, I. divorzio*, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. III. Il divorzio*, Milano, 1988; M. FINOCCHIARO, *Accertamento coatto sui redditi dei coniugi*, in *Gdir*, 2006; ID., *DL 35/2005 – Il rito civile. Separazione e divorzio*, in *Gdir*, 2005;

FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991; FRACCON, *I processi di separazione e divorzio fra normativa e prassi*, in *RDPr*, 1998; FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004; GALIZIA, DANOVÌ, *Gli effetti della riforma del rito civile nei giudizi di separazione e divorzio*, in *FD*, 1997; GIUSTI, *Il diritto processuale della famiglia*, Torino, 2005; GOLDONI, *Separazione e divorzio*, Padova, 1991; GRASSI, *La legge sul divorzio*, Napoli, 1971; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ID., *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e divorzio*, in *RTDPC*, 2005; ID., *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997; LAI, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *FD*, 2006; LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *GI*, 1989, IV; LAUDISA, *Commento all'art. 4 l. divorzio, commi 8, 13*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, Milano, 1987; LIUZZI, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *FD*, 2006; LOMBARDINI, *Costituzione del convenuto nei processi di separazione personale dei coniugi e di divorzio: il "rito ambrosiano" e l'orientamento "tradizionale" a confronto*, in *RTDP*, 2001; LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *Giust. proc. civ.* 06, 41 ss. e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ID., *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Milano, 2000; *Il processo del lavoro*, Torino, 1992; LUPOLI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in *ED, Annali I*, Milano, 2007; ID., in *RTDPC*, 2006; ID., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, II, Milano, 2002; MAGNONE CAVATORTA, *Divorzio. Disciplina processuale*, in *EG*, XI, Roma, 1999; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 19<sup>a</sup> ed., III, IV, Torino, 2007; ID., *C.d. <<procedimenti camerale su diritti>> e ricorso straordinario per Cassazione*, in *RDPr*, 1988; ID., *Dei difensori*, in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, 2, Torino, 1973; ID., *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *RDPr*, 1972; ID., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953; MARELLI, *Preclusioni e nullità nella fase introduttiva del giudizio di divorzio*, in *RDPr*,

2002; MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 2002; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2002; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1994; ID., *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tr. Vassalli*, 1994; MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Torino, 2000; MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *RDPr*, 2001; NASCIMBENE, *Divorzio e diritto internazionale privato*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *RDPr*, 1991; ID., *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ID., *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *RDPr*, 2004; PATTI, *L'affidamento condiviso*, in PATTI, ROSSI CARLEO, Milano, 2006; PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003; PIGNATARO, in AUTORINO STANZIONE, PIGNATARO, *Separazione personale dei coniugi*, Milano, 2005; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 2002; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *RDC*, 1990, I; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *RTPC*, 1972; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, 2<sup>a</sup> ed., 20, II, Torino, 1998; REDENTI, VELLANI, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., III, Milano, 1999; RICCI, *Il rito "ambrosiano", la Cassazione e il rito "romano"*, in *RTDP*, 2003; RIGONI, in AA.VV., *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di SICCHIERO, Bologna, 2005; ROMANO, *Nullità degli atti, ricorso introduttivo delle controversie di lavoro ex art. 164 c.p.c.*, in *RDPr*, 2001; ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999; ROTA, *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998; SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in *Il processo cautelare*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di Tarzia, Padova, 2004; ID., *Commento agli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 5/2003*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a

cura di Sassani, Torino, 2003; ID., *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997; ID., *La soppressione dell'albo dei procuratori legali*, in *RDP*, 1997; ID., *Iscrizione della causa a ruolo*, in *EG*, XVII, Roma, 1989; SALETTI, VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, 2006; ID., *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *FD*, 2006; ID., *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *RDPr*, 1996; ID., *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *RDPr*, 1994; ID., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *FD*, 1994; SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in *Tratt. Rescigno*, 2<sup>a</sup> ed., 3, II, Torino, 1996; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968; ID., voce "Avvocato e procuratore c) il procuratore", in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 649; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, rist., 1966, I, 275 e segg.; ID., *Diritto processuale civile*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 1973, 88 ss.; SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Padova, 2000; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; SERVETTI, *Garanzie patrimoniali dei provvedimenti economici nella separazione e nel divorzio*, in *FD*, 1994; ID., *Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, in *FD*, 1994; SPACCAPELO, *Appello nei giudizi di separazione e divorzio e termini per le notificazioni*, in *FD*, 2007; TEDIOLI, in *SI*, 2004; TOMMASEO, *Commento all'art. 4, L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in ZACCARIA, *Breviaria iuris, Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *FD*, 2006; ID., *Nuove norme per i giudizi di separazione e di divorzio*, in *FD*, 2005; ID., *La disciplina processuale del divorzio*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004; ID., *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, in *RDPr*, 1993; TONOLO, in *SI*, 2004; VIGNERA, *Sulla "specialità integrale" del rito del divorzio e della separazione*, in *RDPr*,

2003; VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, in *Slur*, 2006; VIOLANTE, *Profili processuali dell'istanza di addebito ex art. 151, comma 2°, c.c.*, in *RDP*, 2006; VULLO, *L'eccezione di giurisdizione*, in LUPOLI, VULLO, CIVININI, PASQUALIS, *Giurisdizione italiana efficacia di sentenze straniere e atti stranieri*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007; ID., *Commento all'art. 4, l. n. 898/1970*, in *Cod. Sep. Div. Ipertestuale*, rist. 2007; ID., *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *RTDP*, 2005; ID., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001; ID., *Commento all'art. 152 c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 2ª ed., I, Milano, 2000; ID., *Note in tema di nomina del curatore speciale ex art. 78, 1° co. c.p.c.*, 1999; ID., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *GI*, 1998; ID., *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995; WINKLER, *Decorrenza dell'assegno di divorzio*, in *FD*, 2006.


## **SOMMARIO**

**1. La natura del processo di divorzio. 2. Giurisdizione. 3. Competenza. 4. Il procedimento su domanda unilaterale: la legittimazione a proporre la domanda di divorzio, il ricorso introduttivo e l'onere del patrocinio. 5. Il deposito del ricorso. 6. Il decreto di fissazione dell'udienza. 7. La costituzione del convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico: rinvio. 8. L'udienza presidenziale e la mancata comparizione delle parti (l'intervento del pubblico ministero e dei terzi nel processo di divorzio: rinvio). 9. Il tentativo di conciliazione. 10. I provvedimenti presidenziali: natura, contenuto, fonti di convincimento del giudice. 11. I provvedimenti presidenziali: stabilità, impugnazioni, efficacia esecutiva. 12. L'ordinanza presidenziale: la designazione del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione. 13. L'ordinanza presidenziale: la memoria integrativa del ricorrente, la costituzione del coniuge convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico. 14. La fase di trattazione e l'istruzione probatoria. 15. La fase di decisione della causa e la sentenza**

**non definitiva di divorzio. 16. Esecutività della sentenza e decorrenza degli effetti. 17. La legittimazione ad impugnare e le impugnazioni del pubblico ministero. 18. Il giudizio di appello. 19. Il procedimento di divorzio su domanda congiunta. 20. La disciplina prima della riforma.**

**1. Fonti normative e profili di novità dopo le riforme del 2005 e del 2006. 2. Oggetto e natura del processo di divorzio. 3. Giurisdizione. 4. Competenza. 5. Il procedimento su domanda unilaterale: rappresentanza e difesa tecnica. 6. (Segue:) l'atto introduttivo: forma e contenuto necessario. 7. (Segue:) gli allegati. 8. Contenuto eventuale del ricorso. 9. Vizi del ricorso: disciplina e rimedi. 10. Il deposito del ricorso e i suoi effetti. 11. Il decreto di fissazione dell'udienza. 12. La memoria difensiva del convenuto. 13. La nomina del curatore speciale. 14. L'ordine di audizione dei figli minori. 15. La costituzione del convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico: rinvio. 16. L'udienza presidenziale e la mancata comparizione delle parti. 17. L'intervento del pubblico ministero e dei terzi: rinvio. 18. Il tentativo di conciliazione. 19. L'ordinanza presidenziale: natura e contenuto dei provvedimenti temporanei ed urgenti. 20. (Segue) le fonti di convincimento del giudice. 21. (Segue:) stabilità, impugnazioni, efficacia esecutiva dei provvedimenti presidenziali. 22. (Segue:) la nomina del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione. 23. (Segue:) la memoria integrativa del ricorrente. 24. (Segue:) la costituzione del coniuge convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico. 25. La fase di trattazione e l'istruzione probatoria. 26. La fase di decisione della causa e la sentenza non definitiva di divorzio. 27. Esecutività della sentenza e decorrenza degli effetti. 28. La legittimazione ad impugnare e le impugnazioni del pubblico ministero. 29. Il giudizio di appello. 30. Il procedimento di divorzio su domanda congiunta. 31. La disciplina prima della riforma: rinvio**

## 1. Fonti normative e profili di novità dopo le riforme del 2005 e del 2006

[1010]  La norma in commento costituisce il corpo principale della normazione sul giudizio di divorzio, al quale devono, peraltro, aggiungersi in via integrativa e comunque coordinarsi diverse disposizioni contenute sia nella **L. 1.12.1970, n. 898** (come i commi 1° e 5° dell'art. 5, l. n. 898 cit.) (VULLO, *Commento all'art. 4, l. n. 898/1970*, in *Cod. Sep. Div. Ipertestuale*, rist. 2007, 460), che nella **L. n. 54/2006** sull'affido condiviso nella separazione coniugale, applicabile anche al divorzio per esplicito disposto dell'art. 4, 2° comma, l. n. 54 cit. (TOMMASEO, *Commento all'art. 4, L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in ZACCARIA, *Breviaria iuris, Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, 1356; LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *Giust. proc. civ.* 06, 41 ss. e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *RDP* 2005, 849 ss.; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, 2006, 119 ss.; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e divorzio*, in *RTDPC*, 2005, 1113 ss.; CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *FI* 2005, V, 140 ss.; CEA, *RDC* 2006, 103 ss.; LUPOI, in *RTDPC*, 2006, 955 ss.; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in CIPRIANI-MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, 2007, 544 ss.). Ancora, ampi raccordi e integrazioni di tale disciplina, che fanno del procedimento in oggetto un **processo speciale di cognizione**, si rendono necessari avendo riguardo alle regole del giudizio ordinario di cognizione dettate dal secondo libro del codice di procedura civile (TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2004, 287 ss.).

L'attuale formulazione dell'art. 4 in commento, e che si sviluppa negli odierni sedici commi, a fronte dei tredici del testo precedente, è quella risultante dalle modifiche introdotte dall'**art. 2, 3° co. bis, D.L. 14.3.2005, n. 35**, convertito con modificazioni dalla **L. 14.3.2005, n. 80** (cd. "Decreto sulla competitività"). La novità di maggior rilievo pratico e sistematico, tenuto anche conto del vivace dibattito finora

sviluppatosi al riguardo, sta nell'introduzione di una **disciplina specifica della costituzione del convenuto**, la quale precisa il momento in cui maturano a carico di quest'ultimo le preclusioni processuali (VULLO, *Commento all'art. 4*, 460). A ciò si aggiungono numerosi altri aspetti incisi dalla riforma, e segnatamente: *a*) la disciplina dell'**atto introduttivo** (v. *infra*, parr. 6-10); *b*) l'**obbligo dell'assistenza del difensore**, anticipato fin dall'udienza presidenziale (v. *sub* par. 5); *c*) l'**onere**, introdotto *ex novo*, di **allegare le ultime dichiarazioni dei redditi** ai primi atti difensivi (v. *sub* par. 7); *d*) la **disciplina della mancata comparizione in udienza** di una delle parti, senza gravi e comprovati motivi (v. *sub* par. 16); *e*) la **notifica dell'ordinanza presidenziale** al coniuge convenuto non comparso (v. *sub* par. 11); *f*) il **raccordo tra le disposizioni del processo ordinario** di cognizione, relative alla fase di trattazione e istruzione della causa, e **quelle relative alla fase del giudizio di divorzio** che ha luogo dinanzi al giudice istruttore, risolto mediante esplicita indicazione delle norme del codice di rito applicabili al processo di divorzio (VULLO, *Commento all'art. 4*, 460). Ancora, si deve tenere conto delle modifiche che, pur non intervenute direttamente sull'art. 4 in commento, contribuiscono a modellare la disciplina del processo di divorzio, come sopra s'è accennato. Ci si riferisce, specialmente, oltre ai recenti interventi che hanno interessato numerose regole del rito ordinario di cognizione applicabili anche al giudizio in esame, alla nuova formulazione dell'art. 708 c.p.c. (che si deve alla l. n. 54/2006), la quale ora prevede espressamente la **reclamabilità dell'ordinanza presidenziale** (v. *infra*, par. 21); all'**obbligo di audizione dei figli minori in quanto capaci di discernimento**, ai sensi del nuovo art. 155 *sexies* c.c. (pure introdotto dalla l. n. 54/2006: *de quo* v. *infra*, *sub* parr. 14 e 20); e, ancora, ai **poteri istruttori officiosi** introdotti dalla l. n. 54 cit. in via strumentale ai provvedimenti provvisori nell'interesse dei coniugi e della prole (v. *infra*, parr. 20 e 25). L'intervento riformatore è stato poi apprezzato per l'opera di "*maquillage*" generale attuata sulla norma, con il beneficio, tra l'altro, di "sciogliere alcune perplessità interpretative, mediante l'uso di una prosa più limpida [...], senza tuttavia incidere sulla portata precettiva della disposizione", come nel caso della scomparsa del richiamo all'**art. 177 c.p.c.**, riguardo alla modifica o alla revoca


dell'ordinanza presidenziale regolata all'8° co. della norma in commento (così VULLO, *Commento all'art. 4*, 461).

## 2. Oggetto e natura del processo di divorzio

[1020] La natura del processo di divorzio ha costituito da sempre motivo di vivace dibattito in dottrina. Ad oggi sembra ormai superata la tesi, pure autorevolmente sostenuta, che inquadrava tale processo nella volontaria giurisdizione (CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale*, in CIPRIANI, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, II, Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, 239; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 1996, 563; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *RTPC*, 1972, 650 ss.). L'indirizzo attualmente dominante ascrive, invece, il procedimento in esame alla giurisdizione **contenziosa**, qualificandolo come figura di **accertamento costitutivo necessario** (TOMMASEO, *La disciplina*, 289; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I. Le tutele*, Padova, 2003, 108; SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 581 ss.; MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Torino, 2000, 394; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 19<sup>a</sup> ed., III, Torino, 2007, 119, nt. 91, il quale tuttavia osserva come alla pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, con natura costitutiva, si accompagnino sovente, all'interno del provvedimento che conclude il giudizio di divorzio, anche pronunce di condanna <<con eventuali ulteriori aspetti costitutivi e, secondo alcuni, pronunce di volontaria giurisdizione>>; lo stesso autore riconduce il giudizio di divorzio alla giurisdizione ordinaria, salvo poi osservare come ogni presa di posizione sul punto dipenda dalla nozione di volontaria giurisdizione assunta come parametro di riferimento). In particolare, la maggioranza degli studiosi riconosce natura contenziosa ad entrambe le procedure di divorzio (su iniziativa unilaterale e su domanda congiunta), sulla base della comune caratteristica di concludersi con una sentenza che è destinata a passare in giudicato (TOMMASEO, *La disciplina*, 289; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 81; SALETTI, *Procedimento*, 582; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 119, nt. 91). D'altro canto,

nel procedimento su domanda congiunta, che pure si svolge secondo forme camerali, solitamente proprie della volontaria giurisdizione, la soluzione si rivela imposta dall'ineludibile esigenza di riconoscere struttura, appunto, contenziosa, o quanto meno cameral-contenziosa, a processi vertenti su diritti soggettivi o *status* personali qual è quello di divorzio, che ha ad oggetto il **diritto potestativo ad ottenere lo scioglimento del matrimonio** (TOMMASEO, *La disciplina*, 289 ss., 420; MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tr. Vassalli*, 1994, 18 ss.) ovvero la **cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario** (VULLO, *Commento all'art. 4*, 467. *de quo* v. anche *infra*, par. 6) (Sul tema della cd. "cameralizzazione dei giudizi su diritti" si rinvia per tutti a FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *RDP*, 1988, 909 ss.; LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *GI*, 1989, IV, 33 ss.; MANDRIOLI, *C.d. <<procedimenti camerali su diritti>> e ricorso straordinario per Cassazione*, in *RDP*, 1988, 921 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *RDC*, 1990, I, 393 ss.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, 2002, 380 ss. Con specifico riguardo al procedimento di divorzio, v. anche BECCARO, *I procedimenti camerali nel diritto di famiglia*, Milano, 1999, 315 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994, II, 559 ss.).

## 3. Giurisdizione

[2010]  L'entrata in vigore della **L. 31.5.1995, n. 218**, ha determinato un notevole ampliamento della giurisdizione italiana in materia di separazione personale dei coniugi e di divorzio (BADIALI, *Divorzio. Diritto internazionale privato e processuale*, in *EG*, XI, Roma, 1999, 7; MAGNONE CAVATORTA, *Divorzio. Disciplina processuale*, in *EG*, XI, Roma, 1999, 2 s.; CONETTI, in AA. VV., *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna, 2005, 384; BARATTA, in AA. VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, Milano, 2002, 1550). Recita, in particolare, l'art. 32, I. cit., che "in materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti



dall'art. 3, anche **quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia**". In forza del richiamo all'art. 3, la giurisdizione italiana sussiste innanzitutto quando il **coniuge convenuto** sia **residente o domiciliato in Italia** (art. 3, comma 1, l. cit.).

Quanto al criterio di collegamento relativo al convenuto che abbia un **rappresentante autorizzato a stare in giudizio** in Italia ai sensi dell'art. 77 c.p.c., e contemplato dalla seconda parte del comma 1, art. 3, esso si ritiene inapplicabile al giudizio di divorzio, perché riferibile, come precisato dalla relazione ministeriale, alle sole controversie relative a rapporti patrimoniali (BADIALI, 7).

Il 2° co. dell'art. 3, recita, infine, che la giurisdizione italiana sussiste, «anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio», e dunque, in questa materia, in tutte le ipotesi indicate dall'art. 4, 1° co., l. divorzio (vedi *infra* par. 4). Ne deriva, che i casi in cui il giudice italiano è privo di giurisdizione sembrano ridursi a quello di cittadini, entrambi stranieri, che non abbiano celebrato il matrimonio in Italia e che non siano qui né residenti né domiciliati, visto che la residenza o domicilio del convenuto o dell'attore sono di per sé criteri di competenza (NASCIMBENE, *Divorzio e diritto internazionale privato*, in BONILINI, TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2004; TOMMASEO, *La disciplina*, 303 ss.; SALETTI, *Procedimento*, 584 s.; *contra*, BADIALI, 8, secondo cui non sarebbe applicabile, ai fini della giurisdizione, il criterio della residenza del ricorrente che avrebbe un rilievo esclusivamente limitato alla competenza).

[2020] Per «**matrimonio celebrato in Italia**» ai sensi dell'art. 32 cit. sembrerebbe doversi intendere quello celebrato sul nostro territorio e nelle forme previste dalla legge italiana (matrimonio civile, concordatario o celebrato davanti a ministro di culto acattolico), e non quello celebrato nelle forme previste da una legge nazionale straniera di uno dei coniugi o dalla legge straniera dello Stato di comune residenza in quel momento, così come previsto dall'art. 28, della L. 31.5.1995, n. 218 (BADIALI, 7).

[2030] Tali regole giurisdizionali si applicano al giudizio di divorzio indipendentemente dalla proposizione unilaterale o congiunta (SALETTI, *Procedimento*, 585, il quale osserva che anche

se si volesse negare la natura contenziosa di tale procedimento, l'esistenza di una regola di competenza giurisdizionale specificamente dettata per il giudizio di scioglimento del matrimonio, comporta la sicura inapplicabilità di altre norme e, in particolare, dell'art. 9, L. 31.5.1995, n. 218, in materia di giurisdizione volontaria).


[2040] Quanto alla **competenza**, al **riconoscimento** e all'**esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale**, sovviene il Reg. (CE) 27.11.2003, n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles Due *bis*), entrato in vigore il 1° agosto 2004 e applicabile «alle azioni proposte, agli atti pubblici formati e agli accordi tra le parti conclusi posteriormente» al 1° marzo 2005, salvo che in tre casi disciplinati dalle disposizioni transitorie (NASCIMBENE, 241), il quale ha abrogato il Reg. (CE) 29.5.2000, n. 1347/2000 (c.d. Bruxelles Due, sul quale, v. per tutti MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *RDP*, 2001, 376 ss.; LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, II, 2002, 792 ss.; BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà delle persone*, in *RIPP*, 2001, 302 ss., spec. 334 ss.; CONTI, *Il Regolamento CE Bruxelles Due in tema di cause matrimoniali*, in *FD*, 2002, 658; ID., *Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di diritto di visita e il Regolamento CE n. 1347/2000*, *ivi*, 2003, 63 ss.). In particolare, l'art. 3 del Regolamento (CE) 27.11.2003, n. 2201/2003, stabilisce che abbia competenza giurisdizionale «a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio» lo Stato membro individuato secondo due criteri in concorso elettivo: quello della «residenza abituale» e quello della «cittadinanza comune» (TOMMASEO, *La disciplina*, 307). Quanto alla <<**residenza abituale**>>, assumono rilievo: la residenza abituale dei coniugi nello Stato membro cui appartiene il giudice adito; l'ultima residenza abituale, se un coniuge risiede ancora in detto Stato; la residenza abituale del coniuge convenuto in detto Stato; nel caso di domanda congiunta, la residenza abituale di anche uno solo dei coniugi; la residenza abituale del coniuge attore, se ha risieduto almeno per un

anno immediatamente prima della domanda o se ha risieduto per sei mesi, ma è anche cittadino dello Stato membro cui appartiene il giudice adito (o vi ha il proprio *domicile*, trattandosi di cittadino del Regno Unito o dell'Irlanda) (NASCIMBENE, 243). Per quanto concerne il criterio della cittadinanza, questo concorre elettivamente con la residenza abituale, quando la cittadinanza stessa è "comune" ad entrambi i coniugi (per il Regno Unito e l'Irlanda deve aversi riguardo al *domicile*, anziché alla cittadinanza comune: cfr. art. 3, cit.). Detti criteri sono entrambi esclusivi e inderogabili, come si desume dal combinato disposto degli artt. 6 e 17 del Regolamento Bruxelles Due bis. (VULLO, *Commento all'art. 4*, 464 s.). Tuttavia in base al disposto dell'art. 7, 1° co., del Regolamento – che contempla una sorta di "competenza residua", sia pur di applicabilità concreta presumibilmente limitata (VULLO, *Commento all'art. 4*, 464 s.) – sarebbe possibile applicare le norme nazionali di giurisdizione, allorché «nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. 3, 4, e 5». In particolare, con riguardo all'ordinamento italiano, parte della dottrina ha sostenuto che le regole previste dalla L. 31.5.1995, n. 218, potrebbero trovare applicazione, solo in presenza di tre circostanze: se il coniuge convenuto ha la cittadinanza italiana, ma risiede in uno Stato non membro dell'Unione Europea (o in Danimarca, Stato che non partecipa al Regolamento (CE) 27.11.2003, n. 2201/2003); se il coniuge attore è straniero; infine, se i giudici dello Stato membro in cui l'attore risieda non sono competenti in base al Regolamento (così, TONOLO, in *SI*, 2004, 1133 ss. e spec. 1135; NASCIMBENE, 243, nt. 55; PICONE, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, 714; secondo BONOMI, 331 ss. le norme nazionali di giurisdizione potrebbero applicarsi solo quando il coniuge convenuto abbia la cittadinanza in uno Stato membro, ma risieda in uno Stato terzo).

[2050] Il **difetto di giurisdizione** deve essere eccepito dal convenuto costituito, a pena di decadenza, nel primo atto difensivo (SALETTI, *Procedimento*, 588; MAGNONE CAVATORTA, 3), mentre, in base al disposto dell'art. 11, ult. parte, L. 31.5.1995, n. 218, esso è rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, solo finché il convenuto non si sia costituito (MAGNONE

CAVATORTA, 3; SALETTI, *Procedimento*, 588. Sul tema da ultimo v. *funditus* VULLO, *L'eccezione di giurisdizione*, in LUPOI, VULLO, CIVININI, PASQUALIS, *Giurisdizione italiana efficacia di sentenze straniere e atti stranieri*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, 377 ss.). Parte della dottrina ha però osservato che, in caso di domanda congiunta, la proposizione del ricorso sottoscritto da entrambi i coniugi costituirebbe senz'altro accettazione della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 11, prima parte, L. 31.5.1995, n. 218, così elidendo la possibilità di sollevare successivamente il difetto di giurisdizione (SALETTI, *Procedimento*, 589).

#### 4. Competenza

[3010]  Competente per **materia** per il giudizio di divorzio è il tribunale, il quale è adito e decide in composizione collegiale ai sensi dell'art. 50 bis, n. 1, c.p.c., trattandosi di controversia nella quale è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero (MANDRIOLI, *Diritto*, III, 123).

[3020] Quanto alla **competenza per territorio** la norma stabilisce criteri diversi a seconda che si tratti di divorzio promosso per iniziativa di un solo coniuge ovvero di divorzio su domanda congiunta.


[3030] Nel caso del **divorzio promosso da un solo coniuge**, l'articolo in commento prevede, innanzitutto, il foro esclusivo (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465) e prevalente (SALETTI, VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 708) dell'**ultima residenza comune dei coniugi**; solo in mancanza, trovano applicazione i due ulteriori fori esclusivi e concorrenti a scelta dell'attore (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465) individuati con riguardo al **luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o dove ha il domicilio**; se la residenza e il domicilio del convenuto sono sconosciuti (in tal senso è infatti da intendersi l'«irreperibilità» del convenuto di cui parla l'art. 4: SALETTI, VANZ, 707, nt. 31; CIPRIANI, *Il processo*, 432; SATTA, PUNZI, 1002, nt. 32) oppure il coniuge convenuto ha la residenza all'estero, si applicano i fori sussidiari, anch'essi concorrenti ed esclusivi, della **residenza o del domicilio del ricorrente**; infine, se entrambi i


coniugi hanno la residenza all'estero, oppure qualora il coniuge convenuto sia irreperibile ed il ricorrente abbia la residenza all'estero, la competenza spetta a **qualsunque tribunale della Repubblica** (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465; SALETTI, VANZ, 708 ).

La nuova formulazione dell'art. 4, l. div., ha sollevato alcuni dubbi di natura interpretativa e di rilievo applicativo. In particolare, ci si è interrogati sull'ambito di operatività del criterio dell'**ultima residenza comune** e, precisamente, se esso operi sempre ovvero solo se al momento della domanda i coniugi non risiedono in luoghi diversi; si è osservato, al riguardo come in questo secondo caso, l'aggettivo "ultima" permetterebbe di individuare il giudice competente, nell'eventualità in cui i coniugi abbiano spostato la residenza comune nel corso del matrimonio (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465). L'interrogativo troverebbe ragione nel fatto che l'espressione "in mancanza" possa essere riferita all'esistenza di "una residenza comune" al momento del deposito del ricorso ovvero con riguardo a tutta la durata del matrimonio. Peraltro, si è affermato che se si accogliesse la prima interpretazione prospettata, gli altri criteri indicati dalla norma raramente troverebbero applicazione, vista l'elevata improbabilità che i coniugi, durante il matrimonio, non abbiano mai avuto una residenza comune. Proprio per questo motivo, e soprattutto perché «non avrebbe senso radicare la controversia davanti al giudice di un luogo che non ha più alcuna relazione territoriale con i coniugi» si è concluso nel senso che il foro dell'ultima "residenza comune" possa essere utilizzato esclusivamente nel caso in cui i coniugi risiedano ancora insieme, al momento in cui viene proposta la domanda di divorzio (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465. In tal senso, se non erro, anche TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1356, il quale, argomentando sull'art. 5 c.p.c. attribuisce rilevanza al criterio dell'ultima residenza comune solo quando sussista al momento della proposizione della domanda).


[3040] Secondo l'indirizzo dottrinale maggioritario il criterio sussidiario del **foro del ricorrente**, individuato con riguardo alla residenza o al domicilio di questi, opera anche nel caso in cui il coniuge abbia la residenza all'estero, ma il domicilio in Italia; il ricorrente potrà, pertanto, a sua scelta, adire il tribunale del luogo dove ha il domicilio il convenuto o


dove egli stesso ha la residenza o il domicilio (SALETTI, *Procedimento*, 586 s.; conf., SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Padova, 2000, 1002; *contra*, TOMMASEO, *La disciplina*, 301 e nt. 28).

[3050]  Nella determinazione del **luogo di residenza del convenuto**, al fine di stabilire il tribunale territorialmente competente nel giudizio di separazione personale dei coniugi (e, per la comunanza di disciplina, in quello di divorzio), il principio della corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva costituisce una presunzione semplice, superabile con ogni mezzo di prova idoneo ad evidenziare l'abituale e volontaria dimora di un soggetto in un luogo diverso (C., Sez. I, 22.7.1995, n. 8049; C., Sez. I, 23.10.1989, n. 4317). Le risultanze delle certificazioni anagrafiche non sono superate dalla circostanza del temporaneo allontanamento del coniuge convenuto dal luogo ivi indicato (che non comporta di per sé trasferimento della residenza o del domicilio), e neppure dalla dichiarazione del coniuge fatta unicamente al comune ove intenda trasferirsi, non accompagnata dalla parallela comunicazione al comune che si abbandona, prescritta dall'art. 31 disp. att. c.c. (C., Sez. I, 18.1.1990, n. 224).

[3060]  Siccome si tratta di **fori esclusivi e inderogabili**, che, pertanto, esauriscono i criteri di competenza in questa materia, restano inapplicabili le regole del foro generale di cui all'art. 18 c.p.c., ivi compreso il foro della dimora del convenuto (TOMMASEO, *La disciplina*, 300 s.; SALETTI, VANZ, 709; VULLO, *Commento all'art. 4*, 465).

La competenza **territoriale** per il giudizio di divorzio è **inderogabile** ai sensi dell'art. 28 c.p.c. in ragione dell'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 5, 1° co., L. divorzio (TOMMASEO, *La disciplina*, 300; SATTA, PUNZI, 1002; A. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 4, l. divorzio*, in A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. III. Il divorzio*, Milano, 1988, 205 s.; SALETTI, *Procedimento*, 587).

[3070]  Nel senso dell'inderogabilità ex art. 28 c.p.c., in ragione della partecipazione obbligatoria del pubblico ministero, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità: C., Sez. I, 4.2.1981, n. 751.

[3080]  I criteri di competenza fissati dal 1° co. della norma in epigrafe valgono pure per le controversie patrimoniali conseguenti al divorzio, allorché queste siano proposte insieme alla domanda di scioglimento del matrimonio, in forza del vincolo di accessorietà (SALETTI, *Procedimento*, 587; SALETTI, VANZ, 709, e ivi nt. 42, ove, tuttavia, si rileva come l'ammissibilità di tale ipotesi di *simultaneus processus* nell'ambito del giudizio di divorzio sia talora posta in dubbio soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità più recente).

[3090] Quanto al **divorzio su domanda congiunta** il 1° co. dell'articolo in commento stabilisce che la competenza per territorio appartiene al giudice del luogo di residenza o di domicilio «dell'uno o dell'altro coniuge». Dunque, la legge prevede quattro fori concorrenti a scelta delle parti, anch'essi di natura **esclusiva e inderogabile** (TOMMASEO, *La disciplina*, 302, il quale precisa - 300, nt. 24 - che l'inderogabilità ex art. 28 c.p.c. dipende, in questo caso, da due concorrenti circostanze, ossia la natura di procedimento in camera di consiglio e la necessaria partecipazione del pubblico ministero; SALETTI, *Procedimento*, 587; SALETTI, VANZ, 709, e ivi nt. 43; *contra*, l'isolata opinione di CIPRIANI, *La nuova*, 327, secondo cui si tratterebbe di competenza per territorio derogabile e, quindi, i coniugi potrebbero adire qualunque tribunale della Repubblica). Se nessuno dei coniugi ha residenza o domicilio in Italia, si ritiene che la domanda possa essere proposta innanzi a qualsiasi tribunale della Repubblica, dovendosi applicare, in via interpretativa, il medesimo criterio residuale previsto per il divorzio su domanda unilaterale (MAGNONE CAVATORTA, 3).

[3100] L'**incompetenza** del giudice adito, **sia per materia che per territorio**, segue il regime di cui all'**art. 38 c.p.c.** Pertanto, essa è rilevabile, su istanza di parte o anche d'ufficio, fino alla prima udienza di trattazione (TOMMASEO, *La disciplina*, 302 s.; SALETTI, *Procedimento*, 588 s.; MAGNONE CAVATORTA, 3). Ora, se è pressoché pacifico che l'ultimo momento utile per l'eccezione di parte o per il rilievo officioso dell'incompetenza non coincide con l'udienza presidenziale (ma, *contra*, BIANCO, *Il procedimento di separazione e divorzio*, in AA.VV., *Separazione e divorzio*, diretto da

FERRANDO, in *Giur. sist. Bigiavi*, I, Torino, 2003, 497), **in epoca anteriore alla riforma degli artt. 180 e 183 c.p.c.**, attuata con **l. n. 80/2005**, mentre parte della dottrina indicava il maturare della preclusione alla prima udienza davanti al giudice istruttore (SALETTI, *Procedimento*, 589), altri autori affermavano che tale udienza era da considerare quella di "prima comparizione" ex **art. 180 c.p.c.** e che, quindi, il difetto di competenza poteva essere rilevato anche all'udienza successiva fissata dal giudice per gli adempimenti ex **art. 183 c.p.c.** (TOMMASEO, *La disciplina*, 302, nt. 33).

La questione sembrerebbe oggi risolta proprio dalla modifica intervenuta sugli artt. 180 e 183 c.p.c., a seguito della quale quelle che erano "l'udienza di prima comparizione" e "la prima udienza di trattazione" risultano tendenzialmente fuse in un'unica udienza, disciplinata dall'attuale **art. 183 c.p.c.** Si ritiene, infatti, che il termine per eccepire o rilevare l'incompetenza per territorio nel processo di divorzio coincida con la prima udienza che ha luogo davanti al giudice istruttore (VULLO, *Commento all'art. 4*, 465).


[3110] Un indirizzo dottrinario ammette la possibilità di sollevare l'incompetenza anche **nella fase presidenziale**; in tal caso, secondo alcuni studiosi, il presidente, prima di rimettere le parti davanti al giudice istruttore per precisare le conclusioni sulla questione di competenza, potrebbe comunque esperire il tentativo di conciliazione ed assumere i provvedimenti urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole (CIPRIANI, *La nuova*, 275 ss.; TOMMASEO, *La disciplina*, 303; LAUDISA, *Commento all'art. 4 l. divorzio, commi 8-13*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del divorzio*, Milano, 1987, 63; MAGNONE CAVATORTA, 3; *contra*, SALETTI, *Procedimento*, 600; SATTÀ PUNZI, 1000; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 90, seppure con riguardo al giudizio di separazione).

Il problema del termine preclusivo per il rilievo dell'incompetenza sarebbe, invece, escluso *in radice* con riguardo al **divorzio su domanda congiunta**, laddove tale giudizio è destinato tendenzialmente ad esaurirsi in un'unica udienza collegiale, nella quale sarà possibile sia l'eccezione sia la rilevazione (SALETTI, *Procedimento*, 589; SALETTI, VANZ, 712; *contra*, MAGNONE CAVATORTA, 3, secondo cui l'incompetenza, in questo caso, può essere rilevata solo d'ufficio e non su iniziativa di parte).

La decisione sulla competenza spetta al collegio che si pronuncia con sentenza ai sensi dell'art. 279, n. 1, c.p.c., allo stato degli atti, assunte, eventualmente, sommarie informazioni (TOMMASEO, *La disciplina*, 303; SALETTI, VANZ, 712).


## 5. Il procedimento su domanda unilaterale: rappresentanza e difesa tecnica


[4010]  La dottrina prevalente ritiene inammissibile la proposizione della domanda di divorzio per mezzo di **rappresentante volontario** (BARBIERA, *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna, 1997, 130; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, II, *Separazione e divorzio*, Milano, 2002, 1397; BIANCO, 488). Un autore, peraltro, ha osservato come il disposto dell'art. 4, comma 7, l. div., nel contemplare l'obbligo dei coniugi di comparire personalmente salvo gravi e comprovati motivi, non escluda del tutto la possibilità di una rappresentanza volontaria e, quanto meno, della figura del **procuratore speciale ai fini della comparizione in giudizio**, previa valutazione del legittimo impedimento ad opera del giudice DOGLIOTTI, *I procedimenti*, 1084).

 Dal canto suo l'indirizzo di legittimità più recente appare orientato come la dottrina maggioritaria e cioè in senso contrario ad ammettere la rappresentanza volontaria (C., 11.11.1981, n. 5973, in *DFP*, 1982. In precedenza v., in senso opposto, C., 2.1.1978, n. 2757, in *FI*, 1979, I).


[4020] Quanto alla **rappresentanza legale**, la norma la contempla dal lato passivo, laddove il comma 5 dispone che il presidente del tribunale, nel fissare l'udienza di comparizione, nomina un curatore speciale al soggetto malato di mente o legalmente incapace. Conseguentemente l'indirizzo maggioritario in dottrina ammette la rappresentanza legale anche dal lato attivo, ai fini della proposizione della domanda, nell'ottica di evitare ingiustificate discriminazioni fra le parti in ordine al potere di sciogliere il vincolo coniugale [così GIUSTI, *Il diritto processuale*

*della famiglia*, Torino, 2005, 628; con specifico riferimento alla proponibilità della domanda di divorzio da parte del rappresentante legale dell'**interdetto** v. TOMMASEO, *La disciplina*, 310, ntt. 55 e 56; SALETTI, *Procedimento*, 590; SATTA, PUNZI, 998; DOGLIOTTI, *I procedimenti: il divorzio*, in AA. Vv., *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, I, Bologna, 2007, 1083; ID., *Separazione e divorzio*, 2ª ed., Torino, 1995, 170; PIGNATARO, in AUTORINO STANZIONE, PIGNATARO, *Separazione personale dei coniugi*, Milano, 2005, 13, nt. 39; *contra*, in un primo momento, BARBIERA, *Il divorzio*, 69, argomentando sulla natura personalissima del rapporto matrimoniale; successivamente, tuttavia, questo autore si è diversamente espresso, riconoscendo che l'interdetto possa «chiedere al presidente del tribunale la nomina di un curatore speciale per proporre l'azione»: BARBIERA, *Separazione*, 130; Al riguardo si è tuttavia giustamente osservato che, siccome l'interdetto per infermità di mente non potrebbe contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 85, 1° co., c.c., il problema si porrebbe solo in caso di infermità di mente sopravvenuta dopo le nozze o in caso di interdizione dovuta ad una diversa causa (VULLO, *Commento all'art. 4*, 466)].

 Di contrario avviso si è invece espresso un indirizzo giurisprudenziale di merito che, seppur risalente, non risulta ad oggi smentito, e che esclude la possibilità che la volontà di sciogliere il vincolo coniugale venga formata ed espressa dal rappresentante legale dell'interdetto, in ragione della natura personalissima del diritto fatto valere (T. Piacenza, 7.7.1952, in *FP*, 1952; T. Milano, 16.1.1958, in *GI*, 1958; T. Torino, 7.6.1982, in *GI*, 1983).

[4030]  Sulla questione si è pronunciata la Corte di Cassazione, affermando che, in mancanza di una specifica disposizione normativa che preveda il relativo potere, **il tutore dell'interdetto per infermità di mente non può proporre domanda di divorzio** per lo stesso; in applicazione analogica dell'art. 4, 5° co., l. 1.12.1970, n. 898 - che regola l'ipotesi in cui l'interdetto infermo di mente sia convenuto in un giudizio di divorzio - in relazione agli artt. 78 e 79 c.p.c., legittimato a proporre la domanda di divorzio per l'interdetto è un **curatore speciale**, la cui nomina può essere richiesta dal tutore (C., Sez. I, 21.7.2000, n. 9582, in *GC*, 2001, I, 2751 con nota di CICCHITELLI; in *DF*, 2001, 1404, con

nota di GRAZIOSO). si rinviene una decisione che ha statuito l'inammissibilità della domanda divorzio proposta dall'interdetto, stante la natura personalissima dell'azione (T. Padova, 9.2.1994, in *FP*, 1995, I, 106 ss., con nota di LEVONI).

[4040]  Con riguardo al **minore emancipato**, parte della dottrina afferma che il coniuge minorenni possa stare in giudizio senza l'assistenza di un curatore (così, specialmente, PUNZI, 662; conf., VULLO, *Commento all'art. 4*, 467, e, con riferimento al processo di separazione, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, 308). Di contrario avviso, tuttavia, CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, 74 ss.; BIANCO, 490, cui si rinvia per ulteriori richiami).

Quanto alla **difesa tecnica**, l'innovata formulazione della norma, al comma 7, si limita a disporre che "i coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente [...] e con l'assistenza di un difensore", mentre tace a proposito della necessità anche del <<ministero>> del difensore ai fini della proposizione della domanda di divorzio, e quindi della necessità di conferire apposito mandato *ad litem*, con devoluzione dello *ius postulandi* al difensore incaricato (sul contenuto e la portata del cd. onere del patrocinio, fra la copiosa bibliografia, si possono leggere: COMOGLIO, voce "Procura (Dir. Proc. Civ.)", in *Enc. del dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 1043; MANDRIOLI, *Diritto*, I, 328 ss. In precedenza rispetto all'unificazione delle figure del procuratore e dell'avvocato ad opera della legge n. 27/1997 (*de qua*, per tutti, SALETTI, *La soppressione dell'albo dei procuratori legali*, in *RDP*, 1997, 1052, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche), v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1928, 232; CARNELUTTI, *La figura giuridica del difensore*, in *RDPC*, 1940, I, 74; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Roma, 1956, 108; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, parte prima, 347; SATTA, voce "Avvocato e procuratore c) il procuratore", in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, 649; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, rist., 1966, I, 275 e segg.; ID., *Diritto processuale civile*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 1973, 88 ss.; MANDRIOLI, *Dei difensori*, in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, a

cura di E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 928; PEZZANO, voce "Patrocinio (nozioni generali)", in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, spec. 430-432; MAZZARELLA, voce "Avvocato e procuratore, II) Diritto processuale", in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, spec. 2-3 e 7; MURRA, voce "Parti e difensori", in *Digesto Civ.*, XIII, Torino, 1995, 262). A favore della tesi che impone la difesa tecnica in questo giudizio depone il principio generale del cd. "onere del patrocinio" sancito dall'art. 82 c.p.c., il quale, non soltanto non trova una deroga espressa nella disciplina del divorzio, ma trova anzi conferma nella ritenuta natura contenziosa del giudizio in esame (in questo senso, prima della riforma del 2005, TOMMASEO, *La disciplina*, 317; SALETTI, *Procedimento*, 591; conf., ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, in *Tratt. Bessone*, IV, 1, Torino, 1999, 365; T. Monza, 21.3.1989; da ultimo, TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1359; VULLO, *Commento all'art. 4*, 468). Per l'opposta soluzione potrebbero invece rilevare, per un verso, proprio la lettera del 7° co. dell'art. 4 in commento, laddove essa si limita a contemplare un obbligo di "assistenza", nonché, per altro verso, il 10° co. dello stesso articolo, il quale indica il requisito di cui all'art. 163, 3° co., n. 6 («nome e cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia già stata rilasciata»), fra quelli che possono essere contenuti nella successiva memoria integrativa.

## 6. (Segue:) l'atto introduttivo: forma e contenuto necessario

[4050] A norma del 2° comma dell'art. 4, I. div. (ma come già ai sensi della previgente formulazione dell'art. 4), la domanda introduttiva del processo di divorzio ha la forma di **ricorso**. Si ritiene, peraltro, che la proposizione della domanda con atto di citazione, anziché con ricorso, non sia causa di nullità del processo, purché gli scopi obiettivi del ricorso siano stati comunque raggiunti e, in particolare, sia stata fissata l'udienza presidenziale (TOMMASEO, *La disciplina*, 309; SALETTI, VANZ, 715 e ivi nt. 61; SALETTI, *Procedimento*, 589 ss.).

[4060] La **l. n. 80/2005** ha invece profondamente inciso sulla disciplina dell'atto introduttivo del giudizio per quanto riguarda il

**contenuto** o, secondo alcuni, persino la funzione di questo atto nel complessivo meccanismo di introduzione del giudizio, in relazione alla introdotta possibilità di depositare una successiva memoria integrativa del ricorso ai sensi del 10° comma dell'art. 4.

Quanto al **contenuto necessario del ricorso**, a differenza della previgente versione della norma, che faceva rinvio ai requisiti richiesti per l'atto di citazione dall'art. 163 c.p.c., oggi l'art. 4, l. div., si limita ad imporre al ricorrente, al **2° comma**, "l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata", ed al **4° comma** l'indicazione dell'esistenza di "figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio".

Tale scelta legislativa viene giustificata, come si diceva, alla luce della nuova fisionomia che la domanda introduttiva del giudizio sembrerebbe aver assunto a seguito del recente intervento, laddove si consente all'attore di integrare il proprio ricorso dopo la conclusione dell'udienza presidenziale, mediante deposito della memoria prevista dal 10° comma dell'art. 4 in commento ed il cui contenuto viene indicato mediante rinvio all'art. 163, 3° co., numeri 2, 3, 4, 5 e 6 (cfr. 10° comma: v. *infra*). Una parte della dottrina, in particolare, afferma la possibilità di assimilare l'atto introduttivo descritto dal nuovo art. 4 ad una sorta di **fattispecie a formazione progressiva** (VULLO, *Commento all'art. 4*, 467, il quale tuttavia è incline a ricondurre già al momento del deposito del ricorso ogni effetto della domanda, ivi compreso il perfezionamento della costituzione del ricorrente (VULLO, *Commento all'art. 4*, 471: *de quo v. infra*, parr. 10 e 23). Al contempo, si ritiene che tale "scissione della domanda" fra un primo atto estremamente conciso ed una successiva memoria esaustivamente formulata risponda all'obiettivo di valorizzare l'autonomia della fase presidenziale (così SALETTI, VANZ, 713).

In ogni caso, sembra prevalere l'idea che il ricorso iniziale, che certamente svolge una funzione introduttiva della causa di divorzio, debba essere idoneo a determinarne gli elementi identificativi essenziali; in altre parole, siccome i requisiti esplicitamente richiesti dall'art. 4 quale contenuto del ricorso introduttivo

non potrebbero da soli consentire il raggiungimento di tale scopo dell'atto, è inevitabile che esso contenga ulteriori elementi (SALETTI, VANZ, 713).

Procedendo con ordine, il ricorso dovrà anzitutto contenere l'**indicazione del giudice** a cui è rivolta la domanda (SALVANESCHI, *I procedimenti*, 47; SALETTI, VANZ, 713), nonché quella del coniuge convenuto. Tali requisiti, infatti, rientrano fra quelli imposti, in via generale, dall'art. 125 c.p.c.; si è fatto poi notare – e ciò con specifico riferimento all'indicazione del giudice – che non sarebbe possibile provvedervi con la memoria prevista dal 10° comma dell'art. 4, il quale non lascia spazio a tale eventualità; diversamente, dovrebbe dedursene che l'indicazione del giudice possa anche mancare, ma la soluzione appare del tutto irragionevole, tenuto conto che un atto processuale volto ad ottenere tutela da un organo giurisdizionale deve permetterne l'individuazione (in questi termini VULLO, *Commento all'art. 4*, 467).

Per quanto concerne l'**indicazione del coniuge convenuto**, che pure si ritiene necessaria alla luce dell'art. 125 c.p.c., la soluzione trova ulteriore ragione nell'inconcepibilità di una domanda giudiziale priva di qualunque riferimento, anche generico, al soggetto contro cui è proposta (VULLO, *Commento all'art. 4*, 467. V. anche SALETTI, VANZ, 713, ove si rileva il paradosso per cui tale indicazione sembrerebbe dover essere presente nella sola memoria integrativa).

Il ricorso dovrà altresì contenere l'**elezione di domicilio** nel comune dove ha sede il giudice adito, laddove ivi non vi siano residenza o domicilio elettivo (i quali, viceversa, in caso di domicilio eletto non dovranno necessariamente essere riportati: TOMMASEO, *La disciplina*, 266, nt. 40) (SALETTI, VANZ, 713).

In caso di ricorrente o coniuge convenuto in stato di interdizione giudiziale (l'interdetto legale, infatti, conserva piena capacità di agire quanto ai rapporti privatistici non patrimoniali ex art. 32 c.p.: SALETTI, VANZ, 713), dovrà essere opportunamente indicato anche il **nome del rappresentante legale** (SALETTI, VANZ, 713 s.; conf., prima della riforma del 2005, TOMMASEO, *La disciplina*, 266, nt. 39).

Il ricorso dovrà poi contenere l'indicazione dell'**oggetto della domanda**, e cioè l'effetto perseguito mediante la proposizione del giudizio, e quindi se si agisce per lo scioglimento del matrimonio ovvero per la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario: anche tale requisito, sebbene non esplicitamente richiesto dal 2° co. della norma, sarebbe da considerare implicito nella formulazione di quest'ultima, laddove essa richiede quale contenuto necessario della domanda l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui essa si fonda (VULLO, *Commento all'art. 4*, 467).

Quanto all'**indicazione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata** – esplicitamente richiesta dal 2° comma dell'art. 4 - si tratta in buona sostanza della deduzione dei **fatti costitutivi** ovvero della **causa petendi** della propria domanda, che si concreta nell'allegazione di fatti che integrino una delle fattispecie previste dall'art. 3 L. divorzio (TOMMASEO, *La disciplina*, 313; SALETTI, *Procedimento*, 590; VULLO, *Commento all'art. 4*, 468). Tenuto conto, infatti, del contenuto necessario della memoria ex art. 4, 10° comma ed al fine di evitare ripetizioni nelle allegazioni, si ritiene che il ricorso introduttivo possa limitarsi a contenere l'indicazione dei fatti e degli elementi di diritto che legittimano la proposizione della domanda, intesi come requisiti di ammissibilità della stessa, onde consentire al giudice la valutazione di sussistenza dei tassativi presupposti previsti dalla legge per richiedere il divorzio (SALETTI, VANZ, 713. Sul punto, prima della riforma del 2005, TOMMASEO, *La disciplina*, 294. V., però, VULLO, *Commento all'art. 4*, 468, secondo cui l'onere imposto al ricorrente di indicare nel ricorso di divorzio la *causa petendi* "enuncia una regola che non esclude affatto l'onere di minima completezza funzionale prevista per ogni atto di parte dall'art. 125 c.p.c., né altro canto impedisce al coniuge attore di proporre un ricorso che presenti già, sin dal momento del deposito, tutti gli elementi che il successivo 10° co. riferisce alla memoria integrativa, salva comunque la possibilità per il ricorrente di precisare o di modificare il contenuto del ricorso, avvalendosi della suddetta memoria").

[4080] A tal proposito, peraltro, si fa notare come la dottrina qualifichi la domanda di divorzio come **domanda "autodeterminata"**, e cioè come pretesa individuata non dai singoli fatti costitutivi delle cause elencate nell'art. 3 della legge, bensì dall'effetto che si intende perseguire, ossia lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili (VULLO, *Commento all'art. 4*, 468; MAGNONE CAVATORTA, 5; sulla distinzione fra domande "autodeterminate" ed "eterodeterminate", v., per tutti, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, 172 ss.; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 47). Ciò comporta che nuove allegazioni di fatti considerati da legislatore come presupposti dello scioglimento del matrimonio non comportano novità della domanda (TOMMASEO, *La disciplina*, 314; MAGNONE CAVATORTA, 5) e che, d'altra parte, il giudice può qualificare la fattispecie in modo diverso da quello prospettato nella domanda, senza per questo violare il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (MAGNONE CAVATORTA, 5).

[4090] Ai sensi dell'art. 4, 4° co., l'istante deve anche indicare nel ricorso **l'eventuale esistenza di figli** legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio (SATTA, PUNZI, 1004; TOMMASEO, *La disciplina*, 315 s.).

Infine, si ritiene che anche oggi valga quanto si affermava prima della riforma del 2005 a proposito della necessaria **indicazione del luogo dove il matrimonio è stato trascritto**, per consentire al cancelliere di assolvere all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 4, 3° co., I. divorzio (così, in precedenza, CIPRIANI, *La nuova*, 249; SALETTI, *Procedimento*, 590; conf., dopo la riforma del 2005, VULLO, *Commento all'art. 4*, 468; SALETTI, VANZ, 714).

È da chiedersi **se il ricorso debba essere sottoscritto da un difensore munito di procura**, oppure se possa essere sottoscritto dalla parte personalmente. La risposta al quesito dipende naturalmente dalla diversa soluzione accolta in ordine alla necessità ovvero facoltatività della difesa tecnica ai fini della promozione della domanda (*de quo* si rinvia *supra*, par. prec.).



[4150] Il giudizio di divorzio è **esente dal pagamento del contributo unificato** per l'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 19, L. 6.3.1987, n. 74, è però onere dell'attore indicare nel ricorso introduttivo le "ragioni dell'esclusione" dal pagamento del contributo stesso, in ottemperanza alla regola dettata dall'art. 10, 6° co., D.P.R. 30.5.2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) (TOMMASEO, *La disciplina*, 316).

## 7. (Segue:) gli allegati.

[4100] Il nuovo testo dell'art. 4 l. divorzio prevede al 6° co. che l'attore e il convenuto alleghino, rispettivamente con il ricorso introduttivo e con la prima memoria difensiva, **le ultime dichiarazioni personali dei redditi presentate**, anticipando pertanto il momento acquisitivo di tali documenti (SALETTI, VANZ, 715), in precedenza presentati direttamente all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale ai sensi dell'art. 5, 9° co., L. divorzio (che si ritiene ora implicitamente abrogato per incompatibilità: VULLO, *Commento all'art. 4*, 469).

Peraltro, la norma non chiarisce né il periodo al quale devono riferirsi le dichiarazioni da presentare, né le conseguenze e sanzioni eventualmente derivanti dalla mancata allegazione di tali documenti.

Quanto al **periodo di competenza** delle dichiarazioni da presentare, l'utilizzo legislativo dell'aggettivo "**ultime**" ha indotto parte della dottrina a ritenere che ciascun coniuge debba almeno produrre le dichiarazioni relative all'ultimo biennio, salva naturalmente la facoltà di allegarne di ulteriori (DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *RDP*, 2005, 863; SALETTI, VANZ, 716 s.).

Quanto alla **mancata allegazione**, da un lato, si esclude che essa possa configurare ragione di vizio degli atti introduttivi o della pronuncia giudiziale, per la natura meramente accessoria ed eventuale delle questioni patrimoniali nel giudizio di divorzio (C., 29.8.1992, n. 8190); dall'altro lato, si ritiene che essa costituisca comportamento **valutabile ai fini dell'emanazione dei provvedimenti**

**temporanei ed urgenti** (SALETTI, VANZ, 715; sostanzialm. conf., DANOVI, *Il procedimento di separazione e divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA. VV., *Le prassi nei giudizi di separazione e divorzio*, Torino, 2006, § 7; M. FINOCCHIARO, *DL 35/2005 – Il rito civile. Separazione e divorzio*, in *Gdir*, 2005, 95; GRAZIOSI, *Osservazioni*, 1127), anche come argomento di prova (CORDER, 520). Nonostante la non vincolatività dei documenti fiscali ai fini della pronuncia (con riferimento specifico alla determinazione dell'assegno di divorzio v. C., 19.6.2003, n. 9806), si è affermato che la mancata ed ingiustificata produzione della documentazione in esame da parte del coniuge non possa che legittimare ed accreditare << le prospettazioni economiche della parte diligente che ha prodotto le proprie dichiarazioni >>; ciò alla luce dei << peculiari scopi di tutela che l'ordinanza presidenziale mira a garantire >>, unitamente all'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice in tale fase del procedimento, nonché alle << deroghe alle regole generali sull'onere della prova, già presenti in passato ed oggi ribadite dalla l. n. 54/2006 >> (SALETTI, VANZ, 715 s.).

[4130] Negli uffici giudiziari si registra diffusamente la consuetudine di esigere dal ricorrente la produzione, al momento del deposito del ricorso, di una serie di **documenti anagrafici** e di altra natura, al fine di rendere più fruttuosa l'udienza presidenziale. Detta prassi, benché non priva di indubbia utilità processuale, non può certamente considerarsi necessaria, in mancanza di una norma *ad hoc* che imponga espressamente tale onere (TOMMASEO, *La disciplina*, 315).

## 8. Contenuto eventuale del ricorso

[4110] L'atto introduttivo può poi assumere un **contenuto eventuale** ed ulteriore rispetto a quello fin qui esaminato.

In particolare, nel ricorso possono essere richiesti i **provvedimenti accessori** ritenuti opportuni, come ad esempio la concessione di un assegno di divorzio a favore del ricorrente, ovvero possono essere proposte eventuali **domande connesse** (SALETTI, *Procedimento*, 590).

Dopo la riforma di cui alla l. n. 80/2005, si dubita se tali provvedimenti possano essere domandati per la prima volta con la memoria integrativa di cui al 10° co. dell'art. 4, oppure se il ricorrente sia tenuto a richiederli, a pena di decadenza, al momento del deposito del ricorso. In quest'ultimo senso si deve leggere il principio generale, secondo cui le parti devono proporre tutte le loro domande con l'atto introduttivo del giudizio o con il primo atto difensivo, salvo le deroghe previste dalla legge o univocamente ricavabili dal sistema. Tuttavia, è sembrata preferibile la tesi più liberale, ossia quella che posticipa al deposito della memoria integrativa l'ultimo momento utile a favore del ricorrente per la proposizione delle domande accessorie, per ragioni di vario ordine: innanzitutto, per la nuova configurazione dell'atto introduttivo del giudizio come fattispecie a formazione progressiva che si completa solo con il deposito della successiva memoria integrativa (o con la scadenza del termine per compiere tale adempimento), così che il deposito del ricorso e quello della memoria integrativa, pur costituendo adempimenti da compiere in momenti cronologicamente diversi, sembrano dar vita ad un unico atto: ne conseguirebbe che tutto ciò che può essere validamente dedotto o allegato con il ricorso dovrebbe potersi dedurre o allegare con la memoria integrativa (salvo quanto espressamente imposto dal 2° comma), come confermerebbe la lettera del 10° co., ove si indicano quale possibile contenuto della predetta memoria tutti gli elementi previsti dai nn. 2, 3, 4, 5, e 6 dell'art. 163, 3° co., c.p.c., e dunque – si è affermato – anche un nuovo e diverso *petitum* immediato ossia un nuovo e diverso provvedimento, rispetto a quello indicato *ab origine* dal ricorrente (VULLO, *Commento all'art. 4*, 469); inoltre, tale soluzione è parsa idonea a conferire maggiore “simmetria” alla posizione delle parti, evitando di imporre al ricorrente, già prima dell'udienza presidenziale, un “onere di completezza della domanda” e quindi una situazione di “oggettivo svantaggio (processuale)” rispetto al coniuge convenuto, e consentendogli di impostare la propria strategia difensiva, tenendo conto dell'esito del tentativo di conciliazione e, soprattutto, dei provvedimenti urgenti pronunciati dal presidente nell'interesse dei coniugi e della prole (VULLO, *Commento all'art. 4*, 469); ancora, tale ricostruzione non è sembrata foriera di problemi insuperabili rispetto all'esigenza di garantire il contraddittorio e il

diritto di difesa del convenuto: infatti, in caso di mancata costituzione di quest'ultimo e di sua conseguente declaratoria di contumacia, la memoria integrativa, contenendo una domanda nuova rispetto a quella proposta con il ricorso notificato, dovrà essergli notificata personalmente ai sensi dell'art. 292 c.p.c.; diversamente, in caso di costituzione tempestiva, nulla impedirebbe la completa difesa del convenuto rispetto alla domanda accessoria nel corso della prima udienza davanti all'istruttore, anche mediante la memoria di cui all'art. 183 c.p.c. (VULLO, *Commento all'art. 4*, 469).

In ogni caso, le difficoltà sistematiche connaturate al problema dell'individuazione dell'ultimo momento utile per domandare provvedimenti accessori a quello di divorzio lasciano presumere il formarsi di orientamenti contrastanti presso la giurisprudenza di merito, constatazione che dovrebbe indirizzare il ricorrente, in base ad un'elementare regola di prudenza, a provvedere già con il deposito del ricorso introduttivo, a scanso di eventuali declaratorie di inammissibilità delle proprie pretese (v., ancora, VULLO, *Commento all'art. 4*, 470).

[4120] Il ricorso può anche contenere la richiesta della concessione di **misure di repressione della violenza nelle relazioni familiari** ai sensi della L. 5.4.2001, n. 154 (sulla quale v. per tutti AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *RDP*, 2001, 1045 ss.; CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003, 147 ss.; VULLO, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *RTDP*, 2005, 129 ss.). Nel caso, invece, in cui detta richiesta venga autonomamente azionata in separato giudizio, la legge prevede che tali misure di protezione restino assorbite da quanto disposto d'ufficio dal presidente del tribunale con i provvedimenti temporanei e urgenti pronunciati ai sensi dell'8° co. dell'art. 4, l. divorzio, e che ogni ulteriore misura, richiesta successivamente all'udienza presidenziale, debba essere domandata al giudice del divorzio (o della separazione), il quale potrà conferire ai provvedimenti interinali di cui sopra il contenuto proprio degli ordini di protezione del caso (TOMMASEO, *La disciplina*, 312 s.).


## 9. Vizi del ricorso: disciplina e rimedi.

[4140] Secondo un autorevole studioso, il presidente del tribunale, nel corso dell'udienza che si svolge dinanzi a lui, deve rilevare le eventuali cause di nullità del ricorso introduttivo, esercitando altresì i poteri ordinatori che consentono la sanatoria di tali vizi; questo potere, tuttavia, sarebbe limitato esclusivamente a quelle nullità che impediscono il regolare svolgimento dell'udienza stessa (TOMMASEO, *La disciplina*, 317).

La mancanza o l'assoluta incertezza di uno degli elementi previsti dall'art. 4, 2° co., l. divorzio, oppure di uno di quelli indicati dal 10° co., ma che il ricorrente abbia scelto di inserire nel ricorso fin dal momento del suo deposito si ritiene comporti l'applicazione della disciplina prevista **dall'art. 164 c.p.c.**, in quanto norma alla quale la dottrina prevalente riconosce portata generale in materia di invalidità degli atti introduttivi del processo, sia per quanto attiene ai profili della *editio actionis*, sia per quelli della *vocatio in ius* (SALETTI, *Procedimento*, 591, ove si aggiunge che si applicheranno anche le regole formatesi in sede di interpretazione di tale articolo, come, per esempio, quella che esclude la sanzione della nullità per omessa indicazione della residenza o del domicilio, quando questi è comunque individuabile; MAGNONE CAVATORTA, 5. In proposito, uno studioso, pur condividendo le conclusioni cui perviene detto orientamento, fa osservare come si rendano opportuni <<alcuni adattamenti>> che tengano conto <<delle diverse scansioni con cui ha luogo la fase introduttiva del giudizio nei processi che si propongono con ricorso, ove il momento della *editio actionis* (ossia della presentazione della domanda al giudice, mediante deposito in cancelleria del ricorso stesso) precede quello della *vocatio in ius* (e cioè della instaurazione del contraddittorio, in virtù della notificazione al convenuto dell'atto introduttivo del giudizio e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza presidenziale)>> (VULLO, *Commento all'art. 4*, 470). Su tali ultime questioni, v. da ultimo, OLIVIERI, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *RDPPr*, 2004, 136, e *ivi* gli essenziali richiami bibliografici. Contrario all'applicabilità dell'art. 164 c.p.c. ai vizi del ricorso introduttivo afferenti all'*editio actionis*, seppur con specifico riferimento al processo del lavoro, ROMANO, *Nullità degli atti, ricorso introduttivo delle*

*controversie di lavoro ex art. 164 c.p.c.*, in *RDPPr*, 2001, 1140 ss.).

## 10. Il deposito del ricorso e i suoi effetti.

[5010]  Il ricorso va depositato nella cancelleria del giudice adito, insieme al fascicolo di parte.

A seguito della riforma del 2005 una parte della dottrina ha sostenuto che la **costituzione in giudizio del ricorrente** si perfezioni soltanto con la memoria integrativa, nella quale egli completa l'esposizione della propria domanda (GRAZIOSI, *Osservazioni*, 1137, il quale interpreta estensivamente l'art. 4, 10° comma, nel senso per cui l'ordinanza presidenziale debba fissare i termini non soltanto per il mero deposito della memoria integrativa del ricorrente, ma anche per la costituzione di quest'ultimo).


Tale orientamento è tuttavia criticato dalla maggioranza degli studiosi, secondo cui anche alla luce delle recenti riforme la costituzione in giudizio del ricorrente deve intendersi perfezionata già **al momento del deposito dell'atto introduttivo** (VULLO, *Commento all'art. 4*, 471; SALETTI, VANZ, 717 s.; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 120; in precedenza, CIPRIANI, *La nuova*, 251; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 234; SALETTI, *Procedimento*, 592; TOMMASEO, *La disciplina*, 318). Come si è fatto notare, infatti, da un lato, il 10° comma dell'art. 4, l. div., chiaramente prevede uno spostamento dei termini di costituzione solo per il convenuto e non anche per il ricorrente; dall'altro lato, l'accoglimento dell'opposta soluzione condurrebbe ad esiti paradossali, quali la pronuncia dell'ordinanza presidenziale in uno stadio del processo in cui nessuna parte si sia ancora costituita, in contraddizione alle regole generali di cui agli artt. 171 e 307 c.p.c., oltre che al principio dell'impulso processuale ad esse sotteso (così SALETTI, VANZ, 717 s.).

Conseguentemente, non potrebbe rappresentarsi l'ipotesi di un processo di divorzio in contumacia del ricorrente (CIPRIANI, *La nuova*, 252; SALETTI, VANZ, 717).


Al deposito del ricorso segue d'ufficio l'**iscrizione a ruolo**, senza necessità di presentare apposita nota (SALETTI, VANZ, 717; TOMMASEO, *La disciplina*, 318; SALETTI,


*Iscrizione della causa a ruolo*, in *EG*, XVII, Roma, 1989, 2; SERVETTI, *Osservazioni d'ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, in *FD*, 1994, 211; C., 8.9.1992, n. 10291, in motivazione).

[5020] Resta confermato anche il principio già in passato affermato dalla dottrina maggioritaria, secondo cui con il deposito del ricorso la causa è pendente e da questo momento si producono tutti gli **effetti processuali** della proposizione della domanda (CIPRIANI, *La nuova*, 253; PUNZI, 666; TOMMASEO, *La disciplina*, 321 ss.; SALETTI, *Procedimento*, 592 s.; BARBIERA, *Separazione*, 139; DI IASI, 1413; da ultimo, SALETTI, VANZ, 718; VULLO, *Commento all'art. 4*, 471; *contra*, A. FINOCCHIARO, *Commento*, 213 s.; LAUDISA, 65, secondo la quale la pendenza lite si avrebbe solo con la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza presidenziale). Quanto agli **effetti sostanziali**, peraltro difficilmente prospettabili con riferimento al procedimento di divorzio (SALETTI, *Procedimento*, 592, nt. 56) - salva l'ipotesi di cui all'**art. 146 c.c.**, in materia di giusta causa di allontanamento dalla residenza coniugale (SALVANESCHI, *I procedimenti*, 36) - mentre alcuni studiosi li ricollegano senz'altro al deposito del ricorso (TOMMASEO, *La disciplina*, 321 ss.), altri propendono per verificare, di volta in volta, se tali effetti vadano ricondotti alla proposizione della domanda o alla conoscenza che ne abbia la controparte (SALETTI, *Procedimento*, 592, nt. 56; in generale, per l'illustrazione e l'inquadramento sistematico degli effetti processuali e degli effetti sostanziali della domanda giudiziale si rinvia per tutti a CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Comm. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, 278 ss.).


[5030]  Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità più recente ritiene che gli **effetti processuali della domanda di divorzio** - e in particolare **la litispendenza** ai sensi dell'**art. 39 c.p.c.** e la c.d. **perpetuatio iurisdictionis** ex **art. 5 c.p.c.**, ovvero l'individuazione del momento determinante della competenza e della giurisdizione - si producano con il deposito del ricorso (C., 30.3.2001, n. 4686; C., Sez. I, 15.2.1999, n. 1260, in *FD*, 1999, 336, con nota di FRASSINETTI; C., S.U., 20.10.1995, n. 10935, in *FD*, 1996, 18, con nota di VULLO; T. Napoli, 18.5.2000; tale orientamento contraddice quello precedente della S.C., che ricollegava gli effetti processuali della domanda alla notificazione al

coniuge convenuto del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza presidenziale: C., Sez. I, 30.1.1989, n. 551; C., Sez. I, 14.11.1986, n. 6695; C., Sez. I, 5.12.1981, n. 4072).

[5040]  Il 3° comma dell'art. 4 dispone che, una volta effettuato il deposito del ricorso, il cancelliere ne dà comunicazione all'ufficiale dello stato civile del luogo dove fu trascritto il matrimonio per **l'annotazione in calce allo stesso atto di matrimonio** (nel senso dell'inutilità della disposizione, v. A. FINOCCHIARO, *Commento*, 226 s.). Tale formalità dev'essere adempiuta anche quando il matrimonio è stato semplicemente iscritto nei registri a seguito del cosiddetto matrimonio civile (CARPI, GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, rist. 1997, 540).

[5050]  La giurisprudenza di merito, dal canto suo, qualifica l'annotazione ad opera dell'ufficiale di stato civile degli estremi del ricorso di divorzio in calce all'atto come un adempimento a carattere meramente amministrativo (T. Roma, 9.2.1972), la cui omissione può costituire solo fonte di responsabilità disciplinare del cancelliere e dell'ufficiale di stato civile (T. Roma, 5.6.1971); pertanto, la mancata prova che tale adempimento sia avvenuto non comporta l'improcedibilità dell'azione di divorzio (T. Roma, 28.6.1971).


## 11. Il decreto di fissazione dell'udienza

[6010]  A norma del nuovo 5° comma dell'art. 4, l. div., nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso introduttivo del giudizio (termine meramente ordinatorio: CIPRIANI, *La nuova*, 256), il presidente del tribunale deve fissare **la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé**, udienza che deve avere luogo **entro novanta giorni dal deposito del ricorso** (anche questo termine - come del resto tutti quelli imposti al giudice - deve ritenersi sostanzialmente ordinatorio e quindi la sua violazione non comporta alcuna preclusione, decadenza o altro effetto sul piano processuale, ma solo eventuali responsabilità disciplinari a carico del magistrato: VULLO, *Commento all'art. 4*, 472. Speciali forme di controllo sul rispetto dei termini processuali da parte del giudice sono


stati introdotti dall'art. 9, comma 6, l. 20.12.1995, n. 534, il quale dispone che "il dirigente dell'ufficio, nell'esercizio dei poteri previsti dagli artt. 14 e 16 del r.d.l. 31.5.46, n. 511, deve in particolare sorvegliare sulla scrupolosa osservanza, da parte dei magistrati, dei doveri d'ufficio, compresi quelli relativi all'osservanza dei termini previsti dal codice di procedura civile e dalle altre leggi vigenti"). Con lo stesso decreto il presidente è tenuto a fissare il **termine entro il quale il ricorso e il decreto devono essere notificati all'altro coniuge, nonché il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti.**

Tali termini devono essere congrui e cioè idonei a contemperare le esigenze di celerità della parte ricorrente con il diritto di difesa del convenuto (SALETTI, VANZ, 719).

[6020] La **mancanza della data dell'udienza presidenziale nel decreto, ovvero il mancato rispetto del termine per notificare ricorso e decreto** all'altra parte non si considerano cause di nullità del ricorso, bensì motivi di **nullità della vocatio in ius**, ai quali è applicabile il meccanismo di sanatoria previsto per dette invalidità dall'art. 164 c.p.c. con efficacia *ex tunc* (MAGNONE CAVATORTA, 5; conf. VULLO, *Commento all'art. 4, 472*, il quale osserva come tale soluzione riecheggi quella proposta dalla migliore dottrina, allorché si verifichi il medesimo vizio nella fase introduttiva del processo del lavoro che conosce scansioni simili a quella di divorzio - *de quo v.* per tutti LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 136 s. – così come analogamente concludono quanti fondano la disciplina delle invalidità nella fase della *vocatio in ius* dei processi introdotti con ricorso depositato, oltre che sui primi tre commi dell'art. 164 c.p.c. anche sugli artt. 162 e 291 c.p.c. (come ad es., sempre con riguardo al processo del lavoro, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed., Napoli, 814 ss.); l'efficacia retroattiva della rinnovazione di un atto viziato ai sensi dell'art. 162 c.p.c. è ammessa dalla prevalente dottrina: per riferimenti v. CIACCIA CAVALLARI, *Commento all'art. 162 c.p.c.*, in *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi e Taruffo, 4ª ed., Padova, 2002, 490 ss.; a favore dell'utilizzazione del solo art. 291 c.p.c., ancora una volta con riguardo al rito laburistico, v. anche BESSO MARCHEIS, *Processo del lavoro e vizi della vocatio in ius*, in AA. VV. *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, I, 1997, 397 ss.).

[6030]  La Cassazione ha recentemente statuito, seppure con riferimento all'identica fase introduttiva del giudizio di appello, che il **mancato rispetto** da parte del ricorrente **del termine per notificare** alla controparte il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza si risolve in una nullità sanabile, comportando solo, in mancanza di costituzione del convenuto, la fissazione da parte del giudice di una nuova udienza e la rinnovazione della notifica (con l'indicazione di un termine questa volta perentorio) *ex art. 291 c.p.c.* (C., Sez. I, 15.1.2003, n. 507; conf., nella sostanza, C., Sez. I, 14.9.2004, n. 18448, ove, invece, si ha riguardo al giudizio di primo grado, precisandosi, in particolare, che il mancato rispetto del termine per la notifica non comporta la nullità del ricorso introduttivo).

## 12. La memoria difensiva del convenuto

[6040]  Con lo stesso decreto, il presidente del tribunale fissa il termine entro cui il coniuge convenuto può (e non deve: VULLO, *Commento all'art. 4, 472*) depositare **memoria difensiva e documenti.**

Tale atto riveste una duplice funzione: per un verso esso è preparatorio rispetto all'udienza presidenziale ed ai provvedimenti temporanei e urgenti che vengono adottati in quella sede, aggiungendosi così alle fonti di convincimento del giudice; per altro verso, esso costituisce la replica o la risposta a quanto dedotto dall'attore e, dunque, il suo contenuto dipenderà anche dal grado di completezza dell'atto introduttivo del giudizio, ovvero dall'eventualità che il ricorso contenga già, sin dal suo deposito, gli elementi che il ricorrente potrebbe dedurre in giudizio anche solo con la successiva memoria integrativa prevista dal 10° co. (VULLO, *Commento all'art. 4, 472 s.*). Si è osservato che questa parte del 5° co. dell'art. 4 si presterebbe a **due diverse interpretazioni** (VULLO, *Commento all'art. 4, 473*). In base ad un **primo** approccio ermeneutico, si potrebbe, infatti, sostenere che tale memoria non debba necessariamente essere una memoria di costituzione, siccome, in questo stato del processo, il coniuge contro cui è proposta la domanda di divorzio ha solo la facoltà e non l'onere di costituirsi (come si vedrà in seguito, la riforma del 2005 ricollega la costituzione tempestiva del convenuto ed il conseguente

maturare delle preclusioni a suo carico ad un termine che il presidente fissa con la stessa ordinanza, con cui pronuncia i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole). Il convenuto potrebbe pertanto assumere, a sua scelta, posizioni processuali diverse: 1) rinunciare a qualunque attività difensiva, e dunque non depositare alcuna memoria; 2) depositare una memoria difensiva, senza però costituirsi in giudizio (in questo caso la memoria sarà sottoscritta personalmente dalla parte); 3) costituirsi in giudizio con il ministero di un procuratore, ma senza incorrere in alcuna preclusione. L'**interpretazione alternativa** si fonderebbe, invece, sul presupposto della soggezione di entrambe le parti al cosiddetto onere del patrocinio, onere che sussisterebbe in ogni fase del processo divorzile. In base a tale assunto, si dovrebbe inevitabilmente concludere nel senso che la memoria difensiva cui si riferisce il nuovo 5° co. dell'art. 4 è sempre una memoria di costituzione e, pertanto, il coniuge convenuto si troverebbe di fronte all'alternativa di costituirsi, depositando una memoria difensiva sottoscritta da un difensore (ma sempre nell'esercizio di una mera facoltà e non nell'adempimento di un onere e quindi senza incorrere in alcuna decadenza), oppure di posticipare la costituzione, ma, in questa ipotesi, senza avere il diritto di depositare alcun atto di replica allorché gli viene notificato il ricorso (in questi termini, VULLO, *Commento all'art. 4*, 473).

La norma tace a proposito della natura del **termine** previsto **per il deposito** della memoria del convenuto. Se ne deduce che esso sia **ordinatorio** ai sensi dell'art. 152, 2° comma, c.p.c. (VULLO, *Commento all'art. 4*, 473; SALETTI, VANZ, 721).

Le **conseguenze del mancato rispetto** di tale termine sono pertanto diversamente indicate a seconda della tesi accolta in ordine alla disciplina dell'**inosservanza di un termine ordinatorio**. Chi, infatti, ritiene che tale circostanza, in caso di mancata proroga prima della scadenza ai sensi dell'art. 154 c.p.c., produca effetti uguali a quelli conseguenti alla violazione dei termini perentori (come sostenuto da ANDRIOLI, *Commento*, 409; in giur. C., 19.1.2005, n. 1064; C., 29.1.1999, n. 808, in GC, 2000; C., 21.11.1998, n. 11774), ritiene precluso il deposito tardivo della memoria difensiva (così GRAZIOSI, *Osservazioni*, 1126, il

quale ne fa dipendere per il convenuto la possibilità di svolgere solo mere difese; VULLO, *Commento all'art. 152 c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 2ª ed., I, Milano, 2000, p. 908 ss., il quale ne deduce la nullità dell'atto). Diversamente, ove si ritenga che sia comunque valido l'atto compiuto dopo la scadenza del termine ordinatorio (così SATTA, *Commento*, 534), si ammette tale deposito tardivo (in questo senso SALETTI, VANZ, 722, i quali tuttavia prospettano, per tale ipotesi, la legittimità di una richiesta di rinvio dell'udienza effettuata dal ricorrente).

Altra questione sollevata dalla norma è **se** la memoria difensiva **possa essere depositata e sottoscritta personalmente dal convenuto** e cioè senza il patrocinio di un difensore. Parte della dottrina lo esclude recisamente (CIPRIANI, *Processi*, 144; DANOVI, *Il procedimento*, § 6; SALVANESCHI, in *FD*, 2006). Altra parte della dottrina appare invece incline ad ammettere tale evenienza – sempre che, naturalmente, il convenuto non abbia conferito procura ad un avvocato - essenzialmente sulla scorta del 7° comma dell'art. 4, che, da un lato, richiede la mera <<assistenza>> del difensore ai fini della comparizione all'udienza presidenziale e, dall'altro lato, non impone al convenuto la costituzione in giudizio, a differenza di quanto fa per l'attore (SALETTI, VANZ, 722 s.).

### 13. La nomina del curatore speciale

[6050] La seconda parte del 5° co., art. 4, l. divorzio, stabilisce, ancora, che il presidente del tribunale deve nominare, con il proprio decreto, un **curatore speciale** al coniuge convenuto che sia **malato di mente o legalmente incapace**. Tale precetto non si ritiene meramente ricognitivo di quanto previsto, in via generale, dall'art. 78 c.p.c., giacché, oltre al caso di coniuge interdetto o minore (privo di legale rappresentante o quando questi si trovi in conflitto di interessi con il rappresentato, come nell'ipotesi in cui la tutela dell'interdetto sia stata affidata all'altro coniuge, designato dal giudice tutelare, secondo l'ordine di preferenza stabilito all'art. 424, 3° co., c.c., oppure quando uno solo dei coniugi è minore e, quindi, suo curatore è l'altro coniuge ai sensi dell'art. 392, 1° co., c.c.: TOMMASEO, *La disciplina*, 325 s.), esso

attribuisce eccezionalmente rilievo giuridico anche a quelle "malattie" che sono causa di **incapacità naturale** (SALETTI, *Procedimento*, 593; TOMMASEO, *La disciplina*, 326; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 238; più in generale, sui problemi connessi alla tutela processuali degli incapaci naturali, v. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *GI*, 1998, 1846 ss. e ID., *Note in tema di nomina del curatore speciale ex art. 78, 1° co. c.p.c.*, *ivi*, 1999, 749 ss.).

Ai fini della nomina del curatore si ritiene che il ricorrente non possa limitarsi ad affermare lo stato di infermità del coniuge convenuto, ma che egli debba **provare documentalmente** la sussistenza di tale stato (DOGLIOTTI, *I procedimenti*, 1083, osserva in proposito come tale facoltà di nomina del curatore debba essere improntata alla massima cautela; pertanto, non sarebbe sufficiente, ad es., la documentazione relativa al ricovero anche coatto in casa di cura, ai sensi dell'art. 33, l. 23.12.1978, n. 833; secondo CIPRIANI, *La nuova*, 257, non occorrerebbe necessariamente un atto amministrativo da cui risulti la malattia, essendo sufficiente la dichiarazione di un sanitario che attesti che il convenuto non è capace di intendere e volere).

In ogni caso, nell'udienza di comparizione delle parti davanti a sé, il presidente potrebbe invitare il coniuge istante a integrare la documentazione prodotta, ferma restando l'esperibilità di una consulenza tecnica o di altri accertamenti ufficiali, sia nella fase presidenziale che in quella innanzi al giudice istruttore, per stabilire se il convenuto debba essere assistito da un curatore speciale (TOMMASEO, *La disciplina*; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 238, il quale precisa che prima della fissazione dell'udienza, il presidente non può compiere alcun accertamento sulle condizioni del coniuge convenuto, restando vincolato a quanto dedotto dal ricorrente; *contra*, su quest'ultimo punto, CIPRIANI, *La nuova*, 257, nt. 47 e, se non erro, DOGLIOTTI, *I procedimenti*, 1083, secondo cui il presidente potrebbe comunque disporre d'ufficio accertamenti o assumere informazioni e, addirittura, nei casi dubbi, sospendere il procedimento, in attesa che i soggetti legittimati promuovano il giudizio di interdizione).

[6060] Si è fatto notare, in dottrina (TOMMASEO,


*La disciplina*, 325), come tale norma trascuri l'ipotesi dell'**incapacità che riguardi l'attore**; tale lacuna normativa è stata recentemente colmata dalla giurisprudenza di legittimità (C., 21.7.2000, n. 9582), la quale ha statuito che il tutore deve chiedere al presidente la nomina di un curatore speciale affinché eserciti, in qualità di rappresentante legale dell'incapace, un'azione personalissima, qual è la domanda di divorzio (sul punto v. anche MANDRIOLI, *Diritto*, III, 120, nt. 96).

#### 14. L'ordine di audizione dei figli minori

[6070] L'art. 4, l. div., non precisa se il decreto presidenziale possa contenere ulteriori provvedimenti rispetto a quelli fin qui esaminati. In particolare, ci si è chiesti se il presidente possa ordinare, con tale decreto, la comparizione in giudizio dei figli minori. In un primo tempo, la dottrina ha in prevalenza offerto risposta negativa, essenzialmente sulla scorta dell'8° comma dell'art. 4, ai sensi del quale l'audizione dei figli minori può essere disposta solo se appaia "strettamente necessaria" e, quindi, sulla base di una valutazione possibile solo dopo l'acquisizione di quelle informazioni che il presidente raccoglie all'udienza presidenziale, nel corso del tentativo di conciliazione (TOMMASEO, *La disciplina*, 327; CIPRIANI, *La nuova*, 275, nt. 109; conf., SALETTI, *Procedimento*, 594; *contra*, a quanto consta, GRASSI, *La legge sul divorzio*, Napoli, 1971, 270).

Con l'entrata in vigore della l. n. 54/2006, tuttavia, tale soluzione è stata revocata in dubbio. In particolare, si è affermato che, alla luce del nuovo art. 155 *sexies* c.c., la comparizione dei figli debba essere già disposta con il provvedimento in esame quando essi abbiano **età superiore ai dodici anni** o, comunque, **abbiano <<capacità di discernimento>>** (SALETTI, VANZ, 720).


#### 15. La costituzione del convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico: rinvio

[7010]  Fra le questioni più controverse in dottrina e in giurisprudenza prima della riforma del 2005 vi era quella relativa alla **costituzione in giudizio del convenuto**: in mancanza di una

specifica disciplina, ci si chiedeva se la tempestività di tale adempimento nel giudizio di divorzio fosse da collegare all'udienza presidenziale o alla prima udienza davanti al giudice istruttore (in argomento, da ultimo, per una sintesi delle diverse opinioni, MARELLI, *Preclusioni e nullità nella fase introduttiva del giudizio di divorzio*, in *RDPr*, 2002, 290 ss.; CAMPUS, *Giudizio di divorzio, interruzione della separazione ed eccezione di parte*, in *FD*, 2002, 387 ss.; LOMBARDINI, *Costituzione del convenuto nei processi di separazione personale dei coniugi e di divorzio: il "rito ambrosiano" e l'orientamento "tradizionale" a confronto*, in *RTDP*, 2001, 841; RICCI, *Il rito "ambrosiano", la Cassazione e il rito "romano"*, in *RTDP*, 2003, 717 ss.; nonché, da ultimo, VIGNERA, *Sulla "specialità integrale" del rito del divorzio e della separazione*, in *RDPr*, 2003, 103 ss.). Il rilievo pratico del problema dipendeva dalle preclusioni che l'art. 167 c.p.c. collega alla costituzione tardiva del convenuto per quanto riguarda la proposizione di **domande riconvenzionali, chiamate in causa di terzi**, e ora – a seguito della novella del 2005 - anche per proporre **le eccezioni di merito o di rito che non siano rilevabili d'ufficio**. A complicare la questione si poneva la scansione della fase introduttiva del processo di cognizione in due udienze (quella di prima comparizione ex art. 180 c.p.c. e la prima di trattazione ex art. 183 c.p.c.), circostanza che aveva sollecitato l'interrogativo su quale fosse la sede destinata all'espletamento delle attività previste dall'art. 180, 1° co., ivi compresa l'assegnazione di un termine al convenuto, che rappresentava, in tale sistema, l'ultimo momento utile per allegare le c.d. **eccezioni in senso stretto** ossia non rilevabili d'ufficio (sul punto, cfr. VULLO, *Commento all'art. 4*, 475).

[7020] La riforma del 2005 ha, infine, risolto la *vexata quaestio*, dettando una disciplina *ad hoc*, contenuta nel nuovo 10° comma dell'art. 4 (al cui commento si rinvia, *sub par.* 24), disciplina che, per un verso, **esclude in capo al coniuge convenuto qualunque onere di costituzione all'udienza presidenziale**, e, per altro verso, collega la tempestività di tale adempimento ed il maturare delle relative preclusioni ad un **termine fissato dal presidente**, a conclusione dell'udienza che si tiene dinanzi a lui, con la stessa ordinanza con cui egli assume i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole.

## 16. L'udienza presidenziale e la mancata comparizione delle parti

[8010]  L'udienza presidenziale, che costituisce indubbiamente l'elemento di specialità caratterizzante la disciplina processuale del divorzio, è essenzialmente finalizzata ad un duplice scopo: permettere al presidente del tribunale di effettuare il tentativo di conciliazione dei coniugi e, nel caso in cui tale tentativo risulti infruttuoso, assumere i provvedimenti interinali nell'interesse dei coniugi e della prole (TOMMASEO, *La disciplina*, 327 ss.; VULLO, *Commento all'art. 4*, 475).

[8020] Di regola, l'udienza presidenziale deve svolgersi davanti al capo dell'ufficio giudiziario; solo in caso di impedimento o per esigenze di servizio, il presidente del tribunale può delegare a un giudice del proprio ufficio le funzioni che egli sarebbe tenuto a esercitare in udienza (TOMMASEO, *La disciplina*, 330).

[8030] Il 7° co. della norma in commento stabilisce che **i coniugi devono comparire personalmente all'udienza davanti al presidente, salvo gravi e comprovati motivi, e con l'assistenza di un difensore**.

L'esplicita indicazione circa la necessità dell'assistenza dei difensori fin dall'udienza presidenziale costituisce una novità importante che supera i dubbi sorti in proposito sotto l'imperio della disciplina precedente (VULLO, *Commento all'art. 4*, 476; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 89). [In precedenza, infatti, nel silenzio della norma, infatti, la netta maggioranza degli autori aveva affermato che entrambe le parti avessero la mera facoltà e non l'obbligo, di farsi assistere dai difensori durante l'intero svolgimento dell'udienza presidenziale (CIPRIANI, *La nuova*, 261; CARPI, GRAZIOSI, 540; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 241 s.; *contra*, SATTA, PUNZI, 999 e, se bene intendo, SALETTI, *Procedimento*, 595; per una posizione più articolata, v. TOMMASEO, *La disciplina*, 331 ss.)].

[8040] I **gravi e comprovati motivi** che consentono di derogare all'obbligo della comparizione personale dei coniugi all'udienza presidenziale devono essere valutati con particolare rigore dal presidente e, di regola, sulla base dei documenti tempestivamente



prodotti dalle parti o con indagini ufficiose (TOMMASEO, *La disciplina*, 335), ma non escluso il ricorso a prove testimoniali finalizzate ad accertare esistenza e natura dell'impedimento (SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 673), o anche il ricorso al "notorio" (CIPRIANI, *La nuova*, 262, nt. 68).

[8050] ✍ La Suprema Corte ha statuito che la parte ha l'onere di dare ritualmente **tempestiva e adeguata motivazione dei gravi motivi** che giustificano la mancata comparizione (C., S.U., 4.7.1987, n. 5865, ove si è esclusa la rilevanza di una comunicazione d'impedimento, per ragioni di salute, indirizzata al presidente del tribunale nell'avanzato pomeriggio del giorno precedente all'udienza, senza alcuna specificazione idonea a consentire una rapida individuazione del processo cui si riferiva). Sempre la giurisprudenza di legittimità ha indicato, esemplificativamente, come gravi motivi che giustifichino la mancata comparizione all'udienza presidenziale, **oltre alla malattia, lo stato di detenzione del coniuge o la sua emigrazione all'estero** (C., Sez. I, 7.11.1981, n. 5874).

[8060] 📖 Se l'**impedimento** a comparire, sebbene grave, è soltanto **momentaneo**, parte della dottrina ammette la possibilità che il presidente rinvii ad altra data l'udienza, in applicazione dei principi generali (TOMMASEO, *La disciplina*, 335 s.; BARBIERA, *Separazione*, 148; SCARDULLA, 669; *contra*, se bene intendo, CIPRIANI, *La nuova*, 263 ss.). Se invece l'impedimento è **definitivo**, non è possibile esperire il tentativo di conciliazione, e il processo prosegue come se tale adempimento non avesse avuto successo (SCARDULLA, 671).

[8070] ✍ Sempre con riguardo all'ipotesi di impedimento meramente transitorio, una risalente decisione della Suprema Corte ha statuito che il presidente può ascoltare le parti anche in una sede diversa da quella giudiziaria (C., Sez. I, 19.9.1975, n. 3068).

[8080] 📖 È dubbio se, nel caso di mancata comparizione della parte per gravi e comprovati motivi, questa possa farsi rappresentare all'udienza presidenziale da un **procuratore speciale** [in senso favorevole: CARPI, GRAZIOSI, 540; SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in *Tratt.*

*Rescigno*, 2<sup>a</sup> ed., 3, II, Torino, 1996, 380; GOLDONI, *Separazione e divorzio*, Padova, 1991, 85; *contra*, SALETTI, *Procedimento*, 597; TOMMASEO, *La disciplina*, 336; BARBIERA, *Separazione*, 145 s.; DOGLIOTTI, *I procedimenti*, 1084; secondo CIPRIANI, *La nuova*, 262, se sussistono gravi e comprovati motivi, la parte può non comparire personalmente e farsi rappresentare dal procuratore (dell'art. 82, non da quello speciale dell'art. 77)]. In ogni caso, si esclude che il procuratore speciale sia legittimato a partecipare al tentativo di conciliazione (A. FINOCCHIARO, *Commento*, 243; SANTOSUOSSO, 380); di conseguenza, in caso di impedimento, vista l'impossibilità di esperire il tentativo di conciliazione, il processo proseguirà come nel caso di tentativo infruttuoso (VULLO, *Commento all'art. 4*, 476).

[8090] ✍ Quanto alla giurisprudenza, mentre la Suprema Corte ha statuito che la comparizione di un rappresentante del coniuge non è idonea a consentire l'esperimento del tentativo di conciliazione (C., Sez. I, 2.6.1978, n. 2757; conf., T. Trapani, 29.2.1972), diversamente alcuni giudici di merito hanno ritenuto che la comparizione del rappresentante al posto del coniuge impedito non impedisca affatto il tentativo di conciliazione (T. Verona, 2.4.1988; T. Ravenna, 23.12.1971).

[8100] 📖 Il nuovo testo dell'art. 4, 7° co., disciplina per la prima volta espressamente e distintamente **l'ipotesi della mancata comparizione in udienza del ricorrente ovvero del coniuge convenuto** in assenza di gravi e comprovati motivi. Considerato l'obbligo dell'assistenza del difensore fin dall'udienza presidenziale, si è affermato che alla mancata comparizione non giustificata debba equipararsi ad ogni effetto di legge la **comparizione del ricorrente o del coniuge convenuto senza un difensore** (VULLO, *Commento all'art. 4*, 477).

[8110] **Se è il ricorrente a non presentarsi in udienza senza gravi e comprovati motivi** ovvero vi è **rinuncia alla domanda di divorzio** (con evidente equiparazione legale delle due fattispecie: VULLO, *Commento all'art. 4*, 477), la domanda rimane priva di effetto ai sensi del 7° comma dell'art. 4, l. div.

Il legislatore avrebbe in questo modo reintrodotta quella che in passato era definito un

“onere di conferma della domanda” (SALETTI, VANZ, 724; CIPRIANI, *I provvedimenti*, 118; MANDRIOLI, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *RDP*, 1972, 276).

Si è affermato in proposito che la nuova formulazione della norma, ed in particolare la scomparsa dal testo di ogni riferimento alla "rinuncia all'azione", come conseguenza della dichiarazione di non volere proseguire la domanda, permetterebbe di qualificare la rinuncia alla domanda di divorzio come una mera "rinuncia agli atti", <<i> i cui effetti si risolvono esclusivamente nell'estinzione del giudizio in corso, permettendo l'eventuale riproposizione di una nuova domanda di divorzio per gli stessi fatti posti a fondamento della prima >> (in questi termini (VULLO, *Commento all'art. 4*, 477).

[8120] **Nel caso in cui sia il convenuto a non comparire ingiustificatamente all'udienza**, l'art. 4, 7° co., l. divorzio, stabilisce che il presidente può fissare un nuovo giorno per la comparizione, ordinando che la notificazione del ricorso e del decreto gli sia rinnovata.

Si tratta, secondo la dottrina, di un potere discrezionale [(VULLO, *Commento all'art. 4*, 477; SALETTI, VANZ, 725; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 121, il quale, argomentando sul combinato disposto del 7° e dell'8° comma dell'art. 4, ritiene che la valutazione del presidente debba tenere conto anche delle eventuali osservazioni del ricorrente (in tal senso v. anche C., 16.11.2005, n. 23070)], che dovrebbe trovare, appunto, la sua fondamentale giustificazione (ed esclusiva secondo BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 429, salvo tradursi in un ingiustificato differimento dei provvedimenti provvisori ed urgenti. Ma v. SALETTI, VANZ, 725, che ammettono tale possibilità anche per esigenze conciliative) nella mancata comparizione dovuta a gravi e comprovati motivi.


Il presidente, se lo ritiene, potrebbe dunque anche omettere di fissare la nuova udienza e provvedere agli adempimenti previsti dall'8° co. dello stesso art. 4. In questo caso **l'ordinanza presidenziale dovrebbe essere notificata al convenuto non comparso**, come si ricava dal successivo 9° co. (VULLO, *Commento all'art. 4*, 477).

[8130] La norma non contempla l'ipotesi dell'assenza ingiustificata di **entrambe le parti**. In tal caso si ritiene che il giudizio non possa proseguire, con la conseguenza che, per ottenere lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, sarà necessario riproporre la relativa domanda, senza alcuna possibilità di riassunzione (CIPRIANI, *La nuova*, 265; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 248, i quali parlano di "archiviazione"; secondo TOMMASEO, *La disciplina*, 338 s., quest'ultima formula non è esatta, dovendosi applicare nel caso si specie l'art. 181 c.p.c., seppure con un correttivo, reso necessario dalla mancata prova che il ricorrente abbia effettivamente notificato ricorso e decreto, che dovrebbe determinare l'estinzione immediata del processo per applicazione analogica dell'art. 307, 3° co., c.p.c.).

**17. L'intervento del pubblico ministero e dei terzi: rinvio.**

[8140] Quanto alla partecipazione del **pubblico ministero** e all'**intervento dei terzi** nel processo di divorzio, si rinvia al commento dell'art. 5, 1° co., l. divorzio.

**18. Il tentativo di conciliazione**


[9010]  Il 7° co. dell'art. 4 in commento stabilisce che il giudice deve sentire i coniugi, prima separatamente e poi congiuntamente. Il mancato rispetto di quest'ordine di audizione dei coniugi non si ritiene causa di nullità (CIPRIANI, *La nuova*, 270; TOMMASEO, *La disciplina*, 339, nt. 137; *contra*, MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, 65).


A norma dello stesso 7° comma, primo periodo, in questa fase dell'udienza le parti sono necessariamente **assistite dai** rispettivi **difensori**.

**Scopo dell'audizione** dei coniugi non è solo quello di tentare la riconciliazione, ma anche quello di consentire al presidente di raccogliere una serie di informazioni utili, in caso di fallimento del tentativo, all'assunzione dei provvedimenti temporanei e urgenti di cui al successivo 8° co. (TOMMASEO, *La disciplina*, 340).

Se la conciliazione riesce viene redatto il relativo processo verbale.


Secondo la prevalente dottrina, la centralità del tentativo presidenziale di conciliazione induce a ritenere che l'**omissione di tale adempimento** non possa essere surrogato da un analogo tentativo effettuato dall'istruttore nell'ulteriore corso del procedimento e che, dunque, essa costituisca motivo di nullità del giudizio (TOMMASEO, *La disciplina*, 345; CIPRIANI, *La nuova*, 269, nt. 87; CARPI, GRAZIOSI, 540; BARBIERA, *Il divorzio*, 39, s., 76; ID., *Separazione e divorzio*, 148; *contra*, A. FINOCCHIARO, *Commento*, 259 ss.). Secondo alcuni studiosi, tale nullità è sanabile in mancanza di una tempestiva eccezione di parte (TOMMASEO, *La disciplina*, 345); secondo altri non sarebbe invece possibile alcuna sanatoria (BARBIERA, *Il divorzio*, 39 s., 76).

[9020]  Anche la Suprema Corte ha statuito che l'**omissione del tentativo di conciliazione** dei coniugi determina la **nullità** del procedimento di divorzio (C., S.U., 4.7.1987, n. 5865; C., Sez. I, 13.12.1982, n. 6832, che non può più essere surrogata da eventuali tentativi di conciliazione disposti ed effettuati dal giudice istruttore a norma dell'art. 185 c.p.c., e, ove, peraltro, si afferma in motivazione la sanabilità di tale vizio; C., Sez. I, 7.11.1981, n. 5874; ma nel senso che il tentativo di conciliazione possa essere validamente esperito, dopo che si è conclusa la fase presidenziale, anche per la prima volta dal giudice istruttore, C., Sez. I, 28.9.1976, n. 3169). Con maggior rigore, e probabilmente con un eccesso di formalismo, si è anche sostenuto che l'inosservanza, da parte del presidente, dell'ordine nell'audizione dei coniugi è motivo di nullità del tentativo di conciliazione (C., Sez. I, 28.9.1976, n. 3169, cit.).

[9030]  Secondo una parte della dottrina, la riconciliazione dei coniugi fa cessare gli effetti della separazione, poiché tale fattispecie concreta "l'espressa dichiarazione" richiesta a tal fine dall'art. 157 c.c. (TOMMASEO, *La disciplina*, 341 s.; *contra*, CIPRIANI, *La nuova*, 270 s., ove si sostiene che la conciliazione non produce effetti ablativi sulla separazione, se non è accompagnata da un'espressa dichiarazione in tal senso). La riconciliazione estingue il diritto ad ottenere il divorzio, con riguardo non solo ai fatti posti a fondamento della domanda, ma anche a quelli conosciuti dai coniugi al momento della riconciliazione giudiziale (TOMMASEO, *La*

*disciplina*, 342). Ne consegue, secondo questa tesi, che, in caso di successo del tentativo di conciliazione, sarebbe possibile proporre una nuova domanda di divorzio solo adducendo fatti sopravvenuti o fatti ignorati, nonché per il decorso del termine triennale di una nuova separazione (TOMMASEO, *La disciplina*, 342).

## 19. L'ordinanza presidenziale: natura e contenuto dei provvedimenti temporanei ed urgenti

[10010]  A norma dei commi 8° e 10° dell'art. 4, l. div., qualora il tentativo di conciliazione fallisca ovvero il convenuto non compaia, si apre un'ulteriore fase dell'udienza (GRAZIOSI, in *RTDPC*, 2005, 1133 ss.), al cui esito il presidente del tribunale deve provvedere, da un lato, ad emettere i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole e, dall'altro lato, a dare i provvedimenti necessari al successivo svolgimento del processo dinanzi al giudice istruttore (SALETTI, VANZ, 727). Tutto ciò viene fatto mediante un'unica **ordinanza presidenziale**, il cui contenuto, a seguito della novella del 2005, risulta dunque più ampio di quanto non fosse nella previgente disciplina dell'istituto, dovendo oggi contenere: 1) i provvedimenti temporanei ed urgenti di cui s'è detto; 2) la nomina del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione davanti a questi; 3) l'assegnazione al ricorrente di un termine perentorio per il deposito di un memoria integrativa; 4) l'assegnazione al convenuto di un termine per costituirsi in giudizio; 5) l'avvertimento al convenuto circa le decadenze derivanti dalla sua tardiva costituzione (SALETTI, VANZ, 727).

Quanto ai **provvedimenti temporanei ed urgenti**, trattasi di una categoria piuttosto eterogenea, potendo avere ad oggetto ogni misura ritenuta opportuna, sia con riguardo all'affidamento della prole ed alle sue modalità, anche di rilievo patrimoniale, sia con riferimento ai **rapporti tra coniugi**, sotto l'aspetto **personale** (come l'**autorizzazione a vivere separati**: SALETTI, VANZ, 728; ma v. DANOVÌ, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *RDPPr*, 1998, 729, secondo cui l'utilità di detta autorizzazione sarebbe elisa dalla proposizione della domanda

di divorzio, in quanto di per sé giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare, ai sensi del chiaro disposto dell'art. 146, 2° comma, c.c.) e **patrimoniale** (es. fissazione della misura di **eventuali assegni** e determinazione del **diritto all'abitazione nella casa familiare**: SALETTI, VANZ, 728. Ma v., sugli ulteriori possibili contenuti di questi provvedimenti, TOMMASEO, *La disciplina*, 346, e *infra*).

Ai sensi dell'8° comma dell'art. 4, I. div., il presidente è tenuto a pronunciare tali provvedimenti **anche d'ufficio**. Prima della novella del 2005, parte della dottrina aveva proposto un'interpretazione restrittiva della suddetta norma, circoscrivendo l'impulso officioso alle misure relative alla prole e negandolo, ad esempio, con riguardo all'attribuzione di assegni di mantenimento a favore dell'altro coniuge non richiesti con gli atti introduttivi del processo (TOMMASEO, *La disciplina*, 351; SALETTI, *Procedimento*, 599; SALVANESCHI, *RDP*, 1994, 1062). Tuttavia, tale impostazione è stata recentemente rivisitata all'esito delle modifiche introdotte dalla l. n. 80/2005, la quale, nel ritardare, rispetto alla disciplina pregressa, il momento nel quale le parti esauriscono lo svolgimento delle rispettive domande e difese, rende oggi preferibile una soluzione che riconosca maggiore potere d'intervento al presidente, specialmente con riguardo a diritti disponibili, qual è il diritto all'assegno ex art. 5, 6° comma, I. div. (SALETTI, VANZ, 728).

In base ad un indirizzo dottrinale un tempo dominante, nell'emissione di questi provvedimenti il presidente incontrerebbe il limite dell'**incompetenza del tribunale adito**; ciò sulla scorta della premessa per cui la questione sulla competenza dovrebbe precedere, per ordine logico, ogni decisione nel merito; pertanto, qualora il presidente ritenga incompetente il tribunale davanti al quale il ricorrente ha convenuto l'altro coniuge, non potrebbe assumere i provvedimenti temporanei e urgenti, dovendosi limitare a rimettere la causa al giudice istruttore (D'ANTONIO, *Inderogabilità della competenza territoriale anche per i provvedimenti temporanei del presidente nel giudizio di separazione personale*, in *GI*, 1961, I, 747; SATTA-PUNZI, 1000 ss.). Di recente, peraltro, sembra farsi strada un approccio meno

restrittivo, mosso dall'esigenza di garantire in ogni caso una tutela adeguata alla prole (CIPRIANI, *La nuova disciplina*, 275 s.; LAUDISA, 63; CORDER, 510; DI IASI, *Procedimenti*, 1403; TOMMASEO, *La disciplina*, 303; MAGNONE CAVATORTA, 3. V, però, in senso critico SALETTI, VANZ, 729).


[10050]  Assai controversa è la **natura** dei provvedimenti temporanei ed urgenti. Secondo alcuni studiosi, tali misure presenterebbero carattere **sommario-anticipatorio** (SALETTI, *Procedimento*, 602; TOMMASEO, *La disciplina*, 355 ss. e 346, il quale equipara sostanzialmente, quanto a natura e contenuto, i provvedimenti presidenziali pronunciati nel giudizio di divorzio a quelli assunti nel corso del processo di separazione ai sensi dell'art. 708 c.p.c.; BARBIERA, *Separazione*, 149; LAUDISA, 63; MAGNONE CAVATORTA, 7; DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 127 s.), secondo altri andrebbero ascritti alla **volontaria giurisdizione** (CIPRIANI, *La nuova*, 281 ss., il quale tuttavia ne *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"* e *il lento ritorno al garantismo*, in *CorG*, 1998, 211, preferisce qualificarli come provvedimenti a **natura mista**; per una sintesi delle varie posizioni dottrinali sul punto, v. anche CASABURI, *Le misure patrimoniali "provvisorie" (sommario e cautelari) nella separazione, nel divorzio, nella crisi "di fatto" della famiglia*, in *DF*, 2004, 1066 ss.) ovvero, per la maggioranza degli studiosi, alla **tutela cautelare** (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino, 1994, 301, nt. 382; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 429 s.; SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *RDP*, 1994, 1066 ss.; ID., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *FD*, 1994, 532 ss.; CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *FI*, 2002, I, 264 ss.; ID., *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *FI*, 2004, I, 624 ss.; Conf., da ultimo, VULLO, *Commento all'art. 4*, 479 s., il quale osserva come sia difficilmente contestabile l'argomento funzionale prodotto dai

fattori di questo indirizzo, in base al quale tali provvedimenti mirano a regolare, per il tempo necessario allo svolgimento del giudizio di merito, quegli aspetti della vita dei coniugi e della prole che troveranno un assetto definitivo con la sentenza di divorzio (v. per tutti, sul punto, SALVANESCHI, *Provvedimenti*, 1066 s.). Peraltro, la funzione latamente cautelare dei provvedimenti in parola è talvolta riconosciuta anche da chi nega che le ordinanze presidenziali siano manifestazione della giurisdizione cautelare (così TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, in *RDPr*, 1993, 695 ss. e spec. 712, nt. 45). Alla tesi in parola si potrebbe obiettare che proprio alcuni elementi della disciplina di tali misure sembrerebbero collocarle al di fuori della tutela cautelare in senso stretto, come ad es. la possibile ufficiosità della pronuncia e, soprattutto, la previsione che questa sopravviva all'eventuale estinzione del giudizio di merito (ai sensi dell'art. 189 disp. att. c.p.c., richiamato dall'art. 4, 8° co., l. divorzio, sul quale v. *infra sub par. \_\_\_\_\_*). Orbene, al primo rilievo si contrappone l'esistenza di altre ipotesi di giudizi sicuramente contenziosi nei quali l'iniziativa spetta comunque all'ufficio e non alle parti (come nella dichiarazione di fallimento ex art. 6 l. fall.). Quanto al secondo profilo, si fa notare come i più recenti interventi legislativi siano chiaramente volti ad attenuare il vincolo di strumentalità strutturale tra cautela e giudizio di merito, rendendo meramente eventuale la proposizione della causa a cognizione piena dopo la concessione di un provvedimento d'urgenza o di un'altra misura cautelare a contenuto anticipatorio - e così, dapprima, l'art. 23, 1° co. del nuovo rito societario introdotto con il D.L. 17.1.2003, n. 5 (sul quale v., per tutti, COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *RDPr*, 2003, 651 ss.; SALETTI, *Commento agli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 5/2003*, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, 221 ss.; OLIVIERI, *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 381 ss.; FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 655 ss.) e poi l'art. 2, 3° co., lett. e bis), n. 2.3. del D.L. 14.3.2005, n. 35 che ha esteso la stessa regola al **procedimento cautelare di diritto comune**; inoltre si osserva come non sia


corretto <<ricavare da una regola che presuppone il verificarsi di una vicenda patologica del processo, indicazioni decisive sulla natura del provvedimento>> *de quo*. Vero è, invece, che "quando la pronuncia di primo grado interviene i provvedimenti presidenziali si comportano esattamente come ogni provvedimento strumentale e provvisorio" (SALVANESCHI, *Provvedimenti*, 1068; anche secondo CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, 130, l'ultrattività delle ordinanze presidenziali, risponde a una «realistica scelta di economia processuale» e non impedisce che tali provvedimenti si raccordino strumentalmente alla decisione di merito). L'ultrattività delle ordinanze in esame viene poi spiegata come il <<riflesso normativo di una scelta di politica processuale>> (v., ancora, VULLO, *Commento all'art. 4*, 480), nel senso che «in un campo in cui la litigiosità non fa che ledere anche interessi sovraindividuali, l'eventuale inattività delle parti che accettino l'ordinanza presidenziale quale unica e futura regolamentazione dei loro rapporti non può che essere valutata positivamente e favorita dal legislatore» (SALVANESCHI, *Provvedimenti*, 1069). Ancora, si rileva che la "strumentalità strutturale", intesa come rigorosa impossibilità che la misura cautelare sopravviva al venir meno del giudizio di merito, è a torto considerata un requisito essenziale della nozione teorica di provvedimento cautelare; nozione, quest'ultima, che la nostra migliore tradizione dottrinale subordina indefettibilmente solo a un'accezione di "strumentalità" di ordine meramente funzionale, ossia intesa come rapporto che lega immancabilmente ogni provvedimento cautelare ad un provvedimento principale, il rendimento del quale si trova, in virtù del primo, agevolato ed assicurato in anticipo>> (MERLIN, 429 s., la quale a sua volta evoca sul punto il pensiero di CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21, 62. Conf. VULLO, *Commento all'art. 4*, 480 ).

[10060] La questione relativa alla natura dei provvedimenti presidenziali, un tempo di rilievo più che altro teorico (per un'ampia sintesi del dibattito dottrinale, con riferimento alla corrispondente ordinanza pronunciata nel giudizio di separazione, v. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 103 ss.), presenta oggi notevole interesse pratico e applicativo, in relazione alla possibilità/necessità

di applicare a questi provvedimenti, seppur nei limiti della clausola di compatibilità ex art. 669 quaterdecies c.p.c., la **disciplina del processo cautelare uniforme** di cui agli artt. 669 bis ss. c.p.c. (ma per quanto concerne in particolare l'**applicabilità dell'art. 669 terdecies c.p.c. si rinvia infra**, par. 12). In generale, ritengono che tale disciplina sia applicabile ai provvedimenti presidenziali nei giudizi di separazione e divorzio: ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 270; MERLIN, 429; CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 243; VULLO, *L'attuazione*, 103 ss.; possibilista anche CONSOLO, *Commento all'art. 669 quaterdecies c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 734; altri, pur riconoscendo natura cautelare alle ordinanze *de quibus*, escludono, per incompatibilità, l'applicazione del nuovo corpus normativo, salvo l'art. 669 duodecies c.p.c. in tema di esecuzione (SALVANESCHI, *Provvedimenti*, 1068; ID., *Natura cautelare*, 532 ss.); ancora, a favore di una prudente applicabilità in via analogica, TOMMASEO, *Variazioni*, 712, nt. 45; ID., 304 ss. *Contra*, e quindi per l'assoluta inapplicabilità del rito speciale di cui agli artt. 669 bis ss. c.p.c., v. PROTO PISANI, 673; SALETTI, *Procedimento*, 603; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 94, con riferimento all'analogia ordinanza presidenziale pronunciata nel processo di separazione, il quale fa però salva la reclamabilità ex art. 669 terdecies c.p.c.; COSTANTINO, *Commento all'art. 669 quaterdecies c.p.c.*, in AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile, Legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla legge 21 novembre 1991, n. 374, Commentario* a cura di Tarzia e Cipriani, edizione integrata con il *Commento alla legge 4 dicembre 1992, n. 477*, Padova, 1993, 420; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *RDPPr*, 1991, 688 ss., spec. 731 s.; DANOVI, *Principio della domanda*, *ivi*, 1998, 729 ss., spec. 750 ss.


[10070]  La giurisprudenza di legittimità pressoché unanime attribuisce **natura cautelare** ai provvedimenti presidenziali pronunciati nell'interesse dei coniugi e della prole (in tale senso, con riferimento all'ordinanza presidenziale assunta nel giudizio di separazione, la cui natura, come detto, è identica a quella del corrispondente provvedimento divorzile, C., Sez. I, 5.10.1999, n.

11029; C., Sez. I, 12.4.1994, n. 3415, in *FD*, 1994, I, 531, con nota di SALVANESCHI; C., Sez. I, 18.9.1991, n. 9728; C., Sez. I, 22.5.1990, n. 4613; C., Sez. I, 14.2.1986, n. 878; C., Sez. I, 10.5.1984, n. 2864; C., Sez. I, 30.12.1981, n. 6774; C., Sez. I, 28.4.1977, n. 1607, *ivi*, 1977, I, 1907, con nota di CAFERRA; C., Sez. III, 1.12.1966, n. 2823, in *FI*, 1967, I, 273, con nota di DEL GROSSO; *contra*, forse, C., Sez. I, 1.4.1998, n. 3374). Tale opinione è condivisa anche da alcuni giudici di merito (T. Genova, 10.1.2004, (ord.), in *FD*, 2004, 612, con nota di FIGONE; T. Napoli, 29.12.2000, (ord.); T. Firenze, 11.12.1999, in *FToscana*, 2000, 22, con nota di FORTINI; T. Taranto, 8.3.1999, in *FD*, 1999, 376, con nota di CARRATTA; T. min. Perugia, 13.6.1997, (decr.), in *RGUmbra*, 1998, 17, con nota di TARQUINIO), ma l'indirizzo prevalente è quello che **nega il carattere cautelare** delle ordinanze in esame (T. Genova, 7.3.2002, (ord.), in *FD*, 2002, 631, con nota di BET, e T. Genova, 16.3.2001, in *FI*, 2002, 2356, con nota di CIPRIANI, ove peraltro, si è riconosciuta la reclamabilità di tali provvedimenti nel caso in cui siano relativi a minori, sostenendo che diversamente si verrebbe a creare un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle misure ex art. 333 c.c. per le quali è previsto il rimedio del reclamo; T. Foggia, 30.7.2001, (ord.), in *FI*, 2002, I, 263, con nota di CEA; T. Pavia, 9.1.1997 (ord.); T. Arezzo, 11.6.1997, (ord.), *ivi*, 2285 ss., con nota anepigrafa di CIPRIANI; T. Trani, 26.11.1997, (ord.), *ivi*, c. 232 ss.; T. Napoli, 14.11.1995, (ord.), in *FD*, 1996, 464, con nota di PATTUMELLI; T. Roma, 27.1.1994; T. Catania, 21.7.1993, *ivi*).


[10080]  Quanto al **contenuto** dei provvedimenti presidenziali, come si è già anticipato, questo può essere assai vario e, modellandosi sulle concrete esigenze di tutela, riguardare: **l'affidamento della prole**, stabilendo altresì i diritti del coniuge non affidatario (p. es., il diritto di visita) e la misura in cui quest'ultimo è tenuto a contribuire al loro mantenimento; **l'autorizzazione dei coniugi a vivere separati**, salvo che non lo fossero già; **i rapporti patrimoniali tra i coniugi**, fissando la misura degli eventuali assegni e provvedendo sul **diritto di abitazione** nella casa familiare (SALETTI, *Procedimento*, 599).

[10110] Se mutano le circostanze o se emergono nuove esigenze di tutela il presidente

può pronunciare, anche d'ufficio, provvedimenti che **modificano** quelli contenuti nella precedente **sentenza di separazione o in sede di separazione consensuale** (TOMMASEO, *La disciplina*, 349; CIPRIANI, *La nuova*, 279; MONTESANO, ARIETA, 399; SALETTI, *Procedimento*, 601; *contra*, CARPI, GRAZIOSI, 541, secondo i quali il presidente non può mai, con la sua ordinanza, modificare il contenuto della sentenza di separazione). Salvo questa ipotesi, il presidente non ha il potere di modificare *rebus sic stantibus* e d'ufficio quanto disposto nella sentenza di separazione: infatti, la modificazione di tale provvedimento può avvenire solo su istanza di parte e secondo il procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c. (TOMMASEO, *La disciplina*, 349).

[10120]  Pure la giurisprudenza si mostra favorevole ad attribuire al presidente del tribunale ampi poteri, anche in presenza di un regolamento dei rapporti fra i coniugi attuato con la sentenza di separazione (C., 9.5.2000, n. 5866; C., 24.8.1994, n. 7488, in GC, 1994; ma v. già C., Sez. I, 18.4.1991, n. 4193; tale principio trova implicita conferma, seppure con riferimento non ai provvedimenti presidenziali, ma alla sentenza conclusiva del giudizio, in C., Sez. I, 9.5.2000, n. 5866, con la quale si è statuito che nella determinazione dell'assegno divorzile, il giudice non è vincolato dagli accordi intervenuti tra i coniugi al momento della separazione; *contra*, relativamente ai rapporti tra ordinanza presidenziale nel giudizio di divorzio e quanto stabilito in sede di separazione: C., Sez. I, 9.11.1979, nonché T. Spoleto, 27.7.1995, in NGCC, 1996, I, 509, con nota di DALMOTTO, ove si è affermato che la presidente del tribunale non è consentito nella fase preliminare del giudizio di divorzio, di eliminare o modificare l'assegno di mantenimento fissato in sede di separazione, aggiungendosi che il potere presidenziale di fissare un assegno divorzile provvisorio deve considerarsi limitato ai casi in cui manchi la determinazione di un assegno di mantenimento ovvero all'ipotesi che in sede di separazione l'assegno non sia stato riconosciuto o risulti inadeguato: in tali casi, infatti, il provvedimento presidenziale non incide su diritti soggettivi ormai acquisiti e non è quindi necessario fare ricorso al procedimento di revisione ex artt. 710 e 711 c.p.c.)

## 20. (Segue) le fonti di convincimento del giudice.

[10140]  Il presidente del tribunale, nell'assumere i provvedimenti interinali, **può formare il proprio convincimento** su una pluralità di elementi, raccolti anche mediante l'esercizio di ampi **poteri ufficiosi** in contraddittorio delle parti (TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1359): gli atti introduttivi del giudizio e le dichiarazioni rese dalle parti in occasione del tentativo di conciliazione; le dichiarazioni dei difensori (che, come già ricordato, il presidente deve ascoltare, prima di pronunciare l'ordinanza contenente le misure temporanee e urgenti, ai sensi del nuovo 8° co. della norma in epigrafe); l'assunzione di sommarie informazioni (SALETTI, *Procedimento*, 601); l'audizione dei figli minori (con le precisazioni di cui *infra*); infine, la dichiarazione personale dei redditi (che oggi, dopo la riforma del 2005, deve essere allegata dalle parti con il ricorso e la prima memoria difensiva, ai sensi del 6° co. della norma in commento), e la documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune, che i coniugi hanno l'onere di presentare in udienza ai sensi di quanto disposto dall'art. 5, 9° co.

Essenziale ruolo assume dunque l'**audizione dei coniugi e dei rispettivi difensori**, oggi obbligatoria a seguito della riforma del 2005 (art. 4, 8° comma, l. div.).

L'8° co. dell'articolo in commento prevede, altresì, che il presidente possa disporre l'**audizione dei figli minori**.

Trattasi di un adempimento che, se fondamentalmente strumentale ai provvedimenti nell'interesse della prole, potrebbe assumere utilità ad altri scopi istruttori, come, ad esempio, per provvedere in ordine all'assegnazione della casa familiare o per sincerarsi se esistano possibilità di riconciliazione (CIPRIANI, *La nuova*, 274; *contra*, BARBIERA, *Il divorzio*, 78, per il quale i figli minori potrebbero essere sentiti solo relativamente ai provvedimenti che li riguardano).

Parte della dottrina sostiene che all'audizione dei figli non possono essere esclusi i **difensori dei coniugi** (CIPRIANI, *La nuova*, 274), mentre non è pacifico se le loro dichiarazioni debbano essere verbalizzate (così, CIPRIANI, *La nuova*,


275, che richiama, in proposito, l'art. 126 c.p.c.; *contra*, LAUDISA, 65).

Se i figli sono **presenti** all'udienza presidenziale, potranno essere sentiti in questa sede, dopo l'ascolto dei coniugi; se, invece, in tal sede siano **assenti**, si renderà necessario fissare una nuova udienza per espletare tale adempimento (CIPRIANI, *La nuova*, 274).

La norma in commento dispone che l'audizione dei coniugi venga disposta dal presidente solo se ritenuta "**strettamente necessaria**", anche in considerazione dell'età dei minori (regola restrittiva in passato giustificata dalla giurisprudenza soprattutto alla luce dell'esigenza di tutelare «l'interesse stesso del minore di non essere coinvolto nel conflitto che oppone i suoi genitori» (cfr. TOMMASEO, *La disciplina*, 353 s.). . In proposito, già in passato si erano levate critiche avverso la disciplina dell'audizione dei minori prevista dalla legge sul divorzio, in quanto ritenuta «del tutto inadeguata» e inidonea ad attuare «in modo conveniente il diritto riconosciuto al minore dalle convenzioni internazionali [e cioè, segnatamente, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, siglata il 20.11.1989 e ratificata con la L. 27.5.1991, n. 176, nonché la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25.1.1996, ratificata con la L. 20.3.2003, n. 77] di esprimere anche in sede giudiziaria la propria opinione su ogni questione che lo interessa» (TOMMASEO, *La disciplina*, 353).

In realtà, il disposto dell'art. 4, l. div., com'è stato correttamente precisato, richiede oggi un necessario coordinamento anche con quanto recentemente introdotto dalla **l. n. 54/2006** (sul punto v. SALETTI, VANZ, 729). Ci si riferisce, in particolare, al nuovo **art. 155 sexies c.c.** (certamente applicabile anche al giudizio di divorzio, per espressa disposizione dell'art. 4, 2° comma, l. n. 54/2006: in arg. v. anche GRAZIOSI, *Profili processuali della l. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *www.judicium.it*), il quale, al 1° comma, impone al giudice di effettuare, tra l'altro, prima dell'emanazione, anche provvisoria, dei provvedimenti nell'interesse della prole, l'audizione del minore che abbia compiuto i **dodici anni**, nonché del minore di **età anche inferiore, se «capace di discernimento»**. Ne consegue che all'udienza presidenziale del giudizio di divorzio deve ritenersi **obbligatorio** l'ascolto del minore, purché dotato di capacità di discernimento (CORDER, 633; DANOVI, //


*procedimento*, § 3; GRAZIOSI, *Osservazioni*, 1130; conf., da ultimo, SALETTI, VANZ, 729).

[10020]  Prima della recente riforma sull'affido condiviso, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che l'audizione dei minori è sostanzialmente rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice, non è censurabile nemmeno sotto il profilo di difetto di motivazione, salvo che l'audizione non sia stata richiesta da uno dei coniugi (C., Sez. I, 16.7.2001, n. 9632, in GC, 2002, I, 693, con nota critica di FERA).

[10030] Sulla legittimazione dei figli (minori e no) a **intervenire** nel processo di divorzio, v. in sede di commento all'art. 5, 1° co., *sub* par. 1.

Quando risulti insufficiente la documentazione prodotta dalle parti ovvero ne vengano contestate le risultanze, la maggioranza degli studiosi ammette che il presidente possa disporre **indagini sui beni e sui redditi** dei coniugi anche avvalendosi della **polizia tributaria**, e ciò nonostante la disposizione dell'art. 5, 9° comma, l. div., che attribuisce il potere di disporre accertamenti patrimoniali in caso di contestazioni, faccia in realtà testuale riferimento al «tribunale»; ciò purché l'indagine appaia funzionale a raccogliere elementi utili sulla capacità economica dei coniugi (TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1359; conf. CORDER, 638; SATTÀ, PUNZI, 1011; V., però, CIPRIANI, *La nuova disciplina*, 263; GOLDONI, 88, il quale configura dette indagini come rimedi estremi, cui ricorrere solo nel caso in cui ogni altro strumento istruttorio si sia rivelato insufficiente. *De quo* v. anche *infra*, par. 25); se, poi, si tratta dei provvedimenti nell'interesse della prole, dette indagini potrebbero riferirsi anche a beni intestati a **terzi** (TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1359; Id., in *FD*, 2006, 396; LIUZZI, 593 ss.).

## **21. (Segue:) efficacia esecutiva, stabilità, impugnazioni dei provvedimenti presidenziali**

[11080]  L'ordinanza presidenziale costituisce **titolo esecutivo**, in forza del richiamo all'art. 189 disp. att. c.p.c. contenuto all'art. 4, 8° co. della norma in epigrafe.



Se il provvedimento presidenziale contiene la condanna al **pagamento di somme di denaro**, **l'esecuzione** avverrà nelle forme dell'espropriazione forzata come regolata nel terzo libro del codice di procedura civile. Tuttavia, qualora si riconosca la natura cautelare di tali provvedimenti, si dovrà applicare l'art. 669 duodecies c.p.c., e dunque, pur seguendosi ancora una volta le norme di diritto comune di cui agli artt. 491 ss. c.p.c. richiamate al 1° co. dell'articolo testè citato, il beneficiario dell'ordinanza presidenziale non sarà tenuto a notificare il provvedimento previamente munito della formula esecutiva e l'atto di precetto (sul punto, v. diffusamente, VULLO, *L'attuazione*, 145 ss.). Analogamente se il provvedimento presidenziale dispone la **consegna di un bene mobile o il rilascio di un immobile**, per l'esecuzione si devono seguire le norme comuni di cui agli artt. 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611 c.p.c.; anche in questo caso, peraltro, l'eventuale riconoscimento di natura cautelare all'ordinanza impone l'applicazione dell'art. 669 duodecies c.p.c. con le conseguenti, sia pur lievi, differenze rispetto alla disciplina comune e quindi: l'insussistenza dell'onere di notificare in via preventiva al destinatario dell'ordine il titolo e l'atto di precetto, ma anche l'inapplicabilità dell'art. 611 c.p.c. sulle modalità di liquidazione delle spese, nonché l'art. 608 c.p.c. sul cd. preavviso di rilascio: VULLO, *L'attuazione*, 207). Quanto all'**esecuzione dei provvedimenti che riguardano la prole**, trattasi di una questione assai dibattuta in passato (sull'argomento, v. per tutti l'ampia monografia di FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori*, Milano, 1991, cui *adde* da ultimo, DANOVÌ, *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *FD*, 2002, 530 ss.), ma infine positivamente affrontata dall'art. 6, 10° co., I. divorzio, al cui commento si rinvia.

[11090] ✍ La giurisprudenza ha affermato che l'ordinanza presidenziale - seppure quella pronunciata nel giudizio di separazione, ma tale conclusione può essere agevolmente estesa al processo di divorzio -, **non è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale** (C., Sez. I, 25.11.2000, n. 1100, in *DeG* 46/2000, 24, con nota di UBALDI; T. Roma, 18.2.1997, in *FP*, 1998, I, 100, con nota di DANOVÌ, nonché, a quanto consta, la risalente C., Sez. III,

5.10.1960, n. 2564). A tale proposito, la Suprema Corte - pur sempre con riguardo al giudizio di separazione personale dei coniugi e non a quello di divorzio - ha statuito che non è manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 30 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 708, 3° e 4° co., nella parte in cui non prevedono che i provvedimenti dati dal presidente del tribunale o quelli successivi, di revoca o di modifica (dei precedenti) resi dal giudice istruttore, costituiscano titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c. (cfr. C., Sez. I, 25.11.2000, n. 1100, cit.).

[11100] 📖 Quest'ultimo principio ha ricevuto l'avallo di autorevole dottrina (ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., IV, Napoli, 1964, 329; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, 2ª ed., 20, II, Torino, 1998, 54). Sull'argomento, anche per più ampi riferimenti, si rinvia a DANOVÌ, *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art 708 c.p.c.*, in *CorG*, 2001, 339; SERVETTI, *Garanzie patrimoniali dei provvedimenti economici nella separazione e nel divorzio*, in *FD*, 1994, 91; TEDIOLI, in *SI*, 2004, 1427 ss.

[11020] Il **regime di stabilità dei provvedimenti presidenziali** si rinviene nel combinato disposto dell'art. 4, 8° co., I. divorzio e dell'art. 189 disp. att. c.p.c. (richiamato dal primo), ai sensi del quale, se il processo di divorzio si estingue, i provvedimenti presidenziali conservano la loro efficacia, fino a quando non saranno sostituiti da un altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore in un nuovo giudizio di separazione o divorzio (SALETTI, *Procedimento*, 601; la sopravvivenza dell'ordinanza presidenziale nei termini che si vanno illustrando è comunemente nota come "ultrattività"), oppure se ne chiedi la modifica o la revoca utilizzando il procedimento speciale previsto dall'art. 710 c.p.c. (TOMMASEO, *La disciplina*, 366; secondo BARBIERA, *Separazione*, 149, i provvedimenti presidenziali sopravvivono anche nel caso in cui la domanda di divorzio venisse respinta).

[11010] 📖 L'ordinanza presidenziale che contiene i provvedimenti interinali nell'interesse dei coniugi e della prole può essere sempre **revocata o modificata dal giudice istruttore**

(mentre non potrebbe esserlo dallo stesso presidente: TOMMASEO, *La disciplina*, 363; LAUDISA, 65); si tratta di un potere esercitabile, **su iniziativa di parte o d'ufficio**, anche solamente in base a un nuovo apprezzamento *re melius perpensa* della legittimità o dell'opportunità di quanto disposto dal presidente, senza bisogno che si sia verificato un mutamento delle circostanze di fatto, secondo quanto si ricava dall'8° co. della norma in epigrafe, che - pur non richiamando più l'art. 177 c.p.c., come avveniva nella formulazione anteriore alla riforma del 2005 - tuttavia si differenzia ancora dal testo originario dell'art. 708 c.p.c., il quale subordinava espressamente ogni intervento modificativo o ablativo sull'ordinanza presidenziale al "mutamento delle circostanze" (in questi termini VULLO, *Commento all'art. 4*, 483).

Il giudice istruttore, come può modificare o revocare l'ordinanza presidenziale, altrettanto può fare con la propria **ordinanza assunta in modifica** di quella presidenziale (TOMMASEO, *La disciplina*, 363).

In proposito, uno studioso (VULLO, *Commento all'art. 4*, 483) ha sollevato un interrogativo già postosi con riferimento all'ordinanza presidenziale pronunciata nel giudizio di separazione e cioè se il giudice istruttore possa emanare per la prima volta l'ordinanza contenente i provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e, dunque, nel caso in cui il presidente non si sia affatto pronunciato (in senso negativo, si sono già espressi CIPRIANI, *I provvedimenti*, 266; BARCHI, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987, 92; *contra*, ANDRIOLI, *Nota adesiva senza titolo a T. Catania*, 29.12.1942, in *FI*, 1943, I, 164 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 176). È parsa preferibile la soluzione negativa: <<da un lato, infatti, la legge limita testualmente l'intervento del giudice istruttore alla modifica e alla revoca, dall'altro, [...], il presidente esercita un potere-dovere al quale non si può sottrarre e che non si presta a essere surrogato da una corrispondente attività del giudice istruttore (così, nella sostanza, anche CIPRIANI, *I provvedimenti*, 266).

[11030] Questione assai controversa in passato è stata la **reclamabilità** dell'ordinanza presidenziale. Una parte degli studiosi, che risolveva in senso positivo l'interrogativo, ammetteva in particolare l'utilizzo dello

strumento previsto dall'art. 669 terdecies c.p.c. sulla scorta della ritenuta natura cautelare del provvedimento reclamando (CECHELLA, 243; CEA, *I provvedimenti*, spec. 272 ss.; ID., *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*; FIGONE, *Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme*, in *FD*, 2004, 614 ss.; nel giudizio di separazione, mutando opinione rispetto al passato, CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il lento ritorno al garantismo*, in *CorG*, 1998, 211 ss. *contra*, da ultimo, DE FILIPPIS, CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2004, 135).

A seguito dell'entrata in vigore della **l. n. 54/2006** tale questione deve ritenersi almeno in parte risolta dall'esplicita previsione di reclamabilità contenuta nel nuovo testo dell'**art. 708 c.p.c.**, il quale, al 4° comma, oggi dispone che contro i provvedimenti presidenziali resi nel giudizio di separazione <<si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento>>. L'applicabilità della norma anche al giudizio di divorzio dipende direttamente dal 2° comma dell'art. 4, l. n. 54/2006, ai sensi del quale <<le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati>> (sul punto v. SALETTI, VANZ, 727 e 731).


Piuttosto, rimane ancora controverso se la disciplina di tale rimedio possa essere integrata mediante **applicazione analogica dell'art. 669 terdecies c.p.c.** [in senso favorevole si sono espressi DANOVI, *Il procedimento*, § 13; SALVANESCHI, *I procedimenti*, 362; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 94 ss.. La soluzione non convince, invece, altra parte della dottrina, la quale, nel valorizzare, da un lato, le differenze che allontanano il meccanismo ex art. 669 terdecies c.p.c. da quello esattamente indicato dall'art. 708 c.p.c., con riguardo a competenza e termini, e negando, dall'altro lato, natura cautelare ai provvedimenti emessi dal presidente ai sensi dell'art. 4, concludono qualificando il rimedio di cui all'art. 708 c.p.c. come reclamo **camerale** (SALETTI, VANZ, 731; e in precedenza, SALETTI,

*L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in *Il processo cautelare*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di Tarzia, Padova, 2004, 546 ss.; LAUDISA, 63; TOMMASEO, *La disciplina*, 285 ss., PROTO PISANI, *Lezioni*, 846 ]].

Altro problema ancora insoluto è quello relativo alla **reclamabilità dell'ordinanza con cui il giudice istruttore revochi o modifichi il provvedimento presidenziale**.

È parsa preferibile, in via di applicazione analogica, la soluzione positiva (in questo senso, tra gli altri, BALENA, 407; CEA, in *FI*, 2006, V, 100; DANOVÌ, *Il procedimento*, § 13; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 94; SALETTI, VANZ, 731) e ciò, sia in ragione dell'identità delle finalità sottese ai due provvedimenti (e cioè quello del presidente e quello del giudice istruttore che modifica o revoca il primo), e sia perché <<un diverso regime non sarebbe giustificabile sul piano delle regole poste dalla Carta fondamentale>> (così SALETTI, VANZ, 732).


[11070] Alla luce delle recenti riforme, deve dunque ritenersi superato quell'indirizzo giurisprudenziale di merito che negava la proponibilità del reclamo cautelare ex art. 669 tercedies c.p.c. (T. Genova, 7.3.2002, in *FD*, 2002, 631, con nota di BET; T. Foggia, 30.7.2001, in *FI*, 2002, I, 263, con nota di CEA; T. Pisa, 13.4.1995; T. Roma, 27.1.1994; T. Catania, 21.7.1993, *ivi*), ma, almeno in parte, anche quello che faceva diretta applicazione di tale disposizione del codice di rito (T. Genova, 10.1.2004, (ord.), cit.; T. Genova, 16.3.2001).

[11060]  La giurisprudenza esclude senz'altro che i provvedimenti interinali pronunciati in sede di divorzio e di separazione siano impugnabili con il ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (C., Sez. I, 22.2.1990, n. 1309; C., Sez. I, 28.10.1983, n. 6389).


[11040] L'indirizzo dottrinale prevalente concorda nel ritenere che l'inidoneità al giudicato dei provvedimenti interinali nell'interesse dei coniugi e della prole ne impedisca l'assoggettabilità al **ricorso straordinario in cassazione** ex art. 111, 7° co., Cost. (TOMMASEO, *La disciplina*, 365 s.; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 95 e *ivi* nt. 34, con riguardo all'ordinanza ex art. 708 c.p.c., il quale esclude anche l'impugnabilità con **regolamento**

**di competenza**, argomentando sull'inesistenza di una competenza in senso proprio in capo al presidente (come già C., 31.3.1972, n. 1022); SALVANESCHI, *Provvedimenti*, 1073).

[11110] La caducazione dell'ordinanza presidenziale si ha per effetto (e dal momento) della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio (MANDRIOLI, *Diritto*, III, 94, nt. 32). Si è giustamente precisato, peraltro, che tale principio conosce un'eccezione: infatti, se la sentenza che definisce il processo si limita a dichiarare la domanda inammissibile o improcedibile, l'ordinanza presidenziale perde efficacia non dal momento della pronuncia, bensì da quello del passaggio in giudicato formale di tale sentenza (MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2002, 1256).

[11120]  Anche in giurisprudenza si è affermato, pur con riferimento all'ordinanza presidenziale pronunciata nel giudizio di separazione, che tale pronuncia deve ritenersi assorbita nella sentenza di merito, indipendentemente dall'esecutività e, a maggior ragione, dal passaggio in giudicato della sentenza stessa (T. Foggia, 10.2.2004, in *GM*, 2004, I, 1639, con nota di CARRATURO).

## **22. (Segue:) la nomina del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione**

[12010]  Con la stessa ordinanza che contiene i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, il presidente deve anche provvedere all'ulteriore corso del giudizio, designando il giudice istruttore al quale è assegnata la trattazione della causa, e fissando il giorno dell'udienza di comparizione e trattazione davanti a quest'ultimo (art. 4, 8° co., l. divorzio). **Il nuovo testo dell'art. 4 prevede al 9° co.**, che tra la data dell'ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella di comparizione e trattazione devono intercorrere i **termini di cui all'art. 163 bis c.p.c., ridotti a metà**. Ciò significa che nel caso in cui l'ordinanza debba essere notificata al convenuto non comparso, il termine **dilatorio** in oggetto (da ritenersi senz'altro **perentorio**: VULLO, *Commento all'art. 4*, 486) sarà quindi, di almeno

**quarantacinque** (a seguito dell'allungamento dei termini minimi a comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ad opera della **I. n. 263/2005**) giorni liberi, se la notificazione deve avvenire in Italia ovvero di almeno **settantacinque** giorni, se la notificazione ha luogo all'estero. Qualora, invece, il convenuto sia regolarmente comparso in udienza il termine dilatorio minimo di quarantacinque giorni dovrà essere conteggiato tra la data dell'ordinanza e quella dell'udienza di comparizione e trattazione.

[12020] In dottrina, si ritiene che, quanto alla **designazione del giudice istruttore**, il presidente debba applicare le regole di cui all'art. 168 bis c.p.c., in quanto applicabili, e possa altresì assegnare la trattazione della causa anche a se stesso (TOMMASEO, *La disciplina*, 374, 383).

### **23. (Segue:) la memoria integrativa del ricorrente**

[13010] Nel contesto della nuova disciplina del processo di divorzio introdotta nel 2005, fondamentale rilievo assume il nuovo 10° co. dell'art. 4.

La prima parte di tale norma stabilisce che il presidente del tribunale, con la medesima ordinanza con cui pronuncia i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, «**assegna altresì termine al ricorrente per il deposito in cancelleria di memoria integrativa**, che deve avere il contenuto di cui all'art. 163, 3° co., numeri 2), 3), 4), 5) e 6) [...]».

Nello schema previsto dal legislatore del 2005, tale memoria ha la **funzione** di integrare il ricorso introduttivo - nel quale l'attore, ai sensi del 2° co. dell'articolo in epigrafe, potrebbe essersi limitato a indicare «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso è fondata» - e, dunque, secondo una certa ipotesi interpretativa, contenere tutti gli altri requisiti che condizionano l'idoneità del ricorso stesso al raggiungimento dello scopo: l'indicazione delle parti, della cosa oggetto della domanda, della *causa petendi* con le relative conclusioni, dei mezzi di prova, del nome e cognome del procuratore e della procura (cfr. VULLO, *Commento all'art. 4*, 486).

Peraltro, si è fatto notare come il legislatore sembrerebbe non aver tenuto conto della necessità che il ricorso contenga, comunque, fin dal suo deposito, elementi ulteriori rispetto all'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si fonda la domanda, al fine di consentire l'individuazione degli elementi minimi della causa (giudice, parti ed oggetto della domanda). Alla luce di tale rilievo, il ruolo della memoria integrativa è apparso diverso, e per certi versi <<più limitato, rispetto a quello immaginato dal legislatore>> (VULLO, *Commento all'art. 4*, 486). Pertanto, si è concluso nel senso che il ricorrente possa indicare nella memoria, per la prima volta, i mezzi di prova di cui intende avvalersi, possa modificare e precisare quanto eventualmente già esposto nel ricorso introduttivo; ancora, che possa sollevare eccezioni o domande riconvenzionali che siano conseguenza delle domande e delle eccezioni del convenuto (sempre che questi naturalmente si sia già costituito e con la precisazione che tutte queste attività potranno essere ancora validamente compiute in un momento successivo, ossia nel corso della prima udienza di comparizione e trattazione davanti al giudice istruttore) (v., ancora, VULLO, *Commento all'art. 4*, 486). Si ritiene, invece, che nella memoria integrativa il ricorrente abbia l'onere di proporre, a pena di decadenza, le eventuali domande accessorie che non abbia già fatto valere con il ricorso introduttivo, salvo quelle che siano conseguenza delle domande o delle eccezioni del convenuto, che potranno essere dedotte anche nell'udienza ex art. 183 c.p.c. (VULLO, *Commento all'art. 4*, 486).

Nel silenzio della legge, la dottrina attribuisce carattere meramente **ordinatorio** al **termine** indicato dal presidente **per il deposito** della memoria integrativa (VULLO, *Commento all'art. 4*, 487). Anche qui, peraltro, si ripropone la questione relativa alle **conseguenze derivanti dal mancato rispetto** di un termine ordinatorio (*de qua* si rinvia *supra*, par. 12).

La norma non chiarisce se il termine *de quo* debba essere fissato **in avanti** (e quindi a decorrere dalla data di pronuncia dell'ordinanza), oppure **a ritroso** (e perciò dalla data della prima udienza di comparizione e trattazione che avrà luogo davanti al giudice istruttore). Al riguardo, non sembra sussistano impedimenti ad affidare alla discrezionalità del

giudice la scelta tra queste diverse modalità di fissazione e computo del termine (così VULLO, *Commento all'art. 4*, 487).

[13020] A proposito del richiamo al requisito di cui all'art. 163, 3° co., n. 2, c.p.c. (indicazione delle parti), si è fatto notare che la sola menzione della dimora del coniuge convenuto, normalmente alternativa a quella della residenza o del domicilio, non sarebbe sufficiente, rendendo necessaria l'indicazione di uno di questi ultimi due elementi, nell'ipotesi in cui la competenza del giudice adito sia stata determinata in base al luogo di residenza o di domicilio del convenuto stesso (SALETTI, *Procedimento*, 590; MAGNONE CAVATORTA, 4; conf., da ultimo, VULLO, *Commento all'art. 4*, 487).

#### **24. (Segue:) la costituzione del coniuge convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico**


[13030] La seconda parte del 10° co. dell'art. 4 prevede che il presidente del tribunale, sempre con la stessa ordinanza con cui pronuncia i provvedimenti urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, assegna un «termine al convenuto per la costituzione in giudizio ai sensi degli artt. 166 e 167, 1° e 2° co., dello stesso codice nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio». L'ordinanza «deve contenere l'avvertimento al convenuto che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. e che oltre il termine stesso non potranno più essere proposte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio».

L'introduzione di tale precetto ad opera della l. n. 80/2005 dà una risposta di diritto positivo all'annosa questione relativa ai **tempi e modi di costituzione del coniuge convenuto** (sull'argomento si rinvia a VULLO, *Commento all'art. 4*, previgente, *sub par. 7*).

La norma consente infatti di ricavare alcuni chiari principi: **1) l'ultimo momento utile per la costituzione tempestiva del coniuge convenuto** coincide con il termine che il giudice fissa ai sensi dell'art. 4, 10° co., l. divorzio; **2) il convenuto che non si costituisce entro questo termine decade dal potere di compiere le attività difensive previste**

**dall'art. 167 c.p.c.** e quindi: la proposizione di domande riconvenzionali, la chiamata in causa di terzi, nonché, dopo la l. n. 80/2005, la proposizione di eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio; **3) il convenuto**, se lo ritiene opportuno, **ha comunque la facoltà di costituirsi durante la fase presidenziale** (o prima di essa, una volta che gli è stato notificato il ricorso), senza incorrere in alcuna decadenza, nel senso che egli potrà svolgere tutte le attività difensive previste dall'art. 167 c.p.c. entro il termine che il presidente del tribunale gli assegnerà con l'ordinanza di cui al 10° co., cit. (così VULLO, *Commento all'art. 4*, 487).

#### **25. La fase di trattazione e l'istruzione probatoria**

[14010]  Il nuovo 11° co. della norma in epigrafe, prevede espressamente che la trattazione della causa avanti il giudice istruttore si svolga secondo le regole dell'ordinario processo di cognizione, con applicazione degli **artt. 180, 183, 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7° co. e 184 c.p.c.** Le suddette norme del codice di rito sono state novellate dal D.L. 14.3.2005, n. 35 (precisamente, l'art. 180 c.p.c. dall'art. 2, 3° co., lett. *c bis*, mentre gli artt. 183 e 184 dall'art. 2, 3° co., lett. *c ter*), poi convertito nella L. 14.5.2005, n. 80, come corretto dall'art. 1, 1° co., L. 28.12.2005, n. 263. In estrema sintesi, le attività processuali che, secondo la disciplina previgente, avevano luogo in due distinte udienze, quella di prima comparizione e quella di trattazione, si svolgono oggi, in linea di principio, in una sola udienza regolata dal nuovo art. 183 c.p.c. Di conseguenza, l'art. 180 c.p.c. è stato ridotto ad un solo comma, ove si enuncia che la trattazione della causa è orale e che di essa si redige processo verbale. Anche l'art. 184 c.p.c. è stato modificato, in quanto si è previsto che le parti debbano compiere tutte le loro deduzioni istruttorie entro l'udienza regolata dall'art. 183 c.p.c. Da ciò deriva che l'attuale art. 184 c.p.c. si limita a prevedere il giudice procede all'assunzione dei mezzi di prova nell'udienza fissata ai sensi del precedente art. 183, 6° co., e che «nel caso in cui vengono disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre entro un termine assegnato con l'ordinanza [di cui al 6° co. dell'art. 183] i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi».

Come si può agevolmente riscontrare, l'art. 4, 11° co., non è stato adeguato al nuovo testo dell'art. 183, definitivamente emendato dall'art. 1, 1° co., lett. a), della L. 28.12.2005, n. 263. **Il mancato richiamo dell'art. 183, 3° co., c.p.c.**, ha, pertanto, perso chiarezza, dal momento che la disposizione oggi si limita a prevedere la fissazione di una nuova udienza se deve procedersi a norma dell'art. 185 c.p.c. (LUPOI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in *ED, Annali I*, Milano, 2007, 968). In ogni caso l'intenzione del legislatore pare quella di escludere la comparizione delle parti avanti il giudice istruttore. In proposito, va ricordato che già sotto l'imperio della previgente normativa, la dottrina riteneva che le parti non fossero soggette a questo onere, in deroga a quanto previsto dal vecchio testo dell'art. 183 c.p.c., in quanto si sosteneva che l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione non andassero reiterati, trovando applicazione la regola speciale di cui all'art. 4, 7° co., che concentra questi adempimenti nell'udienza presidenziale (TOMMASEO, *La disciplina*, 391; SALETTI, VANZ, 736).

[14020] Quanto **all'attività istruttoria**, ben più grave è l'omissione di ogni riferimento all'art. 183, 8°, 9°, 10° co., c.p.c. (introdotti dalla L. 28.12.2005, n. 263). Nonostante il silenzio della norma, tali disposizioni (ed anche l'art. **184 bis c.p.c.**) vanno sicuramente applicate al giudizio divorzile, in considerazione della chiara compatibilità tra rito speciale e rito ordinario (TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1362; LUPOI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, 968). Il procedimento in esame risulta, pertanto, regolato, in via generale, dalle norme del processo ordinario se pur con numerosi elementi di specialità. In primo luogo, è prevista la partecipazione necessaria del P.M., ai sensi dell'art. 70, n. 2, c.p.c., il quale può esercitare i poteri di cui all'art. 72, 2° co., c.p.c., e formulare, in modo autonomo, richieste in relazione all'eventuale prole minorenni (CORDER, 531).

Altra particolarità del giudizio è rappresentata dall'applicazione del nuovo art. 155, 2° co., sexies c.c. (introdotto dall'art. 1.2 della L. 8.02.2006, n. 54), in base al quale il giudice, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, può rinviare la decisione sull'affidamento e sul mantenimento della prole minorenni perché i

coniugi tentino una mediazione per raggiungere un accordo. Ove il tentativo abbia un esito positivo, i coniugi si ripresenteranno avanti il G.I. all'udienza già fissata o previa riassunzione del processo, se sospeso, con un accordo, comunque non vincolante per il giudice attesa la natura indisponibile dei diritti in esame (cfr. BIANCHI, in quest'opera *sub. art. 155 sexies*).

Proprio la natura indisponibile di taluni diritti pone un limite all'ammissibilità ed efficacia dei tradizionali mezzi di prova quali ad esempio, la confessione o il giuramento e fa sì che il comportamento delle parti non assuma rilievo ai fini della *quaestio facti*, nel senso che i fatti rilevanti debbono comunque essere oggetto di prova anche se non controversi. Più in generale, in presenza di un **diritto indisponibile**, il comportamento omissivo delle parti non può essere rilevante ai fini del giudizio di fatto; eventuali accordi negoziali raggiunti non vincolano il giudice, poiché vertono su un oggetto in relazione al quale i contraenti non hanno potere negoziale (LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in www.judicium.it).

Per quanto riguarda, invece, i **diritti disponibili** di cui sono titolari i coniugi, si applicano le regole proprie del processo. E, quindi, vale il principio della domanda; hanno efficacia le prove c.d. dispositive; il comportamento delle parti assume rilievo ai fini della *quaestio facti*, nel senso che i fatti non controversi non hanno necessità di essere provati, e più in generale il comportamento omissivo della parte può essere rilevante ai fini del giudizio di fatto; eventuali accordi negoziali vincolano il giudice, fatta sola eccezione per quelli che contengano previsioni in contrasto con norme inderogabili.

Come in un giudizio ordinario, il giudice può ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio o alle indagini dei servizi sociali, specialmente per quanto riguarda i rapporti tra genitori e figli e l'accertamento delle condizioni patrimoniali delle parti.

La legge accorda, inoltre, al giudice istruttore il potere di **modificare i provvedimenti presidenziali**, senza necessità che si sia verificato un mutamento di circostanze, ma anche soltanto sulla base di una diversa valutazione della medesima situazione.

Non vanno dimenticati, infine, i **maggiori poteri officiosi del giudice** in materia di ricerca e ammissione delle prove. In proposito, se da una parte l'attuale formulazione dell'art. 4 l. divorzio

non contempla più l'originaria disposizione secondo cui il giudice poteva disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova (art. 4, 8° co., del testo originario della l. 1.12.1970, n. 898), dall'altra la L. 8.2.2006, n. 54 ha introdotto alcune disposizioni istruttorie riguardanti affidamento della prole minorenni ed il mantenimento dei figli anche maggiorenni.

In particolare l'art. 155 *sexies* c.c. stabilisce che il giudice, prima dell'emanazione dei provvedimenti di cui all'**art. 155 c.c.**, possa assumere anche d'ufficio i mezzi di prova.

Il ruolo inquisitorio del giudice nell'ambito delle domande per l'assegno *post*-matrimoniale ed in quelle per l'affidamento ed il mantenimento dei figli, oltre che nel predetto articolo, trova la sua giustificazione ai sensi, rispettivamente, dell'art. 5, 9° co., dell'art. 6, 9° co., l. divorzio (TOMMASEO, *La disciplina*, 391 ss.).

L'istruttore può, dunque, disporre indagini sul reddito, il patrimonio e l'effettivo tenore di vita dei coniugi, avvalendosi anche dell'attività investigativa della polizia giudiziaria, nonché disporre d'ufficio le prove necessarie per l'assunzione dei provvedimenti relativi alla prole (LIUZZI, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *FD*, 2006, 225 ss.).


Va precisato, però, che l'ambito dell'art. 155 c.c. ha una portata diversa rispetto all'art. 5, 9° co., l. divorzio; più ampia perché legittima il giudice a disporre gli accertamenti della polizia d'ufficio anche a fronte di una semplice incompletezza documentale (LAI, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *FD*, 2006, 184); più ridotta perché l'art. 155 c.c. menziona solo l'accertamento sui redditi dei coniugi, mentre l'analoga disposizione della legge 898 fa riferimento anche ai patrimoni ed all'effettivo tenore di vita. La dottrina più attenta ritiene, però, che l'ambito applicativo della nuova norma debba coincidere con quella preesistente che, comunque, non risulta tacitamente abrogata (LUPOI, *Procedimenti*, 970; M. FINOCCHIARO, *Accertamento coatto sui redditi dei coniugi*, in *Gdir.*, 2006, fasc. 11, 36).

In ogni caso, l'esito delle investigazioni della polizia tributaria non è vincolante per il collegio che, nel decidere la controversia, può senz'altro discostarsene (TOMMASEO, *La disciplina*, 394).

L'ultimo comma dell'art. 155 c.c. introduce, infine, la possibilità di determinare il valore di mercato o locatizio di beni mobili o immobili, in

caso sorga una contestazione in ordine a quello dichiarato o apparente ed anche in ordine ai beni che, se pure intestati a soggetti diversi dalle parti in giudizio, appaiono verosimilmente da imputare al patrimonio dei coniugi stessi.

Va precisato, però, che questi accertamenti non vincolano il terzo (ad esempio, per quanto attiene alla natura simulata dell'intestazione fittizia), al quale deve essere, comunque garantito il diritto a non subire indebite indagini sul proprio patrimonio ed, in ogni caso, a far valere i propri diritti nel processo.


 Per quanto emerge dall'esame della giurisprudenza di legittimità, il potere inquisitorio contemplato dall'art. 4, l. divorzio, rientra nella discrezionalità del giudice (C., Sez. I, 7.2.2006, n. 2625, in *FI*, 2006, I, 1751) e richiede la specifica, non generica contestazione dei redditi dichiarati da uno dei coniugi nei confronti dell'altro (C., Sez. I, 23.1.1996, n. 496, in *GC*, 1996, I, 954).

[14030] Vari studiosi hanno posto in rilievo come la titolarità in capo al giudice di maggiori poteri probatori ufficiali, non incida né sul regime della disponibilità delle parti (SALETTI, VANZ, 737), né sulla ripartizione dell'**onere della prova**, che trova fondamento in quanto disposto dall'art. 2697 c.c., secondo cui la prova dei fatti costitutivi spetta all'attore, mentre quella dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi al convenuto (SALETTI, VANZ, 738; CIPRIANI, *La nuova*, 288; CHIZZINI, *L'onere della prova nella determinazione e revisione dell'assegno divorzile*, in *FD*, 1996, 431 ss.; TOMMASEO, *La disciplina*, 394 s.; BARBIERA, *Il divorzio*, 79).

Va, però, sottolineato che proprio in relazione alle situazioni sostanziali protette di cui sono titolari soggetti diversi dai coniugi, l'intervento del giudice muta radicalmente le proprie caratteristiche, dovendo essere qualificato come giurisdizione volontaria, e dunque non si applica il principio della domanda (CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *FI* 2005, I, 143; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. N. 80/2005*, in *RDC*, 2006, I, 127 ss.).

Ad avviso di un autorevole dottrina, ne deriva che l'intero dispositivo di preclusioni rinveniente dal combinato disposto degli artt. 183, 709, 709 *bis* c.p.c. e 4 l. divorzio è destinato a rimanere completamente inattivo con riguardo a tutte le

attività di allegazione in fatto concernenti le domande relative all'affidamento, al mantenimento e all'educazione dei figli. Ovverosia, in altri termini, saranno proponibili domande ed eccezioni nuove durante tutto il corso del giudizio (GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e divorzio*, in *RTDPC*, 2005, 1140; TOMMASEO, *Commento all'art. 4*, 1363). Per un'analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in tema di onere della prova, si veda CULOT, *Diritto processuale della famiglia*, Padova, 2008, 489).


[14040]  Conforme, la giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che gli artt. 5, 9° co. e 6, L. divorzio, avrebbero introdotto una «deroga legislativamente prevista alle regole generali sull'onere della prova» (C., Sez. I, 3.7.1996, n. 6087, in *FD*, 1996, 431, con nota di CHIZZINI, nonché, più di recente, C., Sez. I, 21.6.2000, n. 8417, in *GI*, 2001, 21, con nota di BARBIERA).

A sostegno di questa soluzione si può invocare anche il disposto degli artt. 155, comma 7°, c.c. e 6, comma 9°, l. divorzio, secondo cui, infine nei processi di separazione e di divorzio "i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento ... possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo". In pratica, su queste domande il tribunale **decide d'ufficio**, del tutto svincolato dal principio della domanda (C., Sez. I, 13.1.2004, n. 270).

In applicazione di questo principio, ad esempio, la Suprema Corte ha statuito che è ammissibile la domanda del ricorrente proposta dopo l'atto introduttivo del divorzio - rivolta ad ottenere la condanna, per il futuro, al versamento degli assegni familiari per il figlio minore che l'altro coniuge, non affidatario, avrebbe percepito per il periodo successivo all'introduzione della richiesta di divorzio. Tale domanda si risolve, infatti, nella sollecitazione al giudice del divorzio affinché eserciti il suo potere d'ufficio, tenuto conto che il contributo cui il coniuge non affidatario è tenuto a favore del figlio in caso di divorzio non è governato né dal principio di disponibilità né dal principio della domanda, attese le preminenti finalità pubblicistiche relative alla tutela e alla cura dei minori (C., Sez. I, 24.2.2006, n. 4205).

[14050] La Cassazione ha statuito che in quelle materie in cui la legge conferisce al giudice poteri istruttori officiosi, egli ha il dovere e di esercitarli e quindi non può respingere la domanda rispetto alla quale tali poteri gli sono attribuiti, basandosi sul mero presupposto che la parte non ha adempiuto all'onere probatorio (C., Sez. I, 21.3.1992, n. 3529).


[14060] Di recente, la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, l. 1.12.1970, n. 898, come modificato dall'art. 8, L. 6.3.1987, n. 74, sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., in rapporto agli artt. 156, 6° co., c.c. e 8, 3° co., L. 1.12.1970, n. 898, nella parte in cui non prevede il potere del giudice istruttore della causa di divorzio di impartire al terzo l'ordine di versamento diretto in favore del coniuge divorziato con diritto all'assegno, previsto dall'art. 156, 6° co., c.c. per il caso di separazione, e non estensibile al procedimento di divorzio, limitando l'art. 4, l. 1.12.1970, n. 898, il potere del presidente del tribunale in ordine ai provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse del coniuge e della prole ai soli rapporti tra le parti, con esclusione della possibilità di impartire ordini a terzi, in quanto il rimettente nulla dice sul presupposto dell'inadempimento del coniuge obbligato, e ciò si risolve in un difetto di motivazione sulla rilevanza della sollevata questione di costituzionalità (C. Cost., 20.4.2004, n. 126).

 Nel silenzio della norma ci si chiede se sia possibile un'eventuale trasformazione del procedimento contenzioso in uno camerale per divorzio congiunto (per il cui esame v. (*sub par.* 19).


Ad una risposta formale che nega questa possibilità, talché le parti dovrebbero abbandonare il procedimento contenzioso per poi presentare un ricorso congiunto, si contrappone parte della dottrina che, sottolineando le ragioni di economia processuale, ammette, a somiglianza della separazione, la trasformazione (CULOT, *Diritto processuale della famiglia*, 510; DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia e procedimento*, 2ª ed., Milano, 2007, 1458; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, 85). I coniugi, personalmente comparsi, preciseranno a verbale le loro



condizioni in maniera conforme e l'istruttore si riserverà di riferire in camera di consiglio.


 Questa soluzione sembra trovare conferma in alcune pronunce di merito (Trib. Bari 14.12.1988, in *FI*, 1989, I, 873; Trib. Trani 24.02.1993, in *FI*, 1993, I, 1686, che ritiene inammissibile la conversione del rito quando sia stata pronunciata sentenza non definitiva).

## 26. La fase di decisione della causa e la sentenza non definitiva di divorzio

[15010]  La fase decisoria del processo di divorzio è disciplinata dalle norme ordinarie, salvo le tre regole speciali contenute al 12°, 13°, 14° co., dell'articolo in commento (TOMMASEO, *La disciplina*, 396).

[15020] Quanto al contenuto della sentenza di divorzio, questo è sostanzialmente disciplinato agli artt. 5 e 6 L. divorzio, al cui commento si rinvia.

[15030] La **morte della parte** e l'estinzione del rapporto coniugale che da questa deriva fanno venir meno la funzione della pronuncia di stato, e, con essa, ogni utilità del processo, rendendo il diritto d'azione intrasmissibile. In queste ipotesi, il giudice è chiamato a emanare una sentenza di cessazione della materia del contendere (DANOVI, *Il «venir meno» della parte nei giudizi di stato intrasmissibili*, in *DF*, 2002, 238 ss.). In questo caso, peraltro, la pronuncia intende sottolineare non tanto (o non soltanto) la sopravvenuta improcedibilità per carenza di interesse ad agire o altre condizioni dell'azione, quanto piuttosto un'assoluta impossibilità di accordare la tutela giurisdizionale per avvenuta estinzione del suo presupposto legittimante (DANOVI, *Legittimazione e contraddittorio nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *FPS*, 2008, 333 ss). Per lo stesso motivo, tra l'altro, deve ritenersi che il decesso della parte possa anche essere rilevato *ex officio* dal giudice e che ad esso non debba necessariamente seguire la declaratoria di interruzione del processo (DANOVI, *Il «venir meno» della parte*, 239 ss).

 La giurisprudenza chiarisce che l'azione di divorzio (ossia il potere di proporre la domanda correlativa e di resistere all'avverso gravame contro la sentenza che l'abbia accolta) ha natura

personalissima e non è trasmissibile agli eredi (C., Sez. I, 25.6.2003, n. 10065).

La **morte** di uno dei coniugi determina, di regola, la **cessazione della materia del contendere**, con la conseguente improseguibilità del giudizio di divorzio (T. Verona, 23.7.1994, in *FD*, 1995, 56, con nota di CIACCIA CAVALLARI; in *DF*, 1995, 566 con nota di CONTE; in *DF*, 1995, 1467, con nota di PULIDORI; in *GIUS*, 1995, 269, con nota di LUISO; C., Sez. I, 18.8.1992, n. 9592; C., Sez. I, 18.3.1982, n. 1757; T. Milano, 19.5.1980; v. anche, per il giudizio di separazione, C., Sez. I, 20.2.1984, n. 1199). Se la causa è pendente in Cassazione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, essendo venuto meno l'interesse ad una definizione del giudizio e, quindi, ad una pronuncia sul merito dell'impugnazione, con ciò travolgendosi ogni statuizione in precedenza emessa e non ancora passata in giudicato (C., Sez. I, 16.6.2006, n. 13961).

In proposito, tuttavia si è anche precisato che **gli eredi** restano **legittimati** a stare nel processo solo in ordine a quel diritto od a quegli obblighi di carattere economico inerenti al patrimonio del loro dante causa, che siano stati dedotti eventualmente in connessione con l'istanza di divorzio e che siano stati, quindi, già acquisiti al suo patrimonio prima della morte.

Pertanto è ammissibile, nel giudizio dinanzi alla corte d'appello, la costituzione di chi, accampando la propria qualità di erede, miri, a far valere diritti, o contestare obbligazioni, di contenuto patrimoniale, già entrati nel patrimonio del "de cuius" prima del suo decesso (e suscettibili, perciò, di trasmissione *iure hereditario* (C., Sez. I, 25.6.2003, n. 10065).

E' il caso, anche, della domanda dell'**assegno di divorzio** che, rappresentando solo un corollario eventuale del divorzio medesimo, ove sia stata introdotta nello stesso processo, pur dipendendo dalla stessa domanda in quanto ne presuppone l'accoglimento, può avere un suo autonomo svolgimento contenzioso e può perciò formare oggetto esclusivo della materia del contendere quando ormai non si discuta più del divorzio, ma solo dell'*an* o del *quantum* della relativa obbligazione.


Ne consegue che qualora il giudizio di divorzio sia proseguito, dopo la pronuncia parziale sul vincolo, per la decisione della domanda di assegno divorzile avanzata dall'ex coniuge privo di mezzi, l'interruzione del giudizio per morte di

colui nei cui confronti la domanda era stata proposta

non preclude la possibilità dell'ex coniuge superstite di riassumere il giudizio nei confronti degli eredi del deceduto, purché vengano esercitati, nel processo riassunto, quei diritti di carattere economico inerenti al patrimonio del *de cuius* dedotti *ab initio* e, quindi, già acquisiti al patrimonio dell'istante al momento della morte dell'obbligato (A. Genova, 17.5.2007, in FD, 2007, 1131, con nota di ARCERI).

Conforme anche la giurisprudenza più risalente, secondo cui la morte del coniuge, sopravvenuta quando già si è verificata la dissoluzione del vincolo matrimoniale per essersi formato il **giudicato sul relativo capo**, non elide il diritto del coniuge all'accertamento determinativo della misura dell'assegno, di cui si stia ancora discutendo in causa, per il periodo dal passaggio in giudicato del capo della sentenza relativo al divorzio alla data della morte del coniuge obbligato, per cui non determina la cessazione della materia del contendere (C., Sez. I, 15.11.1982, n. 6094; conf., T. Napoli, 15.2.2000; tale principio è stato ribadito, con riferimento a un caso particolare, da C., Sez. I, 23.10.1996, n. 9238, nonché per il giudizio di separazione da C., Sez. I, 20.2.1984, n. 1199).

Quanto, invece, all'incapacità del ricorrente, la Suprema Corte chiarisce che non è necessario sospendere il processo di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio fino all'esito del giudizio di interdizione del coniuge, poiché sono validi gli atti processuali compiuti dal soggetto non ancora interdetto o al quale non sia stato nominato un rappresentante provvisorio. (C., Sez. I, 2.7.2007, n. 14977; C., Sez. I, 19.9.1975, n. 3068).

[15040]  L'art. 4, 12° co., stabilisce che, se il processo deve continuare per la determinazione dell'assegno, il tribunale pronuncia **sentenza non definitiva** sullo scioglimento o sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio, precisandosi che contro tale sentenza «è ammesso solo appello immediato».


[15050] La *ratio* ispiratrice di tale norma - introdotta con la riforma del 1987 - è chiara: ottenere lo stato libero in tempi più rapidi, quando le parti concordano sul punto, ma sono in contrasto sulle domande accessorie di natura


economica o su quelle che riguardano l'affidamento dei figli (CIPRIANI, *La nuova*, 307; per una ricostruzione del dibattito sull'ammissibilità della sentenza non definitiva di divorzio, sviluppatosi prima della novella del 1987, v. per tutti GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 315 ss.).


[15060] Tale disposizione si pone in un rapporto di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 277 c.p.c.: infatti, a differenza di quanto statuito da quest'ultima norma, la pronuncia della sentenza non definitiva di divorzio non richiede l'istanza di parte, né che sussista «l'interesse apprezzabile» menzionato al 2° co. del predetto art. 277 c.p.c. (SALETTI, VANZ, 750).

[15070] Se dunque non possono esservi dubbi circa le ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre la disposizione in esame, la lettera della norma ha fatto sorgere, fin dal momento in cui è stata emanata, diversi interrogativi. Innanzitutto, gli interpreti si sono domandati a quale assegno si riferisca il legislatore: un quesito a cui la dottrina maggioritaria ha dato una risposta estensiva, ritenendosi che venga in considerazione sia l'assegno a favore del coniuge divorziato ex art. 5 l. divorzio, sia quello da versarsi al genitore affidatario quale contributo per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole ex art. 6 l. divorzio (SALETTI, VANZ, 751; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 301; LAUDISA, 68; TOMMASEO, *La disciplina*, 398 ss.; *contra*, WINKLER, *Decorrenza dell'assegno di divorzio*, in FD, 2006, 46; GRAZIOSI, *La sentenza*, 436; CIPRIANI, *La nuova*, 309; DOGLIOTTI, 194, che, invece, sottolineano la diversa natura dell'assegno per il mantenimento dei figli la cui disciplina è interamente riconducibile alle norme generali di cui agli **artt. 147 e 148 c.c.**). Il diffuso favore verso un'interpretazione non restrittiva della norma, ha indotto altresì larga parte degli studiosi ad ampliare ulteriormente la portata applicativa della sentenza non definitiva di divorzio, fino a comprendere tutte le ipotesi in cui il giudizio debba proseguire in merito ad **altre questioni patrimoniali**, diverse dall'assegno, o quando residuino controversie, **anche non patrimoniali, che riguardino i figli**; in altre parole, ogni volta che «sussiste l'esigenza di una sollecita definizione dello *status* dei coniugi che verrebbe frustrata dal prolungarsi del giudizio sulle


domande accessorie o connesse» (così, TOMMASEO, *La disciplina*, 399 s.; conf., in precedenza, A. FINOCCHIARO, *Commento*, 301; LAUDISA, 68, successivamente, SALETTI, VANZ, 752; ROSSI CARLEO, 374 s.; *contra*, DOGLIOTTI, 194, il quale prospetta il rischio che, consentendosi la pronuncia di una sentenza non definitiva di divorzio, anche nei casi non espressamente previsti dalla norma, i coniugi potrebbero disimpegnarsi di fronte alle esigenze dei minori e magari abbandonare la causa; CIPRIANI, *La nuova*, 309, ove; peraltro, si ammette la possibilità che, in tutti i casi diversi dalla prosecuzione del processo per la determinazione dell'assegno *post*-matrimoniale, il divorzio sia dichiarato con sentenza non definitiva ai sensi degli artt. 277, 2° co. e 279, 2° co., n. 5, c.p.c.).

[15080]  Anche in giurisprudenza, si è ormai andata consolidando una lettura decisamente estensiva dell'art. 4, 12° co., l. divorzio, ammettendosi la pronuncia della sentenza non definitiva di divorzio, quando la causa debba proseguire su qualunque questione, patrimoniale o no, che riguardi i coniugi o i figli (C., Sez. I, 20.2.1996, 13149; C., Sez. I, 21.8.1993, 8862; C., Sez. I, 19.3.1992, n. 3426; C., Sez. I, 18.4.1991 n. 4193; *contra*, C., Sez. I, 29.3.1994, 3050).

[15090]  La dottrina ritiene che la pronuncia della sentenza non definitiva di divorzio, **non sia subordinata all'istanza di parte**, come invece prevede la regola generale di cui all'art. 277 c.p.c. Ne consegue che: a) il collegio deve, e non solo può, pronunciare la sentenza non definitiva di divorzio, ogni qualvolta accerti che la relativa domanda è matura per la decisione; b) il giudice istruttore ha il potere di rimettere al collegio la decisione della causa, anche quando ritenga matura per la decisione sulla sola domanda di divorzio; pure in questo caso, tuttavia, la rimessione è comunque totale e non parziale, sicché le parti avranno l'onere di formulare le conclusioni su tutte le domande (VIOLANTE, *Profili processuali dell'istanza di addebito ex art. 151, comma 2°, c.c.*, in *RDPr*, 2006; 1124; CIPRIANI, *La nuova*, 310; TOMMASEO, *La disciplina*, 401 ss.).

[15100]  Una recente decisione di legittimità ha precisato che l'art. 4, 12° co., l. divorzio, ove si

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 Cost., giacché non determina 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'8° co. 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 (C., Sez. I, 5.8.2003, n. 11838).


[15110]  Nonostante il silenzio della legge, è opinione diffusa che la sentenza non definitiva di divorzio possa essere pronunciata per la prima volta in **appello** (CIPRIANI, *La nuova*, 311; TOMMASEO, *La disciplina*, 400; dubbioso, sul punto, SANTOSUOSSO, 393; conf., nella sostanza, GRAZIOSI, 333 ss., il quale, pur sostenendo l'inapplicabilità dell'art. 4, 9° co., l. divorzio alla fase di gravame del processo di divorzio, ritiene che un provvedimento dal contenuto identico a quello previsto da tale disposizione, possa essere pronunciato in base alle norme ordinarie del codice di procedura civile).


[15120] Il 13° co. della norma in commento prevede che se il divorzio è stato pronunciato con sentenza non definitiva, il tribunale nella sentenza che definisce il giudizio, disponendo l'assegno *post*-matrimoniale a favore di uno dei coniugi, può stabilire che l'obbligo «**produca effetti fin dal momento della domanda**».


[15130] Tale norma è stata bersaglio di critiche molto severe da una parte della dottrina, che l'ha definita «irrazionale ai limiti dell'illegittimità costituzionale», da un lato perché conferisce al giudice un potere meramente discrezionale nell'estendere retroattivamente il credito all'assegno *post*-matrimoniale dal momento della proposizione della domanda introduttiva del giudizio, dall'altro in quanto limita la determinazione retroattiva dell'assegno

all'ipotesi in cui vi sia stata sentenza non definitiva, escludendola nel caso in cui il divorzio sia stato pronunciato con sentenza definitiva, in palese violazione con l'art. 3 della nostra Carta fondamentale (TOMMASEO, *La disciplina*, 402 ss.; per l'incostituzionalità di tale disposizione si esprime anche CIPRIANI, *La nuova*, 316).


[15140] Dall'esame dei lavori preparatori, emerge con chiarezza che questa norma - anch'essa introdotta con la c.d. seconda novella del divorzio del 1987 - risponde all'esigenza di frustrare le tattiche dilatorie e ostruzionistiche della parte contro la quale è chiesto l'assegno (CIPRIANI, *La nuova*, 314 s.; TOMMASEO, *La disciplina*, 402, ove si osserva che lo stesso obiettivo poteva essere perseguito, utilizzando lo strumento della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.). La dottrina ha anche invocato la natura alimentare che il legislatore avrebbe attribuito all'assegno (BARBIERA, *Quantificazione e datazione dell'assegno di divorzio: vecchi e nuovi problemi*, in GI, 2002, 1829; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 231), ovvero ha ritenuto che non vi siano argomenti validi per dare razionale giustificazione a tale norma (WINKLER, 48).

[15150]  La Suprema Corte ha più volte statuito che il beneficio della retroattività dell'assegno post-matrimoniale ex art. 4, 13° co., l. divorzio, può essere concesso **d'ufficio** dal tribunale, senza bisogno della domanda di parte (C., Sez. I, 6.3.2003, n. 3351; C., Sez. I, 11.10.1994, n. 8288; C., Sez. I, 23.7.1990, n. 7458).

[15160]  Tuttavia, se è vero che la retrodatazione dell'assegno non richiede una specifica istanza di parte (così, anche TOMMASEO, *La disciplina*, 402 s.), altrettanto certo è che la domanda del coniuge interessato rappresenta comunque una condizione imprescindibile per ottenere la concessione dell'assegno stesso (DOGLIOTTI, 193 s.; TOMMASEO, *La disciplina*, 403, nt. 302).


[15170]  Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, la retrodatazione dell'assegno ha carattere "**discrezionale**" (C., Sez. I, 29.5.1993, n. 6049, ove si legge che disporre la decorrenza dell'assegno divorzile dalla data della domanda non costituisce per il giudice un obbligo, ma una


facoltà discrezionale, il cui mancato esercizio non richiede nemmeno una specifica motivazione, C., Sez. I, 3.2.1995, n. 1331; C., Sez. I, 11.10.1994, n. 8288). Peraltro, la Cassazione esclude che il giudice possa fissare la decorrenza dell'assegno da un momento diverso, intermedio fra la data della domanda e quella del passaggio in giudicato della sentenza (C., Sez. I, 16.12.2004, n. 23396, in FD, 2006, 46, con nota di WINKLER; C., Sez. I, 6.3.2003, n. 3351; C., Sez. I, 21.3.2002, n. 4038, in GC, 2002, 2783, con nota di GIACALONE; C., Sez. I, 15.6.1995, n. 6737; ma sarebbe corretto riferirsi alla pronuncia della sentenza, essendo questa immediatamente esecutiva per i capi patrimoniali). La stessa Suprema Corte, per evitare il dubbio di costituzionalità della norma in esame in riferimento all'art. 3 della Carta fondamentale, ha stabilito che essa ha una **portata generale**, e, pertanto il potere discrezionale del giudice di stabilire la decorrenza dell'assegno coniugale dalla domanda si estende **anche all'ipotesi in cui con la sentenza (unica e definitiva)** insieme al capo che dichiara il divorzio sia presente anche quello di condanna al pagamento dell'assegno ex art. 5, senza che sia necessaria sul punto un'apposita domanda. (C., Sez. I, 30.8.2007, n. 18321; C., Sez. I, 12.07.2007, n. 15611; C., Sez. I, 29.03.2006, n.7117; C., Sez. I, 06.03.2003, n.3351).

[15180]  L'indirizzo applicativo che attribuisce carattere "discrezionale" alla retrodatazione nella decorrenza dell'assegno post-matrimoniale è condiviso da taluno (DOGLIOTTI, 231), ma vivacemente contestato da altri (TOMMASEO, *La disciplina*, 403 s.). In particolare, quest'ultimo studioso argomenta che ogni qual volta il legislatore stabilisce che il giudice "può" assumere una determinata iniziativa o compiere una certa attività (come nel caso della retrodatazione dell'assegno divorzile), ciò significa che lo stesso giudice - in mancanza di un'espressa previsione di segno opposto - non solo «ha la facoltà di esercitare il proprio potere nel modo indicato dalla legge, ma ne ha il preciso obbligo» (TOMMASEO, *La disciplina*, 404, anche GRAZIOSI, 349 ss., è critico verso questo orientamento giurisprudenziale, ma ne prende atto e suggerisce una serie di criteri a cui il giudice dovrebbe attenersi per decidere o no la retrodatazione dell'assegno coniugale). La dottrina asserisce che non si possa far luogo

alla retrodatazione, se l'assegno *post-matrimoniale* è inferiore a quello determinato interinalmente dal presidente o in forza delle pregresse disposizioni emesse in sede di separazione giudiziale o consensuale, in quanto in tal caso il coniuge beneficiario si troverebbe esposto al rischio di dovere restituire quanto percepito in eccesso (GRAZIOSI, 350 ss.; TOMMASEO, *La disciplina*, 405, ove si osserva, in proposito, che tale assunto muove dalla premessa secondo cui «a meno di non voler sostenere che l'assegno disposto dal presidente si cumuli con quello dovuto a far tempo dalla domanda, il credito in *preteritum* può risultare, per effetto dei pagamenti anticipati, in tutto o in parte estinto»).

[15190] L'art. 4, 12° co., stabilisce che la sentenza non definitiva di divorzio relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio è soggetta «**al solo appello immediato**», con esclusione, dunque, della riserva di impugnazione (GRAZIOSI, 337).


 Ne consegue che la pronuncia sullo "status" è insuscettibile di appello differito e della disciplina applicabile ex art. 340 c.p.c. (C., Sez. I, 7-1-2008, n. 26).

 La maggioranza degli studiosi opta per un'interpretazione letterale di questa norma, affermando che, se tale sentenza è pronunciata in grado d'appello, riprende vigore la disciplina ordinaria del concorso tra l'impugnazione immediata e quella riservata (GRAZIOSI, 342; CIPRIANI, *La nuova*, 311; *contra*, TOMMASEO, *La disciplina*, 405 s., secondo il quale la disposizione speciale contenuta nell'articolo in commento si estende anche alla sentenza non definitiva emanata in fase di gravame). Sempre, argomentando dal testo dell'articolo, si è esclusa l'impugnabilità del provvedimento *de quo* con il regolamento di competenza (CIPRIANI, *La nuova*, 311; SALETTI, VANZ, 753; *contra*, e quindi a favore dell'ammissibilità del regolamento di competenza, TOMMASEO, *La disciplina*, 405, nt. 308).

## 27. Esecutività della sentenza e decorrenza degli effetti

[16010] L'art. 4, 14° co., l. divorzio prevede che, per la parte relativa ai provvedimenti di natura

economica, la sentenza di divorzio pronunciata in primo grado è **provvisoriamente esecutiva**.

[16020]  Tale precetto - anch'esso frutto della novellazione della legge sul divorzio operata nel 1987 - aveva in origine portata derogatoria rispetto alla regola generale, allora vigente, che attribuiva efficacia esecutiva alle sole decisioni pronunciate in appello o in unico grado.

[16030] Successivamente questa norma ha perso ogni connotazione di specialità, per effetto della riforma del processo civile operata dalla L. 26.11.1990 n. 353, che ha riscritto l'art. 282 c.p.c., introducendo la regola della generale esecutività provvisoria di tutte le sentenze pronunciate in primo grado. Dunque, ha ragione chi osserva che la disposizione divorzile ha oggi un valore meramente ricognitivo della norma generale (SALETTI, VANZ, 749; TOMMASEO, *La disciplina*, 407 s.; in senso difforme, GRAZIOSI, 268 ss., 278, ove si afferma che, nonostante l'entrata in vigore del nuovo art. 282 c.p.c., l'esecutività della sentenza di divorzio sarebbe ancora regolata dalla norma in commento; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 127 s.).


[16040] Proprio in forza della nuova disciplina della generale esecutorietà delle sentenze di primo grado, oggi **tutte le statuizioni contenute nella sentenza di divorzio**, salvo quella che dispone lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, **sono immediatamente esecutive**; una regola che vale, quindi, non solo per i capi aventi contenuto patrimoniale, ma anche per i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e all'assegnazione/rilascio della casa coniugale (SALETTI, VANZ, 749; TOMMASEO, *La disciplina*, 409; a conclusioni analoghe, pur seguendo un diverso percorso argomentativo, giunge anche GRAZIOSI, 278, 290). Diversamente la provvisoria esecutorietà non si estende ai cosiddetti effetti secondari della sentenza, ossia quegli effetti che, pur avendo natura patrimoniale, non sono domandati dalla parte né oggetto di uno specifico capo di sentenza, ma si producono *ope legis*, come ad esempio lo scioglimento della comunione coniugale (TOMMASEO, *La disciplina*, 410, che nota come lo scioglimento della comunione legale potrebbe comunque essere già avvenuto con la sentenza di separazione; conf., SALETTI, *Procedimento*, 616, nt. 169).


[16050] Tra gli studiosi è controverso se l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza di divorzio possa essere inibita o sospesa dal giudice d'appello, sulla base del combinato disposto **degli artt. 283 e 351 c.p.c.** (la risposta affermativa sembra prevalere: SALETTI, VANZ, 749; TOMMASEO, *La disciplina*, 410; CONSOLO, *Commento*, 278 ss.; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *RDPr*, 1996, 50; *contra*, GRAZIOSI, 298, ove si sostiene che tali norme non sarebbero applicabili al giudizio di divorzio, per il quale continuerebbe a valere la disposizione speciale di cui all'art. 4, 11° co., l. divorzio, che non prevede l'inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza; quest'ultimo autore suggerisce che, per i provvedimenti concernenti i figli, un risultato analogo a quello dell'inibitoria potrebbe essere ottenuto avvalendosi dei provvedimenti d'urgenza ex art. 336, 3° co., c.c.).

[16060] Se dunque non ci sono dubbi circa l'immediata esecutività di tutti i capi della sentenza diversi da quello che dispone il divorzio, maggiori perplessità sussistono circa **il momento in cui si producono gli effetti** proprio di quest'ultima (fondamentale) statuizione, ossia quella che sancisce lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili. In altre parole, è controverso quando la sentenza di divorzio «produce, con pienezza di effetti, la propria efficacia costitutiva» e dunque «il momento in cui si dissolve il rapporto matrimoniale e i coniugi riacquistano la libertà di stato» (così, TOMMASEO, *La disciplina*, 961).

[16070] Il problema si pone, giacché **l'art. 10, 2° co., L. divorzio** stabilisce che la sentenza di divorzio ha efficacia «a tutti gli effetti civili» dal giorno dell'annotazione della sentenza. A fronte di questa formula normativa, ci si domandati se gli effetti della sentenza decorrono dal momento **del passaggio in giudicato della sentenza oppure da quello in cui sono compiute le formalità pubblicitarie** indicate dal 1° co. dello stesso art. 10 (che, oltre all'annotazione in margine agli atti di nascita di entrambi i coniugi e all'atto di matrimonio, comprendono anche la trascrizione della sentenza nel registro di matrimonio; ma sul punto, v. più diffusamente *infra* nel commento *ad locum*). La dottrina oggi

maggioritaria si mostra favorevole alla prima soluzione, proponendo una lettura sostanzialmente correttiva di quanto dispone la lettera dell'art. 10 L. divorzio e distinguendo gli effetti tra le parti da quelli nei confronti dei terzi: i primi si producono con il passaggio in giudicato della sentenza, gli altri dal momento in cui sono compiute le formalità pubblicitarie prescritte dalla legge (SALETTI, VANZ, 750; TOMMASEO, *La disciplina*, 960 ss.; GRAZIOSI, 125 ss.).

[16080]  Dal canto suo, anche la giurisprudenza di legittimità sembra condividere la tesi più seguita in dottrina, affermando che la norma di cui all'art. 10, 2° co., L. divorzio, va interpretata nel senso «che gli effetti personali e patrimoniali della sentenza si producono tra le parti al passaggio in giudicato, mentre l'annotazione attiene unicamente agli effetti *erga omnes* della pronuncia stessa, in considerazione dell'efficacia dichiarativa e non costitutiva dello stato delle persone fisiche che è propria dei registri civili» (C., Sez. I, 4.8.1992, n. 9244; C., Sez. II, 9.6.1992, n. 7089; *contra*, A. Roma, 17.3.1973, in *DE*, 1975, II, 46, con nota critica di BERNARDINI).


[16090]  Un ulteriore interrogativo, la cui risposta prescinde da quella che si è data al quesito appena affrontato, è se ai fini della previsione dell'art. 10, L. divorzio, assuma rilievo la trascrizione della sentenza di divorzio oppure la sua annotazione in margine all'atto di nascita e di matrimonio (nel primo senso TOMMASEO, *La disciplina*, 960 ss., in virtù dell'argomento che l'annotazione ha un valore puramente accessorio e complementare, rispetto all'iscrizione e alla trascrizione che sono di per sé registrazioni necessarie e sufficienti per la formazione dell'atto dello stato civile; *contra*, valorizzando il tenore letterale della norma, SALETTI, VANZ, 750).


## 28. La legittimazione ad impugnare e le impugnazioni del pubblico ministero

[17010] Sulla legittimazione ad impugnare e le impugnazioni del pubblico ministero nel processo di divorzio, v. *sub* art. 5.

## 29. Il giudizio di appello


[18010] La norma in commento dedica alla fase di gravame del giudizio di divorzio una sola e concisa disposizione, che recita: «**L'appello è deciso in camera di consiglio**» (15° co.).

[18020]  Questa statuizione - che, non a torto, uno studioso ha definito di «*esasperata concisione*» (TOMMASEO, *La disciplina*, 411) - è stata prevalentemente interpretata dalla dottrina, nel senso che solo la fase decisoria dell'appello dovrebbe svolgersi **senza che abbia luogo la discussione in pubblica udienza**, mentre, per il resto, il giudizio di gravame dovrebbe seguire le regole previste dagli artt. 339 ss. c.p.c., analogamente a quanto previsto per l'appello nei confronti delle sentenze dichiarative dell'estinzione del processo di cognizione o di quello esecutivo, ex artt. 308, 630 c.p.c. e 130 disp. att. c.p.c. (SALETTI, VANZ, 755; TOMMASEO, *La disciplina*, 415; CIPRIANI, *La decisione dell'appello nel processo di divorzio*, in *FI*, 1999, I, 1119; ID., *La nuova*, 318; in senso parzialmente difforme GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, 359; CARPI, GRAZIOSI, 543; DI IASI, 1453 i quali sostengono che l'intero giudizio di gravame sarebbe soggetto alle forme ordinarie *contra* DOGLIOTTI, FIGONE, 160; LUISO, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., IV, Milano, 2000, 256; LAUDISA, 68 s.; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 326; GOLDONI, 91. Per una sintesi delle varie posizioni, RIGONI, in *AA.VV.*, *Separazione, divorzio, annullamento*, a cura di SICCHIERO, Bologna, 2005, 690 ss.).

[18030]  Tale indirizzo, tuttavia, è disatteso dalla Suprema Corte e dalla prevalente giurisprudenza di merito, le quali hanno costantemente ribadito che **l'intero giudizio di appello è soggetto alle forme camerale** (C., Sez. I, 10.3.2006, n. 5304; C., Sez. I, 27.5.2005, n. 11319; C., Sez. I, 22.7.2004, n. 13360; C., Sez. I, 15.1.2003, n. 507; C., Sez. I, 17.5.1995, n. 5433; C., Sez. I, 4.5.1995, n. 4861; C., Sez. I, 13.12.1994, n. 10614; C., Sez. I, 1.12.1994, n. 10251; C., Sez. I, 25.2.1992, n. 2317, in *CorG*, 1992, 633, con nota di TOMMASEO). Ne consegue, in primo luogo, che l'atto introduttivo del gravame deve essere **il ricorso** e non la citazione (tra le tante, C., Sez. I, 10.3.2006, n. 5304; C., Sez. I, 17.5.1995, n. 5433; C., Sez. I, 4.5.1995, n. 4861). Va aggiunto, poi, che pur dovendo essere assicurato il diritto di difesa e, quindi, realizzato il principio del contraddittorio, tuttavia, trattandosi di un procedimento

caratterizzato da particolare celerità e semplicità di forme, ad esso non sono applicabili le disposizioni proprie del processo di cognizione ordinaria e, segnatamente, quelle di cui agli artt. 189 (Rimessione al collegio) e 190 (Comparsa conclusionali e memorie) c.p.c. (C., Sez. I, 12-01-2007, n. 565).

Quanto, infine ai **termini per impugnare, essi sono rispettati con il deposito del ricorso in cancelleria**, mentre la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza costituisce un momento esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione diretto soltanto ad instaurare il contraddittorio (C., Sez. I, 15.1.2003, n. 507, ove si precisa che, di conseguenza, depositato l'atto di appello, e tenuto conto che il termine fissato dal presidente del collegio per la notificazione del ricorso e del pedissequo decreto non ha natura perentoria, l'inosservanza del detto termine non dà luogo ad inammissibilità o improcedibilità del gravame ma richiede - trattandosi di nullità sanabile - oltre la previsione dei casi di cui all'art. 160 c.p.c., in mancanza di costituzione dell'appellato, la fissazione, da parte del giudice, di una nuova udienza, nonché la rinnovazione della notifica - con indicazione di un termine questa volta perentorio - ex art. 291 c.p.c. L'inosservanza di quest'ultimo termine, determina, pertanto, la cancellazione della causa da ruolo e l'estinzione del giudizio, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza; C., Sez. I, 22.2.2006, n. 3837, in *FD*, 2007, 266, con nota di SPACCAPELO, costituente l'orientamento maggioritario; *contra* C., Sez. I, 21 novembre 1998, n. 11774, secondo cui la natura ordinatoria del termine presidenziale fissato per la notifica del ricorso e decreto non legittima la parte a disattenderlo *tout court* con conseguente ingiustificata e pregiudizievole dilatazione dei tempi di instaurazione del contraddittorio e di definizione del giudizio. Ne consegue che la disposizione di cui all'art. 154 c.p.c. va interpretata secondo questo orientamento minoritario, nel senso che l'inutile decorso del termine fissato dal giudice ha gli stessi effetti preclusivi di un termine perentorio e che risulta del tutto illegittima ogni eventuale proroga richiesta e concessa dopo la sua scadenza).

 Questa seconda soluzione sembra essere preferita in dottrina proprio per evitare la possibilità che il processo, altrimenti, rimanga

pendente con modalità indefinite (SPACCAPELO, 273).

✍ Peraltro, una giurisprudenza ormai consolidatissima insegna che, qualora l'appello sia introdotto **erroneamente con citazione**, l'impugnazione è ugualmente valida, se l'atto introduttivo del gravame sia stato depositato nella cancelleria del giudice adito e la causa sia stata iscritta a ruolo entro i termini perentori per impugnare (C., Sez. I, 22.7.2004, n. 13360; C., Sez. I, 4.2.1995, n. 1346; C., Sez. I, 1.12.1994, n. 10251; C., Sez. I, 17.7.1992, n. 8698; C., Sez. I, 17.6.1992, n. 7469; C., Sez. I, 4.1.1991, n. 37).

[18040] **I termini per proporre appello sono quelli ordinari previsti per le impugnazioni civili** (termine breve di trenta giorni e termine lungo di un anno, rispettivamente ai sensi dell'art. 325 e 327 c.p.c.: tra le tante, C., Sez. I, 15.1.2003, n. 507; C., Sez. I, 17.6.1992, n. 7469), e non quello brevissimo di dieci giorni fissato per il reclamo camerale dall'art. 739, 2° co., c.p.c.

[18050] L'orientamento giurisprudenziale appena ricordato trova conforto in due pronunce della Consulta, che hanno riconosciuto costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di sottoporre al rito camerale l'intero giudizio di appello nelle controversie di divorzio, affermando che tale rito è idoneo ad assicurare tutte le garanzie processuali necessarie a renderlo conforme alle esigenze del diritto di difesa (C. Cost., 23.12.1989, n. 573; C. Cost., 14.12.1989, n. 543, entrambe pubblicate in *RDP*, 1990, 1187 ss., con nota della SALVANESCHI).

[18060] La Cassazione ha recentemente statuito che il mancato rispetto, da parte dell'appellante, del termine entro cui egli deve notificare alla controparte il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza non è causa di inammissibilità o di improcedibilità del gravame, ma, trattandosi di una nullità sanabile, comporta solo, in mancanza di costituzione del convenuto, la fissazione da parte del giudice di una nuova udienza e la rinnovazione della notifica (con l'indicazione di un termine questa volta perentorio) ex art. 291 c.p.c. (C., Sez. I, 15.1.2003, n. 507).

[18070] 📖 Anche la dottrina concorda che i termini per proporre appello sono quelli ordinari previsti per le impugnazioni civili e non quello di dieci giorni a cui è soggetto il reclamo camerale ex art. 739, 2° co., c.p.c. (DOGLIOTTI, FIGONE, 160; TOMMASEO, *La disciplina*, 413 s.; GOLDONI, 94).

[18080] Quanto **all'appello incidentale**, si ritiene che questo debba essere proposto, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, da depositarsi in cancelleria almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione, così come disposto dall'art. 343 c.p.c., in seguito alla novellazione operata dalla L. 26.11.1990, n. 353 (dunque, al momento della costituzione tempestiva dell'appellato: SALETTI, VANZ, 756; TOMMASEO, *La disciplina*, 416 s.).


[18090] ✍ Sempre su quest'ultimo aspetto, diametralmente opposto è l'orientamento della Suprema Corte secondo cui il rito camerale previsto per l'appello avverso le sentenze di divorzio e di separazione personale non preclude la proponibilità dell'appello incidentale, anche indipendentemente dalla scadenza del termine per l'esperimento del gravame in via principale (C., Sez. I, 20.1.2006, n. 1179; C., Sez. I, 6.7.2004, n. 12309). Poiché il rito camerale è caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, esso esclude la piena applicabilità delle norme che regolano il processo ordinario ed, in particolare, del termine perentorio fissato, per la relativa proposizione, dal 1° co. dell'art. 343 c.p.c. Il principio del contraddittorio viene, pertanto, rispettato, in appello, per il solo fatto che il gravame incidentale sia portato a conoscenza della parte avversa entro limiti di tempo tali da assicurare a quest'ultima la possibilità di far valere le proprie ragioni mediante organizzazione di una tempestiva difesa tecnica, da svolgere sia in sede di udienza camerale sia al termine dell'inchiesta (C., Sez. I, 20.1.2006, n. 1179).


[18100] 📖 Se i coniugi hanno figli minori o incapaci è l'appello è proposto contro un capo della sentenza che riguarda gli interessi di questi ultimi, il pubblico ministero è litisconsorte necessario (MANDRIOLI, *Diritto*, 118 s.).

[18110] ✍ Tale assunto trova conferma presso



la giurisprudenza di legittimità, precisandosi che in questo caso l'appello va notificato al pubblico ministero presso il giudice *a quo*, anche se sia costituito il pubblico ministero presso il giudice *ad quem* (C., Sez. I, 29.10.1998, n. 10803, in *FD*, 1999, 263, con nota di CAMPUS).


[18120]  In ossequio al generale divieto di *nova* in appello, i coniugi non possono proporre domande nuove. Il principio tuttavia non va considerato con particolare rigidità, dovendosi far riferimento agli eventuali mutamenti di circostanze. Ad esempio, la giurisprudenza, seppure con riferimento al giudizio di separazione personale, ha chiarito che, per quanto riguarda l'affidamento ed il mantenimento dei figli minori (compresa, quindi, la questione dell'assegnazione della casa coniugale), la corte d'appello può intervenire anche *ex officio*, in deroga a quanto chiesto o pronunciato in primo grado (C., Sez. I, 28.02.2000, n. 2210).

 Il giudizio di appello si conclude con un provvedimento che ha forma e contenuto di sentenza (SALETTI, VANZ, 756; TOMMASEO, *La disciplina*, 413).

[18130] Contro la sentenza d'appello è proponibile ricorso in **Cassazione** (DI IASI, 1455); il giudizio dinanzi alla Suprema Corte si svolge secondo le regole ordinarie, compresa quella che consente il giudizio di merito quando sussistano i presupposti di cui all'art. 384 c.p.c. (CARPI, GRAZIOSI, 543). Si ammette, altresì, che la sentenza di divorzio sia impugnabile **con regolamento di competenza e con revocazione** (CARPI, GRAZIOSI, 543). Quanto all'**opposizione di terzo**, taluno ne sostiene l'ammissibilità (CIPRIANI, *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, 519), mentre altri negano che sia possibile proporre tale rimedio avverso il capo di sentenza relativo allo scioglimento del matrimonio, in considerazione della natura personalissima degli interessi in gioco (A. FINOCCHIARO, *Commento*, 377; DI BENEDETTO, 298 s.; tale opinione è condivisa, altresì, seppure con qualche perplessità, da GRAZIOSI, 382 s.; ma si tenga conto che, a mio avviso, l'ammissibilità dell'opposizione di terzo è pressoché inevitabile, se si riconosce la legittimazione di terzi a intervenire nel processo di divorzio: in argomento, v. in sede di

commento all'art. 5, 1° co., *sub par.* 1).


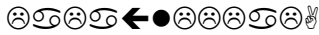
### 30. Il procedimento di divorzio su domanda congiunta

[19010]  L'art. 4, 16° co., prevede che i coniugi possano proporre **domanda congiunta di divorzio**, qualora siano d'accordo non solo nel volere lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, ma anche sulle condizioni riguardanti i figli nonché i rapporti economici e non patrimoniali tra loro. Come ha ribadito anche di recente un autorevole studioso, si tratta di un procedimento che rappresenta una delle novità più significative introdotte con la seconda novella del divorzio, attuata con la L. 6.3.1987, n. 74 (MANDRIOLI, *Diritto*, 124 s.).

[19020] La domanda congiunta di divorzio instaura un processo che si differenzia notevolmente da quello introdotto con domanda unilaterale, vuoi perché ha luogo per intero davanti al tribunale come organo collegiale (e quindi, senza alcuna distinzione tra la fase presidenziale e quella davanti al giudice istruttore), vuoi perché si svolge in forme camerale (artt. 737 ss. c.p.c.), pur concludendosi con una sentenza (SALETTI, VANZ, 739).


La natura di questo procedimento è alquanto discussa. Taluno lo ascrive tra quelli di volontaria giurisdizione in considerazione dell'assenza di conflittualità (CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *RDP*, 1988, 300; GOLDONI, 97), altri propendono per la natura contenziosa (SALETTI, VANZ, 739; TOMMASEO, *Lo scioglimento*, 421).

Non si tratta certamente di un divorzio consensuale, con presupposti e requisiti diversi da quello contenzioso; il consenso tuttavia trova rilevanza in campo processuale perché consente di introdurre una procedura differente, se pur sempre di accertamento costitutivo (DOGLIOTTI, FIGONE, 147).

  La Suprema Corte ha sottolineato come l'accordo dei coniugi rivesta natura meramente ricognitiva e non negoziale, poiché è soggetto alla verifica del tribunale che ha pieni poteri decisionali. La Corte ha escluso, pertanto, che l'istituto in esame configuri una sorte di divorzio "consensuale", analogo alla separazione

consensuale, poiché il giudice non è condizionato al consenso dei coniugi, ma deve verificare i presupposti per lo scioglimento del matrimonio (C., Sez. I, 8.7.1998, n. 6664, in *FI*, 1998, I, 2368).

[19030] Il ricorso congiunto, che normalmente costituisce espressione di un'identica legittimazione delle parti a chiedere il divorzio, è ammesso **anche fuori dai casi di legittimazione bilaterale** a domandare lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili; la migliore dottrina ritiene che, in questo caso, il ricorso congiunto documenti «la semplice adesione di uno dei coniugi alla domanda proposta dall'altro» (TOMMASEO, *La disciplina*, 422; conf., in precedenza, CIPRIANI, *La nuova*, 326 s.; BARBIERA, *Il divorzio*, 87; DOGLIOTTI, 167; SCARDULLA, 844; *contra*, A. FINOCCHIARO, *Commento*, 342; SANTOSUOSSO, 387, nel senso di negare la proponibilità della domanda di ricorso congiunto in mancanza di legittimazione bilaterale).


 ♣♣◻◻♣ ♣♣ Sempre in tema di legittimazione, la giurisprudenza di merito ammette l'amministratore di sostegno del coniuge, previamente autorizzato dal giudice tutelare, a proporre il ricorso congiunto di divorzio in luogo del coniuge (Trib. Modena, 25.10.2007, in *CorM*, 2008, 148)

[19040] Quanto alla **competenza**, si è già detto (*sub* par. 3) che essa spetta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio «dell'uno o dell'altro coniuge». La legge prevede, dunque, quattro fori concorrenti a scelta delle parti, per i quali, peraltro, vale ancora la regola dell'inderogabilità, nel senso che tali criteri non sono suscettibili di un accordo di proroga (SALETTI, VANZ, 709; DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia*, 149; TOMMASEO, *La disciplina*, 424, ove si precisa che l'inderogabilità di tale competenza *ex art. 28 c.p.c.* deriva sia dalla natura camerale del giudizio, sia dalla necessaria partecipazione al giudizio del pubblico ministero; *contra*, isolatamente, CIPRIANI, *La nuova*, 327, secondo cui si tratterebbe di competenza per territorio derogabile e, quindi, i coniugi potrebbero instaurare il giudizio davanti a qualunque tribunale della Repubblica). Nel caso in cui nessuno dei coniugi abbia residenza o domicilio


in Italia, si ritiene che la domanda possa essere proposta innanzi a qualsiasi tribunale della Repubblica, dovendosi applicare il medesimo criterio residuale previsto per il divorzio su domanda unilaterale (SALETTI, VANZ, 709; MAGNONE CAVATORTA, 3).

[19050] La domanda congiunta si propone con **ricorso**, che deve essere sottoscritto da entrambe le parti e deve contenere i requisiti previsti dal 2° e 10° co. della norma in epigrafe, nonché, in generale, dall'art. 125 c.p.c. La particolarità del ricorso congiunto è che in esso le parti hanno l'onere di indicare in modo compiuto «le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici», anche se si ritiene che tali condizioni possano anche essere enunciate successivamente, all'udienza davanti al collegio (TOMMASEO, *La disciplina*, 424; conf., BIANCO, 546; diff., CIPRIANI, *La nuova*, 325). Mentre alcuni ritengono che la richiesta congiunta di divorzio deve essere proposta dai coniugi per le medesime e comuni ragioni (MANDRIOLI, *Diritto*, III, 124), altri sembrano ammettere che tale domanda può essere fondata su motivi diversi, assumendo rilievo la sola comunanza di risultato che i coniugi si ripropongono, ossia lo scioglimento del matrimonio (SALETTI, VANZ, 539; TOMMASEO, *La disciplina*, 422 s., nt. 357; BIANCO, 546).

[19060] E' necessario il patrocinio di un difensore (così gran parte della dottrina ad eccezione di DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia*, 149 – che pure escludono il caso in cui debbano essere assunti mezzi istruttori - sulla scorta della natura di volontaria giurisdizione non conflittuale del procedimento). Il procuratore, secondo un'opinione diffusa, può essere il medesimo per entrambi i coniugi (CIPRIANI, *La nuova*, 329; TOMMASEO, *La disciplina*, 423; qualora, nel corso del processo, sorga conflitto tra le parti, si rende necessaria la nomina di distinti difensori: SCARDULLA, 848 s.; secondo CIPRIANI, *La nuova*, 330, al verificarsi di questa ipotesi, il procuratore dovrà rinunciare a uno o a entrambi i mandati).

[19070]  Secondo un giudice di merito, l'infermità mentale che impedisca al coniuge di dare qualsiasi contezza al tribunale delle ragioni e dello scopo della domanda congiunta di divorzio e del richiesto regolamento dei contatti con la prole e dei rapporti economici con il "*partner*", rende improcedibile la domanda


stessa (T. Monza, 23.4.1990).


[19080]  In proposito la dottrina prende atto del fatto che, nel caso di specie, ossia di incapacità naturale, non trova applicazione il 5° co. dell'art. 4, l. divorzio, ove si prevede la nomina di un curatore speciale al coniuge convenuto che sia malato di mente (TOMMASEO, *La disciplina*, 326, nt. 97). La soluzione indicata da T. Monza, 23.4.1990, cit., è condivisa da BIANCO, 547).


[19090] Il ricorso va depositato in cancelleria e, in applicazione delle disposizioni comuni sui procedimenti camerati, deve essere comunicato a cura dell'ufficio al pubblico ministero, il quale ha l'obbligo di partecipare al giudizio (più in generale, sull'intervento del pubblico ministero nel processo di divorzio, v. *sub* art. 5).

[19100] Il giudizio di divorzio su domanda congiunta si svolge, tendenzialmente, **in un'unica udienza** alla quale le parti hanno l'onere di comparire personalmente (SALETTI, VANZ, 740). La mancata comparizione personale dei coniugi non è di ostacolo alla prosecuzione del giudizio, purché quest'ultimo riceva impulso con la comparizione del difensore (o dei difensori) delle parti (SALETTI, VANZ, 740, nt. 176; CIPRIANI, *Sull'audizione dei coniugi nel procedimento camerale di divorzio*, in *FI*, 1988, I, 2390; A. FINOCCHIARO, *Necessità della comparizione delle parti ed ammissibilità della rappresentanza volontaria nella domanda congiunta di divorzio*, in *GC*, 1988, I, 1855).

[19110] Un problema controverso riguarda la necessità del **tentativo di conciliazione**: una parte della dottrina lo nega (A. FINOCCHIARO, *Necessità*, 1855; DOGLIOTTI, 173; DI IASI, 1461; CIPRIANI, *Sull'audizione*, 2392, modificando l'opinione già espressa ne *La nuova*, 334; BASILICO, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *RDC*, 1991, 255), ma non mancano autorevoli studiosi che hanno sciolto positivamente il quesito, rilevando come dal dettato degli artt. 1 e 2, l. divorzio emerga la centralità di questo adempimento, che rappresenta un presupposto sempre necessario, per accertare il venir meno della comunione spirituale e materiale fra i coniugi (SALETTI, VANZ, 740; MANDRIOLI, *Diritto*, III, 128; TOMMASEO, *La disciplina*, 426; BARBIERA, *Separazione*, 165; BIANCO, 548 s.).

[19120]  La giurisprudenza di merito considera **non necessario** il tentativo di conciliazione dei coniugi nel processo di divorzio su domanda congiunta (T. Imperia, 4.3.1995, in *FD*, 1995, 473, con nota di RIEDWEG; T. Verona, 2.4.1988).

[19130]  Il tribunale, deve **accertare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda**, non potendo limitarsi a prendere atto delle allegazioni concordemente compiute delle parti (DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Torino, 2008, 185, ribadisce la necessità del controllo giudiziale; SALETTI, VANZ, 741; CIPRIANI, *La nuova*, 335; TOMMASEO, *La disciplina*, 426 ss.; in proposito, è comune l'affermazione che con l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, il legislatore non ha inteso affatto accogliere nel nostro ordinamento il divorzio consensuale: PROTO PISANI, 776; BARBIERA, *Separazione*, 158 s.; ANELLI, *Il matrimonio*, Milano, 1998, 299). In particolare, il tribunale deve fondare tale accertamento sui mezzi di prova che le parti hanno l'onere di offrire e che potranno consistere in prove documentali, ma anche in prove costituende; il tribunale può altresì esercitare iniziative istruttorie ufficiose, come per esempio disporre una consulenza tecnica oppure, stante la struttura camerale del giudizio, assumere informazioni ai sensi dell'art. 738, 3° co., c.p.c. (TOMMASEO, *La disciplina*, 427 s., nt. 370; CIPRIANI, *La nuova*, 335; BIANCO, 552; sulla soggezione del procedimento di divorzio su domanda congiunta al normale onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., v. BARBIERA, *Il divorzio*, 87).

[19140]  Nel procedimento di divorzio su domanda congiunta la cognizione del giudice non si esaurisce in un mero controllo formale dei requisiti voluti dalla legge per lo scioglimento del rapporto coniugale, ma postula un accertamento non diverso da quello effettuato in via ordinaria nonché lo svolgimento di **un'idonea attività istruttoria** che è compatibile con le forme camerati del giudizio; nulla osta, pertanto, a che la domanda congiunta di divorzio possa essere fondata sulla inconsumazione del matrimonio, ma se non viene raggiunta la prova del fatto della non consumazione, la domanda di divorzio deve essere respinta (T. Napoli, 2.5.1997, in *FD*, 1997, 451, con nota di TOMMASEO; in senso


sostanzialmente conforme, v. C., Sez. I, 14.10.1995, n. 10763, in *FD*, 1996, 136, con nota di TOMMASEO, ove si è stabilito che il tribunale non può dichiarare l'inammissibilità del ricorso congiunto di divorzio quando risulti necessaria un'apposita istruttoria, e ciò sull'errato presupposto che il divorzio su domanda congiunta radichi un procedimento senza istruttoria). Diversamente, secondo un'altra pronuncia, qualora si renda necessario un approfondimento istruttorio, la domanda deve essere rigettata, in quanto il rito del divorzio su domanda congiunta è incompatibile con l'assunzione di mezzi di prova e presuppone un accordo accoglibile sotto tutti i profili (T. Napoli, 7.6.1996; T. Napoli, 15.3.1988, in *GI*, 1989, I, 2, 54, con nota di CIPRIANI).

[19150]  La parte conclusiva dell'ult. co. dell'articolo in commento prevede che, se le condizioni relative ai figli contrastano con il loro interesse, il tribunale deve disporre la **conversione del rito** da camerale a contenzioso e il processo continua nelle forme indicate dall'8° co. dello stesso articolo. Nel caso di conversione del rito, vi è chi sostiene la possibilità che il tribunale dichiari il divorzio con sentenza non definitiva, con la prosecuzione del processo per le condizioni relative alla prole (così, SALETTI, VANZ, 742, in nt. 183; CIPRIANI, *La nuova*, 340; A. FINOCCHIARO, *Commento*, 348) e chi, al contrario ritiene debba astenersi da ogni pronuncia, limitandosi a convertire il rito (TOMMASEO, *Lo scioglimento disciplina*, 311 ss.). Parte della dottrina ritiene che, in tal caso, comunque, l'intero accordo non debba caducarsi, conservando validità per i rapporti tra i coniugi e anche per i figli, limitatamente alla parte che non sia stata ritenuta svantaggiosa (DOGLIOTTI, *Affidamento*, 186).

Ci si chiede quale sia la sorte dell'accordo tra i coniugi che preveda un **affidamento esclusivo** della prole ad uno solo di loro. In altre parole si pone il problema se il tribunale debba prendere atto di tale accordo e, pertanto, recepirlo in sentenza o dare ingresso alla procedura contenziosa.

Secondo un primo orientamento dottrinale, quell'indisponibilità del diritto/dovere dei genitori, che sussiste prima della separazione, permane anche dopo la sua pronuncia ed, in ogni caso, il tribunale dovrebbe valutare preliminarmente l'opzione dell'affidamento condiviso (PATTI, *L'affidamento condiviso*, in PATTI, ROSSI

CARLEO, Milano, 2006, 8). La dottrina contraria ritiene, invece, che l'affidamento debba essere regolato, in via prioritaria, dall'accordo dei genitori (VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, in *Slur*, 2006, 523). Le due tesi vengono conciliate da un terzo orientamento che ammette l'affidamento monogenitoriale in forza dell'accordo tra i coniugi, purché i divorziandi forniscano sufficienti elementi a suffragio della loro opzione ex art. 155 bis c.c. (DOGLIOTTI, *Affidamento*, 187).

 In tal senso, si è ritenuto che il giudice debba pronunciare un affidamento ad entrambi i genitori, qualora manchino i presupposti di cui all'art. **155 bis c.c.** per far ricorso all'affidamento esclusivo, anche se questo è richiesto da entrambi i genitori (Trib. Bologna, 22.5.2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); *contra*, Trib. Catania 1.6.2006, in *GM* 2006, 2412 che, se pur in via d'eccezione, ha ritenuto di disporre l'affidamento esclusivo in forza degli accordi espliciti o taciti raggiunti dai genitori).

[19160] Quanto agli accordi di natura patrimoniale (che non riguardino i figli), parte della dottrina ritiene che non possano mai essere disattesi dal giudice (SALETTI, VANZ, 742-3), mentre altri studiosi reputano che tale regola conosca un'eccezione con riguardo alle clausole di adeguamento automatico dell'assegno e della corresponsione dell'assegno *una tantum* di cui all'art. 5, 7° e 8° co., L. divorzio (TOMMASEO, *La disciplina*, 429).

[19170] La dottrina è divisa su cosa debba avvenire, nel caso in cui nel corso del giudizio **una delle parti revochi il suo consenso** al divorzio o non sia più d'accordo sulle condizioni patrimoniali o relative ai figli (in proposito, pare isolata l'opinione di chi considera preclusa la revoca del consenso: BASILICO, 253 e 258). Ora, secondo alcuni, al verificarsi di tale fattispecie la domanda di divorzio va dichiarata improponibile (DOGLIOTTI, 176) o improcedibile (SALETTI, VANZ, 743), o respinta (SANTOSUOSSO, 388), ma la maggioranza degli studiosi è dell'idea che il tribunale **debba comunque decidere sul merito, con la prosecuzione del processo nelle forme camerali** (CIPRIANI, *La nuova*, 337; TOMMASEO, *La disciplina*, 430, ove si precisa che, in questo caso, il collegio potrà senz'altro

pronunciare i provvedimenti interinali nell'interesse dei coniugi e della prole; conf., direi anche MANDRIOLI, *Diritto*, III, 124; BARBIERA, *Separazione*, 164, mutando l'opinione già espressa nella precedente opera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, 87) oppure previa conversione del rito (A. FINOCCHIARO, *Commento*, 350).

[19180] ✍ Mentre la Cassazione si è pronunciata sul punto, affermando che, tenuto conto che la domanda congiunta di divorzio non è la somma di due distinte domande, né il frutto dell'adesione di una parte alla domanda dell'altra, la rinuncia di una delle parti, salvo che la domanda congiunta non sia dovuta ad errore, violenza o dolo, è **inammissibile** (C., Sez. I, 8.7.1998, n. 6664), alcune decisioni di merito si sono espresse diversamente, affermando che la **revoca unilaterale del consenso** comporta la declaratoria di inammissibilità della domanda di divorzio (T. Napoli, 15.3.1988, in *GI*, 1989, I, 2, 54, con nota di CIPRIANI; T. Napoli, 19.1.1989), o l'**archiviazione** del procedimento (T. Potenza, 23.7.1999, in *DF*, 1999, 1264, con nota di CONTE), o la declaratoria di **improcedibilità** (T. Firenze, 28.10.2005, in *FT*, 2006, 31; A. Bari, 10.10.1996). *Contra*, T. Trani, 8.10.1996, secondo cui la revoca unilaterale del consenso è irrilevante ai fini della prosecuzione del giudizio. Da ultimo, anche T. Bari, 17.11.2003, in *GM*, 2004, I, 266, con nota GIARRUSSO, ha aderito espressamente alla già ricordata C., Sez. I, 8.7.1998, n. 6664, affermando che la revoca del consenso, fondata su una diversa valutazione dell'opportunità di divorziare alle condizioni originariamente concordate, **non determina l'improcedibilità della domanda** congiunta di cessazione degli effetti civili del matrimonio, che va esaminata nel merito.

[19190] 📖 Come già accennato, il processo di divorzio su domanda congiunta si chiude con un provvedimento che ha forma e contenuto di **sentenza**, e la cui efficacia è del tutto analoga a quello pronunciato nel divorzio contenzioso. Anche per la sentenza di divorzio congiunto, vale la regola della provvisoria esecutorietà di tutte le statuizioni diverse da quella che dispone lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili (TOMMASEO, *La disciplina*, 431); quest'ultimo capo di sentenza, invece, produce i suoi effetti dal momento del passaggio in giudicato (sull'argomento v. *supra sub par.*

16). Le parti, a questo fine, possono notificarsi la sentenza l'un l'altra, per far decorrere il termine breve per l'appello (*contra*, DOGLIOTTI, 176, per il quale dovrebbe applicarsi il termine di dieci giorni dalla comunicazione per il reclamo in camera di consiglio). Nella pratica accade, anche, che le parti si presentino nella cancelleria del tribunale adito per prestare acquiescenza alla sentenza, ai sensi dell'art. 329 c.p.c. (*contra*, la dottrina più attenta: TOMMASEO, *Lo scioglimento*, 959; GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, 383).

In generale, sulla **legittimazione a impugnare** le sentenze pronunciate nel giudizio di divorzio su domanda congiunta, sul momento in cui esse passano in giudicato e, ancora, sulla questione più specifica della impugnabilità della **sentenza di accoglimento**, v. nel commento all'art. 5, 5° co., **sub** par. 3. Per il momento è opportuno ricordare come in dottrina si ritenga che la sentenza pronunciata nel giudizio di divorzio su domanda congiunta, se di **rigetto**, sia impugnabile con **appello** da proporsi nella forma di ricorso congiunto (CIPRIANI, *La nuova*, 340; TOMMASEO, *La disciplina*, 681, nt. 28; DI IASI, 1464; MANDRIOLI, *Diritto*, 122, che però - come anche BARBIERA, *Separazione*, 167 - ammette sia l'impugnazione disgiunta che congiunta; *contra*, GOLDONI, 101; DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia*, 150, DOGLIOTTI, 176, per i quali la sentenza in esame sarebbe impugnabile con il reclamo nel termine di dieci giorni dalla sua comunicazione). I coniugi possono anche impugnare congiuntamente o disgiuntamente la sentenza, allorché il tribunale si sia discostato dalle condizioni concordate (BIANCO, 554). La sentenza di divorzio è titolo per l'**iscrizione dell'ipoteca giudiziale** e per l'esercizio dell'azione diretta esecutiva di cui all'art. 8, 4° co., **L. divorzio** (TOMMASEO, *La disciplina*, 431).

[19200] ✍ Una decisione di legittimità, peraltro non recentissima, ha statuito che la pronuncia della Corte d'appello, resa in esito al reclamo proposto contro il provvedimento camerale del tribunale sulla domanda congiunta di divorzio, è impugnabile con **ricorso per cassazione**, ai sensi dell'art. 360 c.p.c. (C., Sez. I, 14.10.1995, n. 10763, in *FD*, 1996, 135, con nota di TOMMASEO; in *NGCC*, 1996, I, 512, con nota di CIPRIANI).

### **31. La disciplina prima della riforma: rinvio**

[20010] Per l'analisi degli aspetti dottrinali e giurisprudenziali della disciplina processuale del divorzio **antecedenti la riforma** operata dal D.L. 14.3.2005, n. 35, si rinvia alla consultazione del commento alla **normativa previgente**.