

1. Fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione personale dei coniugi si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'articolo 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'articolo 8 della presente legge.

2. I giudizi di separazione personale e di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio pendenti, in ogni stato e grado, alla data di entrata in vigore della presente legge saranno definiti secondo le disposizioni processuali anteriormente vigenti.

3. L'impugnazione delle sentenze di separazione personale e di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio pubblicate prima dell'entrata in vigore della presente legge resta regolata dalla legge anteriore.

**SOMMARIO:** I. La riforma dei processi di separazione e divorzio e il problema della sopravvivenza dell'art. 23, l. n. 74 del 1987.

### **I. La riforma dei processi di separazione e divorzio e il problema della sopravvivenza dell'art. 23, l. n. 74 del 1987. 1**

La disciplina del giudizio di separazione, contenuta negli articoli 706-710 del codice di rito, è stata profondamente novellata da una serie di provvedimenti legislativi: innanzitutto il d.l. 14-3-2005, n. 35, convertito, con ampie integrazioni e modificazioni, dalla l. 14-5-2005, n. 80, poi la l. 28-12-2005, n. 263, e, infine, la l. 8-2-2006, n. 54. 2 Poiché questi importanti interventi legislativi hanno «rivitalizzato» le disposizioni codicistiche poc'anzi evocate, sin dall'entrata in vigore della nuova disciplina, i primi commentatori si sono posti la questione se **l'art. 23 sia ancora vigente** o se sia da considerarsi **tacitamente abrogato**. 3 In altre parole, la dottrina si è chiesta se la disciplina di cui all'art. 4 l. div. possa essere ancora utilizzata in funzione integrativa rispetto a quella prevista per la separazione. 4 Prima di rispondere a tale quesito, va ricordato che l'articolo in commento era stato introdotto dalla l. n. 74 del 1987 proprio con lo scopo di rovesciare la posizione di ancillarità alla quale era relegato il processo di divorzio rispetto a quello di separazione. In questo modo si conferiva al primo un'autonomia tale da attrarre a sé, seppure nei limiti del criterio di compatibilità, il processo di separazione (MASONI, *Documenti e giustizia* 97, 1683). Secondo la dottrina quasi unanime, inoltre, la riforma di fine anni '80 aveva determinato l'abrogazione per incompatibilità (secondo alcuni totale, secondo altri parziale) degli artt. 706-709 c.p.c. (TOMMASEO, *Comm. dir. it. fam.*, IV, 1, 565; SALVANESCHI - E.F. RICCI, *Fam. e d.* 00, 517ss., spec. 520; LUPOI, *R. trim.* 06, 957; BUCCI, in BUCCI - SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, 76) o, quanto meno, la modifica di tali norme codicistiche (MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*<sup>16</sup>, III, 79; *contra*, isolatamente, CARDACI, *D. fam.* 97, 235ss.). 5 È opportuno rammentare, inoltre, che, nonostante l'art. 23 richiami espressamente il solo art. 4 l. div., la migliore dottrina riteneva che anche le altre disposizioni processuali contenute nella legge sul divorzio fossero applicabili alla separazione, seppure in via analogica e previa verifica della loro compatibilità (TOMMASEO, in BONLINI - TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*<sup>2</sup>, *Comm. Schlesinger*, 1081ss.; per l'applicabilità diretta, sembrerebbe propendere, invece, A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, 715ss. *Contra*, CIPRIANI, *La nuova disciplina processuale*, in CIPRIANI - QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, 354ss.; M. FINOCCHIARO, *G. d.* 05, 22, 95, secondo cui le norme processuali divorzili diverse da quelle contenute all'art. 4, sarebbero state inapplicabili al giudizio di separazione). 6 Orbene, conclusa questa rapida premessa «storica», va precisato che la novella del 2005 non ha espressamente abrogato l'articolo in commento (il che, peraltro, lascia aperto il problema, come già accennato, di un'eventuale abrogazione tacita o implicita della norma) ma, da una parte ha riportato in vita la doppia disciplina dei processi di separazione e divorzio, dall'altra ne ha confermato la sostanziale omogeneità (CASABURRI, *G. mer.* 06, 6). Ancora, è importante notare che la questione della *tacita abrogazione* non è soltanto teorica, ma è di notevole interesse pratico. Infatti, l'art. 4 l. div. (novellato) prevede alcune regole che il legislatore non ha riprodotto nella nuova normativa della separazione. Si pensi, ad esempio: a) ai «gravi e comprovati motivi» quale esimente della mancata comparizione dei coniugi all'udienza presidenziale; b) all'audizione del minore ai fini dell'emanazione dei provvedimenti presidenziali (ma su tale norma e sulla sua possibile abrogazione per effetto del nuovo testo dell'art. 155 *sexies* c.c., vedi in sede di commento *infra*, sub art. 708 c.p.c.); c) al rimedio acceleratorio rappresentato dalla possibilità di pronunciare una sentenza non definitiva, solo sullo *status* delle parti (tale lacuna, peraltro, è stata colmata dall'art. 4 della l. n. 263 del 2005 che ha opportunamente integrato il disposto dell'art. 709 *bis* c.p.c.: nel caso in cui il processo debba continuare per la richiesta di addebito, per l'affidamento dei figli o per le questioni economiche, il Tribunale emette sentenza non definitiva relativa alla separazione); d) all'esecutorietà immediata dei provvedimenti; e) alla forma e alla struttura del giudizio d'appello, che negli artt. 706ss. c.p.c. non risulta, invece, disciplinata (C 08/6196, 07/17645); f) alla possibilità per il Presidente del tribunale di nominare un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace. Ad avviso di autorevole dottrina, la presenza di queste differenze fra i due processi è frutto di una svista dei *conditores* della novella, i quali hanno riscritto le norme in tema di separazione sulla base di «un chiaro disegno normativo, improntato alla perpetuazione di quella fondamentale identità strutturale tra i giudizi di divorzio e di separazione personale dei coniugi già realizzata in occasione della precedente legge di riforma del primo di quei giudizi (l. n. 74 del 1987)» [MONTANARI, *Cod. fam. min. sogg. deboli Basini - Bonlini - Confortini*, 2236]. 7

Illustrati così i termini della questione, è ora possibile riferire le tre soluzioni elaborate dalla dottrina al problema che ci si era posti all'inizio del paragrafo, ossia se l'articolo in commento sia da considerare tuttora in vigore, dopo le riforme dei processi di separazione e di divorzio attuate nell'ultimo scorcio della XIV legislatura. 8 La netta maggioranza degli studiosi è decisamente orientata **a favore della perdurante vigenza dell'art. 23, l. n. 74 del 1987**, con la conseguente applicabilità delle norme processuali divorzili in funzione integrativa della nuova disciplina (così, con varietà di argomenti, CEA, *R. d. civ.* 06, II, 107; CIPRIANI, *F. it.* 05, V, 144; DOSI, *D. giust.* 05, n. 24, 60; TOMMASEO, *Fam. e d.* 06, 7; LUPOI, *R. trim.* 06, 961; CARRATA, in AA.Vv., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, II, 1415; MARINO, *G. d.* 06, 246; DORONZO, in AA.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di CIPRIANI - MONTELEONE, 553; MASANTE, in AA.Vv., *Il nuovo rito civile*, II, *Il giudizio di cassazione e i provvedimenti speciali*, a cura di DEMARCHI, 193). Conforme gran parte della giurisprudenza di merito

(App. Napoli 8-10-2008, *Pluris*; Trib. Ariano Irpino 7-10-2008, *ivi*, Trib. Macerata 28-3-2008, *De Jure* ). 9 Questa opinione, peraltro, non è condivisa da **una minoranza della dottrina** che considera **abrogata la norma in epigrafe**, in quanto, per effetto della *rivitalizzazione* degli artt. 706ss. c.p.c., il processo di separazione sarebbe da ritenere ormai compiutamente regolato dalle norme codicistiche e, dunque l'art. 23, l. n. 74 del 1987 avrebbe esaurito la propria funzione di norma transitoria (M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 91; GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul cd. affidamento condiviso dei figli*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ID., *R. trim.* 05, 1114; RUFFINI, *D. fam.* 06, 1272, NAVARRINI, *D. fam.* 05, 317, dubitativamente; BUCCI, *op. cit.*, 76). Questa soluzione è stata accolta da una pronuncia di merito (Trib. Nola 26-3-1997, *Fam. e d.* 97, 455, nt. critica di CARRATTA) secondo cui, sin dall'entrata in vigore della l. n. 353 del 1990, che sostanzialmente introduce un nuovo testo del codice di rito, si è determinata l'estinzione dell'art. 23, l. div. 10 Esiste, infine, una soluzione intermedia, suggerita da taluni commentatori, che ritiene implicitamente abrogato l'art. 23, ma, nel contempo, invita a colmare le lacune del processo di separazione, **applicando, per analogia, le norme divorzili** (VULLO, *Comm. Consolo*<sup>6</sup>, IV, 512; LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 5; DANOVI, *R. d. proc.* 05, 857ss. e spec. 858; ID., *Il processo di separazione e divorzio*, *Tr. CM*, 29ss.; ID., *Il procedimento di separazione e di divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, 147ss.). Tale teoria è da ritenere preferibile, perché solo l'applicazione analogica delle norme non riprodotte nella nuova disciplina di cui agli artt. 706-709 *bis* c.p.c., permette di annullare quelle inspiegabili differenze (probabilmente incostituzionali) che – come già accennato – esistono tra alcuni aspetti della disciplina processuale della separazione e di quella del divorzio, differenze che non sembrano frutto di una scelta consapevole, bensì della mera *disattenzione* del legislatore.