

Nuove disposizioni in materia di separazione e scioglimento del matrimonio
Articolo di Diego Geraci 15.07.2005

Nuove disposizioni in materia di separazione e scioglimento del matrimonio*

Avv. Diego Geraci

Mi limiterò a concentrare la mia disamina sugli elementi di novità tralasciando aspetti la cui opportuna rivisitazione o quantomeno riconsiderazione potevano suggerire un riflessione.

La miniriforma, a mio sommo avviso, in relazione agli argomenti a me affidati presenta più ombre che luci ed appare deludente, timida, incoerente e persino preoccupante sotto uno specifico riflesso.

Apparentemente le disposizioni dei due istituti - separazione e divorzio -risulterebbero armonizzate, in realtà si è perduta una ulteriore occasione per dare omogeneità ad una materia che nel tempo è stata affrontata con soluzioni tampone, a volte estemporanee, rincorrendo con fatica e superficialità una giurisprudenza, che di contro è stata sempre attenta al mutare della realtà sociale e che ha vissuto con insofferente sofferenza una legislazione confusa e disarticolata..

Noi ben conosciamo che il codice processuale di rito prevede uno specifico titolo (il secondo del libro quarto) in relazione ai procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone.

L'istituto dei casi di scioglimento del matrimonio non è stato mai inserito in questo contesto, si è preferito percorrere la strada della legge speciale e ciò per una scelta culturale ab initio di rifiuto ritenendolo sostanzialmente estraneo ai principi costituzionali che vigilano e regolano la famiglia. La ricerca di una logica e di una concretezza di strutturazione sistematica, la palese opportunità di una armonizzazione complessiva di tutte le vicende collegate alla crisi temporanea o definitiva della coppia coniugale, avrebbero imposto la mera rivisitazione dell'art. 706 cpc, allargando allo scioglimento del matrimonio la copertura codicistica; ebbene il legislatore con una scelta non condivisa, più volte censurata dal giudice di legittimità, ha intrapreso la strada opposta estendendo l'applicabilità della legge speciale (L. 898/70) alle norme processuali codicistiche in materia di separazione.

Invero l'art. 23 L. 74/87 recita: "Fino alla entrata del nuovo c.p.c. ai giudizi di separazione personale si applicano le disposizioni dell'art. 4 L. 898/70".

E' di tutta evidenza che la novella di cui discutiamo non è la riforma del codice di procedura civile e per il taglio e per la modestia degli interventi.

Si è preferito ancora una volta privilegiare la uniformità lessicale nella disarticolazione piuttosto che la unitarietà nelle differenze peculiari; una forma di incoerente parallelismo giuridico, un viaggio normativo nell'arco di oltre un trentennio a singhiozzo.

Essendo stato rimodulato il procedimento relativo alla separazione e sostituito l'art. 4 L. 898/70, in base all'art. 15 delle preleggi ci troviamo sostanzialmente ad avere due istituti autonomi, anche sovrapponibili, mai coesi.

1) uno incardinato nella sistematicità del codice civile in relazione alle norme sostanziali e del c.p.c. in quelle processuali (la separazione);

2) il secondo: il divorzio che rimane un corpo estraneo alla materia della famiglia ed è regolato da legge speciale: un notevole arretramento, un ritorno agli anni '70, una separatezza in controtendenza rispetto alle recentissime acquisizioni giurisprudenziali.

Questa scelta opinabile nasce ancora una volta dalla difficoltà ad accettare anche da parte della dottrina più ancorata a schemi di riserva dell'impianto del codice del 1942 come la evoluzione della nostra società da tempo ci abbia imposto di considerare il diritto di famiglia nella sua unicità di rappresentazione di interessi tutelati in una visione organica. E' inaccettabile relegare il divorzio a mero strumento avulso dall'impianto di ratifica della cessazione del vincolo familiare, sostanzialmente un rimedio estremo ad una patologia terminale della crisi del nucleo familiare, e non, invece, un istituto complesso di gestione di rapporti che perdurano dopo il provvedimento giudiziale, nella ottica ormai maturata nelle coscienze civili di una famiglia diversa che necessita di regole chiare anche successivamente all'atto della limitata dissoluzione del vincolo coniugale, che non esaurisce le problematiche che perdurano, come quelle inerenti all'affidamento condiviso o non dei figli o all'assegno di mantenimento.

Competenza per territorio

Il testo modificato dell'art. 706 cpc non è certo una brillante intuizione del nostro legislatore, ma nasce dalla necessità di uniformare la legislazione alla L. 218/95 sul diritto internazionale privato e parzialmente al Regolamento 2001/03 (Bruxelles II) del Consiglio della Unione Europea

Esso evidenzia una modestissima opera di taglia e incolla (utilizzando la terminologia informatica) su un datato regolamento 1347/2000 del Consiglio della Unione Europea che all'art. 2 individua in materia di separazione, divorzio e annullamento il foro competente nella ultima residenza "abituale e comune dei coniugi", prefigurando le soluzioni sussidiarie con la stessa riproduzione testuale adottata dalla novella.

Questa disposizione appare relativamente alla separazione accettabile e logica e pone sostanzialmente un rimedio definitivo alla dibattutissima problematica della rilevanza della effettiva corrispondenza tra residenza anagrafica e residenza effettiva ai sensi dell'art. 44 c.c. e dell'art. 31 disp. att. c.c. e dell'incardinamento della competenza al momento del deposito del ricorso o della sua notifica (Cass. 22/7/95 n. 8049).

La novella non può ritenersi parimenti coerente rispetto alla domanda di divorzio e la sua assimilazione pedissequa al testo comunitario appare illogica e fuorviante.

L'ultima residenza comune dei coniugi, che in sede di separazione esprime una valenza di individuazione del luogo in cui temporalmente la famiglia aveva coscientemente posto il centro dei propri rapporti interpersonali e dei propri interessi, appare incomprensibile come cristallizzazione del foro territorialmente competente anche alla luce della inequivoca considerazione della sua inderogabilità in sede di divorzio data l'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero e l'attinenza del giudizio ad una questione di stato delle persone.

Invero dopo lunghi anni dalla instaurazione della domanda di separazione e spesso dopo una lunga ed onerosa attività giudiziaria (secondo l'ultimo rilievo ISTAT dalla crisi coniugale alla sentenza definitiva di divorzio intercorre un tempo medio non inferiore ad anni sette), l'ultima residenza dei coniugi spesso non è più il centro dei loro interessi o quantomeno di uno di essi e di fatto le parti più volte si troveranno costrette ad adire un giudice territorialmente e fisiologicamente estraneo alle realtà in cui vivono ed operano, spesso lontano spazialmente dalle stesse, con inevitabili aumenti di costi processuali e conseguente limitazione nella rappresentazione dei diritti o degli interessi, che intendono perseguire.

Ci hanno sempre insegnato nelle aule universitarie che il radicamento della competenza territoriale non è altro che l'equazione spaziale tra il cittadino ed il giudice naturale.

La norma modificata persino appare punitiva in materia di separazione consensuale prevista dall'art. 158 cc, la quale richiama all'art. 711 cpc in assenza di specifica disposizione sulla competenza territoriale l'art 706 cpc, creando una illogica discrasia con il divorzio congiunto, che conserva la concorde possibilità, non più ipotizzabile per la separazione, in capo ai coniugi di scegliere il Tribunale di residenza di uno di essi.

Ciò rappresenta un ulteriore episodio di una legislazione non totalmente riflessiva e soprattutto esempio sintomatico dei guasti di una legislazione nazionale ondivaga che si appiattisce acriticamente sulla disposizione comunitaria o se ne discosta ignorandola.

Non sfugge che l'ultima residenza comune dei coniugi è stata focalizzata in sede comunitaria alla luce di normative nazionali di concezione attuativa e modello culturale dove l'acclaramento della cessazione del vincolo prevede percorrenze processuali ridotte o non ipotizzi la copresenza degli istituti della separazione e del divorzio in progressione ineludibile. Basti osservare la recentissima riforma operata in Spagna che in assenza di figli ipotizza appena 90 giorni di intervallo tra il deposito del ricorso ed il provvedimento giudiziale.

Con questo non voglio esprimere condivisione ad una scelta politica sociale che di fatto limita il carattere statale del controllo giurisdizionale, ma in questo caso la sentenza pronunciata nei confronti di un cittadino italiano dovrebbe essere eseguita serenamente proprio in forza del Regolamento comunitario sopra richiamato in palese difformità di trattamento.

Non si è colta altresì l'occasione per armonizzare anche tutti gli aspetti non secondari (effetti certamente non collaterali) di questi due istituti che vanno colti nella modifica delle condizioni della separazione che continuano ad essere regolati dagli artt. 18-20 c.p.c, rispettivamente in ordine alle sole disposizioni relative ai rapporti con i figli e alle questioni economiche che riguarda il luogo in cui l'obbligazione è sorta o deve eseguirsi.

Ebbene un dedalo infinito di competenze in totale antitesi alla Convenzione comunitaria di indirizzo in materia matrimoniale del 28/5/98, tuttora vigente, che raccomandava agli Stati membri l'individuazione di competenze univoche per tutti i procedimenti civili relativi al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio e a quelli agli stessi connessi

Ricorso introduttivo

La forma della domanda è sostanzialmente comune sia in sede di separazione che di divorzio con l'unica differenza, a seguito della novella, diversamente dal passato, che il ricorso in sede di separazione deve contenere esclusivamente in via minimale l'esposizione dei fatti sui quali la domanda si fonda, mentre in caso di divorzio il ricorso deve altresì essere integrato dagli elementi in diritto sui quali la domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili trae fondamento.

La distinzione non è certo un lapsus terminologico ma la rappresentazione corretta di una diversità di prospettazioni delle due domande. E' certamente di comune conoscenza giuridica che la separazione può articolarsi nella intollerabilità della convivenza o nel pregiudizio della prole, nella declaratoria di addebito o nella consensualità della volontà di procedere alla separazione.

In sede di divorzio la molteplicità delle ipotesi (ad es. infermità di mente, erronea attribuzione di sesso, mancata consumazione del matrimonio, separazione) impongono la individuazione degli elementi in

diritto nel pieno e doveroso rispetto della ritualità della vocatio in ius ai sensi dell'art. 24 della Carta Costituzionale e dell'art 101 cpc (principio del contraddittorio).

Mi soffermerei brevemente sulla estensione anche alla separazione dell'obbligo di allegare le ultime dichiarazioni dei redditi, precisando che la novella non ha modificato la esclusione alla stessa dell'art. 5 comma 9 L. 898/70 soprattutto nella parte che suscita un notevole e non infondato allarme nelle parti processuali e che prescrive che in caso di contestazioni il Tribunale possa disporre indagini sui redditi e sul tenore di vita valendosi anche della polizia giudiziaria.

Il terzo comma dell'art. 706 cpc sembrerebbe dettare tempi contingentati nella esitazione processuale.

I dubbi permangono forti e nascenti da una esperienza consolidata .

La accelerazione processuale che la peculiarità della materia meriterebbe non si è mai realizzata nei termini processuali ordinatori o meglio canzonatori, basta osservare senza alcuna vis polemica la fine della splendida intenzione contenuta nel processo del lavoro all'art. 415, 3° comma, che ipotizza, solo nel mondo dei sogni, un intervallo temporale non superiore a giorni sessanta tra il deposito del ricorso e l'udienza di discussione; per non parlare dell'art. 81 disp. att. cpc, di cui pochi ricordano l'esistenza, che vietava (usiamo l'imperfetto) un lasso di tempo tra le udienze superiore a giorni quindici, salvi comprovati motivi, da relazionare in un atto.

Altro aspetto della novella che suscita notevole perplessità è la cancellazione dal testo normativo della facoltà del Presidente del Tribunale di poter audire i figli minori in sede di separazione, qualora lo ritenga necessario anche in considerazione della loro età.

Non si può esprimere condivisione alla argomentazione del Finocchiaro sulla irrilevanza di tale ablazione nascente dal fatto che il Presidente del Tribunale rarissimamente abbia fatto uso di questo potere discrezionale; ciò non fa venir meno la stranezza di una legislazione che non si muove nella ottica del salto di qualità della visione della tutela del minore da protezione di un suo interesse all'acclaramento di un diritto pieno ed incondizionato (art. 1 Convenzione di Strasburgo), principio irrinunciabile in uno al giusto processo spesso rifiutato aprioristicamente e pervicacemente da una parte considerevole della giurisdizione minorile.

La stranezza di tale determinazione si evince ictu oculi dalla circostanza testuale che nello stesso Regolamento (Bruxelles 2) comunitario agli artt. 4, 5 e segg. dispone in applicazione della Convenzioni sui Diritti del Minore l'obbligo, non l'opportunità che il minore nelle tematiche matrimoniali che attengono alla sua persona non solo venga ascoltato, ma che sia assistito e rappresentato nel giudizio come portatore di diritti autonomi, prefigurando l'intervento di un curatore e di un difensore, essendo spesso in conflitto di interessi con i propri genitori

Non accompagnerei la mia voce a quelle di giubilo di parte dell'avvocatura specializzata nella previsione, in riferimento alla udienza di comparizione personale delle parti, dell'assistenza di un difensore.

Non si tratta di alcuna modifica epocale in applicazione dell'art. 24 della Costituzione; è certamente dato positivo acclarare l'approdo normativo, che nella originaria formulazione vietava la assistenza del difensore. Certamente la sentenza 30/6/71 n. 151 aveva quasi immediatamente dichiarato incostituzionale la disposizione soprarichiamata nella parte in cui inibiva la presenza del difensore all'esito negativo del tentativo di conciliazione.

Sul piano fattuale, al di là della questione di principio, nulla muta.

Come nel passato il Presidente procede preliminarmente all'ascolto delle parti al fine di esperire il rituale tentativo di conciliazione e all'esito negativo concede la parola ai rispettivi difensori, se presenti.

L'assistenza del difensore, così come codificata, non è richiesta a pena di nullità, nel senso che possa in alcun caso ipotizzarsi l'esclusione del coniuge dall'udienza, perché privo del supporto tecnico dell'avvocato.

Il fallimento conclamato della udienza presidenziale che si è trasformata di fatto in una tediosa ed invasiva (per i coniugi) rappresentazione rituale ed improduttiva di effetti giuridici, a volte mortificante per tutti gli operatori del diritto persino nella gestione logistica, come denunciato più volte dal Consiglio dell'Ordine cui ho il privilegio di appartenere, in riferimento al tentativo di conciliazione.

Tale situazione poteva suggerire, come proposto dalla A.I.A.F., una presenza a pieno titolo del difensore sin dai primi adempimenti presidenziali, così da consentire un visione nuova della conciliazione, più aderente alla specificità della materia, il superamento di ogni ostacolo alla regolare e piena instaurazione del contraddittorio e alla corretta e completa prospettazione delle ragioni delle parti e soprattutto alla migliore e più approfondita cognizione del Presidente della realtà giuridica sostanziale, al fine di individuare un percorso conciliativo o soprattutto di gestione condivisa della separazione che non può esaurirsi nella inutilità della ratifica di un venir meno delle ragioni della comunione degli affetti e degli interessi.

Oggi ci limitiamo come avvocati, diciamolo con estrema pacatezza e pari fermezza, ad assistere ad un lampo processuale, innanzi ad un giudice demotivato costretto a svolgere un atto in cui lo stesso non crede.

Rito e preclusioni

La scelta del legislatore è stata quella di cristallizzare l'inizio della fase contenziosa con l'udienza innanzi al giudice istruttore anche ai fini della proposizione della domanda riconvenzionale.

In realtà il legislatore si è limitato a cogliere la necessità di porre fine ad una forte querelle giurisprudenziale che in massima parte aveva individuato con chiarezza (Cass. 10/03/2004 n. 4903) la inapplicabilità alla fase presidenziale dell'origine contenziosa dei procedimenti di separazione e scioglimento del matrimonio, spostando alla udienza innanzi al Giudice Istruttore il riferimento dei termini per la costituzione del coniuge convenuto e quello di decadenza delle domande riconvenzionali. La sentenza sopracitata si muove dalla concorde valutazione del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma di collegare, data l'autonomia del rito, l'inizio della fase contenziosa sin dalla udienza presidenziale rigettando la domanda riconvenzionale (assegno di mantenimento) proposta dalla moglie solo innanzi al Giudice Istruttore.

Ciò si ricava inequivocabilmente nel nuovo art. 709 bis del cpc cui corrisponde il comma 11 del novellato art. 4 L. 898/70, che testualmente recita "innanzi al giudice istruttore si applicano le disposizioni degli artt 180, 183, 184 cpc".

Infine l'ultimo comma dell'art. 709 ha cancellato l'ultimo comma dell'art. 708 nel testo oggi vigente che prevede la possibilità per il G.I. di emendare il provvedimento presidenziale solo in presenza di mutamento delle circostanze.

In realtà il concetto di mutamento delle circostanze dalla giurisprudenza più attenta già oggi viene letto come più "approfondita esplorazione delle circostanze in fatto ed in diritto", principio esegetico non autoctono del diritto di famiglia ma di derivazione analogica dell'art. 669 decies cpc in materia di revoca e modifica dei procedimenti cautelari.

* testo della conferenza organizzata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, tenuta il 4 luglio 2005

(da www.altalex.it)