

Costituzione in giudizio del contenuto nel giudizio di divorzio dopo la riforma del '90

*Ciro Falanga**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il giudizio di divorzio come giudizio unico articolato in due distinte fasi - la giurisprudenza *ante* riforma '90. – 3. La tempestività della costituzione del convenuto e la riforma del '90 - l'orientamento rigido. – 4. *Segue*: critica all'orientamento rigido. – 5. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Il giudizio di divorzio non è disciplinato dal codice di procedura civile ma, come è noto, da una legge speciale la L. 1° dicembre 1970, n. 898 successivamente modificata dalla L. 6 marzo 1987.

Tale disciplina si caratterizza per la presenza di due distinte forme procedurali, una su domanda unilaterale (art. 4, commi 5 a 11), e un'altra su domanda “congiunta” (art. 4, comma 13).

Con riferimento al primo tipo di procedimento, le modifiche apportate dalla L. n. 74 del 1987 avevano acuito il problema, non solo teorico, del carattere unico o bifasico del procedimento, problema al quale era collegato quello ben più pratico della determinazione del momento in cui, da un lato, l'attore propone la domanda e si costituisce, e, dall'altro, del termine entro cui deve avvenire la costituzione del convenuto per essere considerata tempestiva. Questioni che, oggi, in seguito alla riforma del codice di rito e al sistema di preclusioni da esso previsto, ad esempio

* Avvocato.

in tema di domanda riconvenzionale, hanno assunto un valore ancora maggiore e pongono in modo pressante il problema di coordinamento tra le due discipline.

2. IL GIUDIZIO DI DIVORZIO COME GIUDIZIO UNICO ARTICOLATO IN DUE DISTINTE FASI – LA GIURISPRUDENZA ANTE RIFORMA '90

La tesi del carattere unico del giudizio “contenzioso” di divorzio – secondo la quale il ricorrente si costituisce con il deposito in cancelleria del ricorso contenente la domanda senza che sia necessaria, dopo l’udienza presidenziale, una nuova costituzione in giudizio anche davanti all’istruttore – aveva trovato importanti argomenti letterali proprio nelle modifiche apportate dall’art. 8 della L. n. 74 del 1987 all’art. 4 della L. n. 898 del 1970.

Il comma 2 che non consentiva più all’attore di limitarsi alla sommaria esposizione dei fatti, ma gli imponeva di indicare precisamente i fatti medesimi e gli elementi di diritto su cui si fonda la domanda con le relative conclusioni (lett. *d*), nonché di articolare i mezzi di prova (lett. *e*), avvicinava anche nel contenuto il ricorso introduttivo del giudizio di divorzio a quello di cui all’art. 414 c.p.c. con il quale si propone la domanda nel processo del lavoro.

I commi 4 e 5 che, al fine di dare al convenuto un congruo tempo per predisporre le proprie difese già in sede di udienza Presidenziale, fissavano l’obbligo del rispetto dei termini a comparire di cui all’art. 163 *bis* c.p.c. ridotti alla metà, ponevano un punto fermo alla discrezionalità del Presidente del Tribunale nel fissare l’udienza di comparizione e il termine per la notifica del ricorso e del decreto (peraltro, già la Corte costituzionale aveva limitato tale discrezionalità imponendo che al convenuto fosse comunque concesso di partecipare all’udienza fissata).

Con l’abrogazione dell’obbligo per l’attore – contenuto nel comma 7 del vecchio testo del citato art. 4 – di notificare al convenuto non comparso l’ordinanza presidenziale con la quale veniva designato l’istruttore e fissata l’udienza innanzi allo stesso, non era più possibile attribuire a tale ordinanza una funzione di vera e propria *vocatio in ius* e, conseguentemente, individuare nella notificazione della stessa il momento della instaurazione del contraddittorio delle parti.

A tale impostazione aveva sostanzialmente finito per aderire anche la

Cassazione, la quale, temperando l'orientamento di alcuni giudici di merito, aveva in un primo tempo precisato – in tema di separazione – che il procedimento è unico – seppure distinto in due fasi, delle quali anche quella presidenziale ha carattere contenzioso (Cass. 24 giugno 1989, n. 3095 in *Foro it. Rep.*, 1989, voce *Separazione di coniugi*, n. 35) – e, successivamente, sulla base dei medesimi principi, aveva ribadito che la costituzione dell'attore si perfeziona già al momento e per l'effetto del deposito del ricorso introduttivo, così che nel procedimento per separazione personale e di divorzio si configura del tutto inutile la costituzione dell'attore ai sensi dell'art. 165 c.p.c. innanzi al giudice istruttore (Cass. 8 settembre 1992, n. 10291, *Id.*, 1993, I, p. 116).

3. LA TEMPESTIVITÀ DELLA COSTITUZIONE DEL CONVENUTO E LA RIFORMA DEL '90 – L'ORIENTAMENTO RIGIDO

Tale orientamento della S.C. lasciava però aperto il problema del termine per la costituzione del convenuto e per la proposizione di eventuali domande riconvenzionali.

Invero, non può omettersi che la giurisprudenza in alcune pronunce antecedenti la riforma del '90 aveva ritenuto che nel procedimento di divorzio la costituzione del convenuto poteva dirsi tempestiva solo se effettuata all'udienza presidenziale, con la conseguenza che dovessero considerarsi tardive e inammissibili le domande proposte dopo tale termine (Trib. Milano 27 settembre 1993, in *Famiglia e dir.*, 1995, p. 139; letta a contrario, in tal senso anche Cass. 1° giugno 1989, n. 2658, in *Arch. civ.*, 1989, p. 1188, la quale, in un giudizio di separazione personale, espressamente riteneva che il termine *de quo* andasse collegato alla prima udienza innanzi all'istruttore solo in quanto alla controversia non poteva applicarsi l'art. 23, comma 2, della L. n. 74 del 1987).

Il problema si è, in ogni caso, accentuato in seguito alla riforma del '90, dovendosi coordinare il disposto dell'art. 4 della citata L. n. 898 del 1970, con un sistema che anticipa la tempestiva costituzione del convenuto ad un momento anteriore rispetto all'udienza di prima comparizione.

Sul punto si sono formati due orientamenti di fondo, i quali, a loro volta, hanno dato luogo a distinte prassi applicative.

Secondo una prima ricostruzione, che accentua il carattere unitario

del giudizio di divorzio, l'udienza presidenziale andrebbe equiparata con quella di cui all'art. 180, c.p.c., pertanto il convenuto deve costituirsi nei 10 gg. (e non 20 gg., stante l'abbreviazione *ex lege* alla metà dei termini minimi a comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c.) prima dell'udienza medesima.

In ossequio a tale ricostruzione alcuni Tribunali, poi, hanno ritenuto che lo stesso Presidente, nel decreto di fissazione della comparizione delle parti innanzi a sé, debba invitare il convenuto a costituirsi in tale termine, con l'avvertimento che la costituzione oltre il suddetto termine implica le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.

4. *SEGUE*: CRITICA ALL'ORIENTAMENTO RIGIDO

L'esposto orientamento è stato però severamente criticato da una parte della dottrina che ha fatto rilevare come:

a) allo stato attuale, il diritto positivo non contempra la costituzione del convenuto prima dell'udienza presidenziale, né le relative decadenze (MANDRIOLI, *Corso di dir. proc. civ.*, III, 1995, p. 238);

b) la nuova disciplina non può aver tolto alla fase presidenziale quella autonomia strutturale e quella specifica funzione che la distingue rispetto a quella propria dell'udienza innanzi all'istruttore (Mandrioli).

Invero, le finalità della udienza presidenziale sono indubbiamente rimaste quelle tradizionali, e, vale a dire, la necessità di un tentativo di conciliazione particolare rispetto a quello ordinario, perché, da un lato, riferito allo specifico rapporto tra i coniugi nel quale gli aspetti morali e umani prevalgono su quelli giuridici, e, dall'altro, avente la funzione di regolare il trattamento economico tra le parti e l'affidamento dei figli per il tempo necessario alla conclusione della causa.

Proprio alla stregua di tali rilievi si è formato un secondo orientamento, secondo il quale il termine per la tempestiva costituzione del convenuto va computato non dall'udienza presidenziale, ma dalla prima udienza di trattazione fissata dal Presidente del Tribunale innanzi al giudice istruttore.

Detta ricostruzione ha dato, peraltro, luogo, ad esiti applicativi difformi.

Alcuni Tribunali, anticipando il possibile esito negativo del tentativo

di conciliazione, hanno previsto che già nel decreto di fissazione dell'udienza presidenziale, con riferimento alla successiva udienza dinanzi all'istruttore, venga fissato il termine al ricorrente per integrare la propria domanda e al convenuto per costituirsi.

Altri Uffici giudiziari hanno, invece, preferito applicare analogicamente il combinato disposto degli artt. 667 e 427 c.p.c., attribuendo al Presidente accanto al potere di nominare l'istruttore e di fissare l'udienza di comparizione davanti a questi, quello di disporre il cambiamento di rito e i termini perentori entro i quali le parti devono provvedere alla integrazione degli atti introduttivi (cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, 1996, pp. 848-849).

5. CONCLUSIONI

A mio sommo avviso va senza dubbio condivisa l'impostazione che all'interno dell'unico procedimento di divorzio distingue due fasi affatto diverse e collega la tempestività della costituzione del convenuto alla successiva fase istruttoria.

A tal proposito si sottolinea, in primo luogo, che l'udienza presidenziale, oltre che per i motivi esposti *sub* 4), non è in alcun modo comparabile con l'udienza di cui all'art. 180 c.p.c., in quanto qualsiasi controllo sulla regolare costituzione delle parti, proprio della fase istruttoria, pena un'insanabile contraddizione, deve ritenersi demandato al G.I. In secondo luogo, l'art. 4 della L. n. 898 del 1970 al comma 7 nello stabilire che se il coniuge istante dichiara di non voler proseguire nella domanda, il Presidente fa – in ogni caso – redigere processo verbale della dichiarazione della rinuncia all'azione, con conseguente estinzione del giudizio, induce a ritenere che il legislatore non abbia affatto considerato la possibilità di una già avvenuta costituzione del convenuto, in quanto, in caso contrario, avrebbe, *ex art.* 306 c.p.c., subordinata l'estinzione all'accettazione della rinuncia da parte del convenuto costituito.

Per contro, non pochi dubbi di legittimità destano gli orientamenti alla stregua dei quali nel decreto presidenziale che fissa l'udienza di comparizione ovvero nella ordinanza resa all'esito dell'udienza medesima, è contenuto un termine perentorio per la costituzione del convenuto e l'avvertimento delle relative decadenze.

Invero, come sottolineato in dottrina (Mandrioli), la fissazione di un

termine perentorio entro cui deve avvenire la costituzione del convenuto da parte del Presidente del Tribunale viola la norma generale di cui all'art. 152 c.p.c., secondo il quale il giudice non può fissare termini perentori se questi non sono espressamente previsti dalla legge.

Inoltre, se con la previsione del termine per la costituzione del convenuto, il giudice si sostituisce illegittimamente al legislatore che non ha regolato il delicato passaggio dalla fase sommaria a quella di cognizione ordinaria; per quanto attiene all'avvertimento delle decadenze, il giudice finisce con il sostituirsi alla parte, la quale, a ben vedere, nell'ipotesi di una eventuale omissione del giudice – non sanata dalla costituzione del convenuto – rischierebbe di veder ingiustamente e senza colpa paralizzata – sia pur temporaneamente – la sua azione.

Più corretto appare che il Presidente del Tribunale si limiti a fissare la comparizione delle parti con la indicazione della data della notifica nel rispetto dei termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti alla metà e che l'ordinanza, all'esito del fallimento del tentativo di conciliazione, designi esclusivamente il G.I. e fissa la data dell'udienza innanzi a questi.

Sarà eventualmente onere dell'attore invitare il convenuto a costituirsi venti giorni prima di tale udienza dinanzi all'istruttore, senza però, in ogni caso, ritenere che tale omissione faccia conseguire la nullità dell'atto.

Ogni diversa soluzione resta un mero adattamento che farebbe venir meno la necessaria sollecitazione al Legislatore ad intervenire regolando più puntualmente la materia.

Per concludere mi sembra opportuno precisare che ho volutamente tralasciato l'esame del procedimento di separazione, in quanto non riesco a ritenere che la estensibilità voluta dal riformato art. 23 della L. n. 898 del 1970 possa operare quando la regola che si vorrebbe applicare contrasta con la norma codicistica.

Vale a dire che, a mio parere, la disciplina del procedimento per separazione personale dei coniugi resta regolata dalle vigenti norme del codice di procedura civile.