

L'ESIGENZA DI RIFORMA DEI PROCEDIMENTI DI FAMIGLIA: UN PROCEDIMENTO CON RITO UNICO, SNELLO E VELOCE



Giulia Sarnari

Avvocato del Foro di Roma e membro del Direttivo AIAF Lazio

L'AIAF, dal momento della sua costituzione nel 1993, ha sollevato il problema della necessità che il giudizio di separazione e di divorzio avesse una nuova formulazione normativa, dato che le diverse riforme del codice di procedura civile che si erano succedute sino a quel momento non lo avevano mai intaccato e il processo familiare delineato dal legislatore del '42 si era, di fatto, frammentato in tante prassi processuali differenti, tante quasi quanto le sedi giudiziarie esistenti sul territorio.

Nel 2005 il legislatore, andando a ritoccare il diritto processuale civile, si è posto anche il problema della revisione del rito familiare e con la legge 14 maggio 2005, n. 80, lo ha modificato pesantemente, intervenendo poi ulteriormente anche con la successiva legge 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affidamento condiviso.

Tali interventi, tuttavia, lungi dall'aver delineato un processo familiare snello e veloce, un sistema processuale familiare moderno, hanno soltanto rafforzato l'esistente normativo, peraltro, ingarbugliandolo. Dopo quattro anni dall'entrata in vigore di queste due leggi, ideate senza alcun raccordo tra loro e pensate come corpi normativi a sé stanti che casualmente si sovrappongono, si può affermare senza mezzi termini che tale riforma è fallita e che il procedimento familiare, oltre a presentare – oggi più di ieri –, confini lacunosi e incerti, incongruenze gravi e grossolane così insanabili che nessun pregevole sforzo interpretativo è riuscito a risolvere, è uno strumento assolutamente inefficace ad attuare la giurisdizione nelle controversie familiari. Chiunque si è occupato di trovare soluzioni interpretative coerenti, ha finito sempre con il concludere che è assolutamente necessaria una riforma legislativa del processo familiare che intervenga in maniera ragionata e dedicata precipuamente alla questione della risoluzione del conflitto coniugale in sede giudiziaria.

Il legislatore del '42, senza voler analizzare la diversità di quel lontano contesto storico e socio-culturale, che è cosa ovvia, aveva affidato al presidente del Tribunale il compito di spendere la sua autorità per salvaguardare l'unità della famiglia, *in primis* riconciliare i coniugi e rimandarli a casa di nuovo uniti o, al più, separati consensualmente, con l'auspicio della riconciliazione, in un ordinamento che non conosceva il divorzio e nel quale le crisi familiari che si palesavano all'esterno delle mura domestiche erano poca cosa e nel quale non erano approntati sistemi e luoghi di gestione della crisi familiare diversi da quello giudiziario.

Qualora il presidente fosse fallito in questo suo primario compito di riconciliazione e conciliazione, allo stesso il legislatore del '42 aveva attribuito il potere di disciplinare la separazione con un'attività fortemente d'imperio, quasi censoria, immodificabile e con efficacia *ultra* attiva, in applicazione di un diritto sostanziale delle relazioni familiari ben diverso da quello attuale.

A ben vedere, il tratto caratteristico che definisce il processo familiare riformato dalla legge 80/2005 e dalla legge 54/2006, entrambe in vigore da marzo 2006, è proprio quello della salvaguardia di questa funzione conciliativa del presidente e, fallita quest'ultima, della salvaguardia del suo potere di gestione del conflitto coniugale, così come previsto dal legislatore del '42, attività

entrambe che si ritengono fortemente pregiudicate, laddove il sistema dovesse imporre alle parti di formalizzare, a pena di decadenze e di preclusioni, le loro posizioni processuali, sin dall'inizio del giudizio.

Le due leggi citate hanno rafforzato i poteri di ufficio del presidente, sia direttamente (si vedano gli artt. 155 *sexies* c.c. e 708 c.p.c.), sia attraverso lo svuotamento del potere di indirizzo del processo in capo alle parti, le quali non determinano il processo sin dall'inizio con i propri atti introduttivi del giudizio, ma lo subiscono; la legge 80/2005 ha disposto che non vi è alcun obbligo di costituzione per il convenuto in sede presidenziale e ha reso il ricorso introduttivo del giudizio, un atto incompiuto e fluido, che può essere integrato dalla successiva memoria integrativa, dato che si sta affermando il convincimento che l'atto introduttivo del giudizio è un atto a formazione progressiva che inizia con il ricorso, ma che si può perfezionare con la memoria integrativa, con la quale, ben potrebbe essere avanzata una domanda non avanzata con il ricorso, ad esempio, una domanda come quella di addebito o di assegno coniugale.

A nulla vale che il legislatore abbia anche disposto formalmente che, dinanzi al presidente, la parte deve sempre essere assistita dal difensore, perché il difensore è fortemente limitato dinanzi all'eccesso di potere d'ufficio del giudicante e laddove il processo vero inizia di fatto con gli adempimenti di cui all'art. 709 c.p.c.

E magra consolazione rappresenta il rimedio del reclamo *ex art.* 708 c.p.c. dinanzi alla Corte d'Appello, avverso il provvedimento presidenziale introdotto dalla legge 54/2006, laddove se è vero che questo è uno strumento che consente di rimettere le cose a posto dinanzi ad un eventuale scorretto esercizio del potere del presidente, è anche vero che questa fase processuale in Corte d'Appello espletata prima della memoria integrativa e della comparsa di costituzione di cui all'art. 709 c.p.c., si riversa sul procedimento di I grado, condizionandolo fortemente, prima ancora che le parti abbiano potuto farlo con gli atti introduttivi.

Oggi spesso accade di trovarsi alla prima udienza di comparizione dinanzi al g.i. con un'attività processuale molto densa alle spalle (ricorso e memoria presidenziale del convenuto, note difensive, qualora il presidente si riservi, reclamo e costituzione dinanzi alla Corte d'Appello, note difensive in sede di reclamo, attività istruttoria della fase presidenziale e attività istruttoria in sede di reclamo, memoria integrativa e comparsa di costituzione *ex art.* 709 c.p.c.) e invece processualmente il processo è appena all'inizio, il *thema decidendum* ancora può essere modificato con l'espletamento delle memorie *ex art.* 183 c.p.c. 6° comma n. 1, laddove da taluno viene ritenuta ammissibile la cosiddetta *reconventio reconventionis* a seguito della domanda che può avere avanzato il convenuto con la comparsa di costituzione a norma dell'art. 709 c.p.c.

Premettendo che occorre sempre tenere a mente, che nessun sistema processuale è celere e snello se non vi è possibilità di celere fissazione delle udienze e di celere assunzione dei provvedimenti, sia interinali che definitivi da parte degli uffici giudiziari, per individuare un sistema normativo processuale coerente con l'attesa di giustizia che le parti hanno in questo ambito e per affrontare radicalmente la *vexata quaestio* del processo familiare moderno, occorre, senza mezzi termini uscire dall'*impasse* in cui ci si ritrova se non si afferma con schiettezza che la fase presidenziale, così come pensata dal legislatore del '42, oggi non ha più ragion d'essere, perché esistono specifici luoghi e percorsi di risoluzione dei conflitti, diversi da quello giudiziario, sedi alternative al processo, sicuramente ancora perfettibili e che vanno ancora valorizzate, ma che sviscolano la rilevanza della fase riconciliativa e conciliativa, che in poche battute può svolgere il presidente del Tribunale, all'udienza presidenziale.

Il ripensamento del processo familiare deve prendere le mosse dalla presa d'atto che se i coniugi giungono dinanzi al Tribunale è perché altri sistemi di risoluzione del conflitto coniugale sono falliti o non vogliono essere perseguiti e che quindi questi soggetti hanno attesa di giustizia, pretendono cioè che l'ordinamento applichi la giurisdizione per la tutela dei loro diritti personali e patrimoniali, scaturiti dalla crisi familiare.

Senza altro il giudice, in forza della sua autorità giurisdizionale, deve effettuare ai coniugi, che a lui si rivolgono, l'invito a trovare una soluzione concordata e, in tal senso, deve adoperarsi a sollecitare la conciliazione della lite, sia all'inizio che nel corso del procedimento, illustrando ai coniugi,

come già debbono aver effettuato i loro difensori, che esistono anche altre modalità di soluzione del loro conflitto, più partecipate e negoziate, che non contrappongono le parti dinanzi ad un terzo giudicante; ben venga anche il contributo del giudice alla conciliazione, con la rappresentazione alle parti di quello che è l'ambito della giurisdizione nel loro specifico caso e che l'intervento della giurisdizione nel conflitto familiare deve essere l'ultima *ratio*, specialmente laddove vi è da disciplinare l'affidamento della prole, le cui sorti meglio sono determinate se le decisioni sono assunte e attuate dai genitori e non imposte ed eseguite dalla giurisdizione, ma ribadito ciò, deve essere chiaro che è assolutamente inadeguato continuare oggi a far ruotare il sistema processuale familiare intorno alla salvaguardia delle funzioni che il legislatore del '42 attribuì al presidente del Tribunale.

È necessario riconoscere, peraltro, che questo approccio ideologico che ha guidato anche la recente riforma, a maggior ragione con i temperamenti dovuti all'affermazione di quei principi di giurisdizione (come l'obbligatorietà dell'assistenza del difensore all'udienza presidenziale e la necessità del riconoscimento dell'impugnabilità del provvedimento provvisorio e urgente del presidente) che da tempo sono ritenuti unanimemente ineludibili, non può che creare un sistema processuale contorto e pieno di incongruenze, come è quello attuale.

Non bisogna, dunque, avere il timore di affermare che se la crisi familiare giunge in un'aula di giustizia, in un contesto ordinamentale che prevede forme di risoluzione del conflitto diverse da quello giudiziario, che giustizia sia, celere, snella, con meccanismi chiari, vera attività di giurisdizione, come ci si attende in un sistema di diritto che ne rivendica la necessità e non la demonizza, specialmente laddove questo sistema di diritto propone e riconosce ampi spazi a forme di autotutela e di tutela extragiudiziale.

Peraltro, sulla scorta dell'auspicabile istituzione del giudice specializzato del procedimento familiare e sulla presa d'atto che – specie nelle sedi giudiziarie dei grandi centri – da anni ormai non è certo il presidente del Tribunale a svolgere l'udienza presidenziale ma i giudici della sezione specializzata facenti funzioni di presidente, l'eliminazione della fase presidenziale non appare come una proposta di riforma così scioccante.

E se non ci si dimentica, come spesso avviene, che i diritti che nascono dai rapporti familiari a seguito della crisi della famiglia, sono diritti soggettivi pieni, viene da sé, naturalmente e consequenzialmente, affermare che il processo familiare deve essere un processo a cognizione piena, con amplissime garanzie giurisdizionali di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa nel quale la necessaria fase iniziale, volta a disciplinare l'urgenza che la disgregazione dell'unità familiare impone sia sotto il profilo dei rapporti personali che dei rapporti patrimoniali, deve senz'altro essere prevista, ma senza alcuna epurazione dalla giurisdizione, per l'effettiva applicazione al caso concreto delle norme del diritto sostanziale di famiglia, con contenzione massima dei poteri d'ufficio, laddove anche in materia di minori il legislatore ha da ultimo affermato che il giudice deve rispettare le scelte dei genitori.

In tal senso, il giudice specializzato dovrà essere adito con un atto introduttivo completo a norma dell'art. 163 c.p.c., contenente tutte le domande che il giudice familiare deve esaminare (e sarebbe auspicabile che si ampliassero le sue competenze e l'ambito della giurisdizione del giudice della famiglia, ritenendo ad esempio ammissibile che il giudice della separazione possa anche disporre sull'amministrazione e sullo scioglimento della comunione legale) e contenente anche la specifica istanza dei provvedimenti da adottare per disciplinare in via immediata e urgente la crisi insorta. I termini a comparire dovranno in questo ambito essere brevi, sicuramente ridotti alla metà rispetto agli ordinari, data la natura della controversia, ma il coniuge convenuto avrà l'onere di comparire alla prima udienza previa costituzione contenente tutte le richieste, nonché le domande e le eccezioni rispetto all'istanza di urgenza, da depositare entro termini adeguati, sia per consentire all'attore di prendere contezza della difesa avversaria, sia per consentire al giudice di prepararsi adeguatamente per la prima udienza deputata alla trattazione dell'urgenza e all'attività di indirizzo del processo.

Deve essere sancita per legge l'obbligatorietà del deposito della documentazione fiscale e bancaria delle parti, e della documentazione inerente alla situazione patrimoniale e reddituale che la parte deduce di avere.

Alla prima udienza dovranno comparire personalmente le parti, che saranno ascoltate liberamente dal giudice, ma nel contraddittorio tra loro e con l'assistenza dei difensori a norma di quanto dispone attualmente l'art. 183 c.p.c. 4° comma, poiché l'ascolto separato, come avviene oggi dinanzi al presidente, non tutela il contraddittorio; oggi avviene che le parti e i loro difensori svolgono la seconda parte dell'udienza presidenziale, dedicata all'adozione dei provvedimenti provvisori e urgenti, senza sapere che cosa ha dedotto ed eccepito (talvolta anche documentato!) l'altra parte e l'altro difensore.

Espletato tale incumbente, il giudice deve introdurre la discussione dei difensori sulle rispettive richieste di urgenza, all'esito della quale lo stesso adotterà i provvedimenti provvisori, volti a disciplinare nell'immediato come affrontare la crisi familiare.

Senz'altro in questa fase il giudice può avviare una mini istruttoria su istanza di parte e d'ufficio, laddove si verte di minori, a norma dell'art. 155 *sexies* c.c., e concedere termini difensivi di ampliamento del contraddittorio in merito alle questioni urgenti, ma tale attività deve essere nei limiti dell'adozione di una decisione che è provvisoria e urgente, per cui debbono essere stabiliti dei limiti temporali entro i quali il provvedimento provvisorio deve essere assunto. Troppo spesso, ormai si assiste alla cattiva prassi di gestire la fase presidenziale in più udienze, tra perizie e indagini istruttorie molto minuziose che avrebbero dovuto essere demandate alla fase istruttoria.

Il provvedimento di urgenza deve poter essere reclamato al Collegio della sezione specializzata, al pari di qualsiasi provvedimento cautelare, entro ovviamente rigorosi termini, poiché l'attuale reclamo in Corte d'Appello – che, come già evidenziato, sicuramente oggi funge da contrappeso all'esercizio errato e/o arbitrario dell'ampio potere del presidente – non avrebbe ragion d'essere se il provvedimento provvisorio e urgente non è adottato dal presidente. Si eviterebbe inoltre quell'appesantimento della procedura al quale oggi assistiamo, laddove il giudice di I grado si trova a gestire comunque un procedimento nel quale il giudice di II grado ha già detto la sua, sia pur limitatamente al provvedimento provvisorio e urgente.

Esaurita questa prima fase, si deve aprire la seconda fase della prima udienza di comparizione, a norma dell'art. 183 c.p.c. e il procedimento a quel punto seguirà le norme del processo ordinario di cognizione.

Sarebbe opportuno stigmatizzare che il giudice, nel momento in cui ritiene la causa matura per la decisione (e ciò può avvenire anche alla seconda udienza, se le parti a norma dell'art. 183 c.p.c. non hanno espletato richieste ammissibili o non le hanno espletate affatto e non via siano mezzi di prova disposti di ufficio a norma dell'art. 183, 8° comma c.p.c.) possa trattenere subito la causa in decisione, con i termini per le comparse conclusionali e le repliche conclusive, poiché la diffusissima prassi del rinvio ad altra udienza per "*la precisazione delle conclusioni*" non ha proprio alcun fondamento normativo.

Se si ampliasse la competenza giurisdizionale del giudice della separazione anche allo scioglimento della comunione legale, potrebbero trovare applicazione anche gli artt. 186 *ter* e 186 *quater* c.p.c., ma senz'altro, deve essere previsto che nel procedimento familiare, con apposita istanza e nel rispetto del contraddittorio il giudice possa emettere i provvedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., che senz'altro, pur perfezionato, deve essere conservato.

Il provvedimento provvisorio, non reclamato o confermato, riformato/modificato in sede di reclamo, potrà essere modificato dal giudice, solo in presenza di circostanze nuove, diversamente, esso regolerà i rapporti tra le parti sino alla sentenza.

Del resto questo è oggi l'orientamento che prevale laddove, cercando di risolvere il contrasto tra l'art. 709 c.p.c. ult. co. (introdotto dalla legge 80/2005) e l'art. 708 c.p.c. ult. co. (introdotto dalla legge 54/2006) si afferma in giurisprudenza che il g.i. può modificare il provvedimento presidenziale confermato/revocato/modificato dalla Corte d'Appello, o mai reclamato, solo in presenza di circostanze nuove, come peraltro è previsto per la materia cautelare.

A ben vedere, infatti, ammettere che il provvedimento interinale possa essere sempre e comunque modificato è destabilizzante per il processo che verrebbe ad essere frammentato in *sub* procedimenti di urgenza (che potrebbero anche essere infiniti) che vanno a minare la velocità e la regolarità della ordinaria attività istruttoria.

Sarebbe auspicabile, nell'ottica di una completa riforma, che anche le controversie relative all'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio fossero trattate dal medesimo giudice specializzato, attraverso l'espletamento del medesimo processo familiare, processo che deve assolutamente essere posizionato, nel libro II del codice di procedura civile, come è stato pensato per il processo del lavoro, e non lasciato tra i procedimenti speciali del IV libro del codice di procedura civile, la cui formula "speciali" non ha un'accezione positiva, ma significa deviazione dallo schema tipico del processo contenzioso ordinario, con attenuazione del principio del contraddittorio, *"autentici modi di risolvere le liti più con la forza che con il diritto, strumenti d'imperio più che di giustizia"* (Satta).

