

Capitolo I

La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili

Valentina Carnevale

Sommario: 1. La fase presidenziale nei processi di separazione e divorzio. – 1.1. La competenza. – 1.2. Il ricorso introduttivo. Contenuto e nullità. – 1.2.1. Il problema della costituzione in giudizio dell'attore. – 1.3. L'ordinanza di fissazione d'udienza e la *vocatio in ius* del convenuto. – 1.4. Le difese del convenuto. – 1.5. L'udienza presidenziale. – 1.6. L'ordinanza presidenziale. – 1.7. Il reclamo. – 2. La fase a cognizione piena. Cenni sull'obbligatorietà dei depositi telematici degli atti e dei documenti processuali. – 2.1. La memoria integrativa. – 2.2. La comparsa di risposta e la costituzione del convenuto. – 2.3. La prima udienza avanti al giudice istruttore. – 2.4. Le preclusioni. – 2.5. La partecipazione di soggetti terzi ai processi di separazione e divorzio. – 2.6. L'attività istruttoria e le indagini della polizia tributaria. – 2.7. L'audizione dei figli minori. – 2.8. La revoca e modifica dell'ordinanza presidenziale. – 2.9. La sentenza definitiva e la sua trascrizione. – 2.10. La sentenza non definitiva. – 3. L'appello. – 4. Gli altri mezzi di impugnazione. – 5. Il procedimento contenzioso di scioglimento delle unioni civili.

1. La fase presidenziale nei processi di separazione e divorzio

La l. n. 80/2005, che ha profondamente modificato la disciplina dei giudizi di separazione e divorzio, ha ripristinato, secondo un'impostazione dottrinale¹, la "struttura bifasica" degli stessi: ciò significa che i procedimenti *de quibus* si strutturano in due fasi, la prima introdotta dal ricorso ed incentrata sull'udienza presidenziale, e la seconda propriamente contenziosa, introdotta dalla memoria integrativa, avente ad oggetto la trattazione, oltre che della domanda principale, delle eventuali domande accessorie e riconvenzionali. Dopo la l. 20 maggio 2016, n. 76 in vigore dal 5 giugno, la struttura bifasica è propria anche del procedimento contenzioso di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, strutturato, come meglio si dirà (v. *infra* § 5) sulla falsariga del giudizio di divorzio.

¹ GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, spec. p. 116 ss.; tale impostazione è stata oggetto di critica da parte di VULLO, *Brevi note sulla natura integralmente contenziosa del processo di separazione giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 207 ss.

L'affermazione della "struttura bifasica" dei giudizi non ha rilievo meramente teorico-sistematico, ma porta con sé rilevanti implicazioni di tipo pratico: poiché alla fase presidenziale si riconosce una natura diversa dalla fase propriamente contenziosa, ne consegue che l'attore può considerarsi costituito dopo il deposito della memoria integrativa (e non già dal momento del deposito del ricorso introduttivo), sì che solo da quel momento iniziano a prodursi gli effetti sostanziali della domanda².

In questa sede pare opportuno svolgere un breve *excursus* storico, al fine di comprendere cosa si intende per "ripristinata" bifasicità dei giudizi in oggetto.

L'unicità dei procedimenti di separazione e di divorzio (e la conseguente natura pienamente contenziosa della fase presidenziale) trovavano conferma, in passato, in tre precisi indici normativi, sui quali era intervenuta la l. n. 74/1987: 1) l'abolizione della necessità di notificare al convenuto non comparso l'ordinanza presidenziale³, posto che il giudizio contenzioso era introdotto dal ricorso e dunque il contraddittorio instaurato con la notifica del ricorso stesso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza presidenziale; 2) l'onere di redazione di un ricorso introduttivo il più completo possibile, grazie al richiamo all'art. 163 c.p.c. compiuto all'art. 4 l. div. applicabile anche al giudizio di separazione in virtù dell'art. 23 l. n. 74/1987⁴; 3) la decorrenza dei termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c., ridotti della metà, tra la data di notificazione del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza presidenziale e l'udienza stessa.

Alla natura "monofasica" aveva aderito – dopo la riforma del 1990-1995⁵ – parte della giurisprudenza di merito. Il riferimento è, in particolare, al c.d. "rito ambrosiano": per coordinare la nuova scansione processuale con i riti speciali di separazione e divorzio i giudici milanesi facevano coincidere l'udienza presidenziale con l'udienza di cui all'art. 180 c.p.c., con il conseguente onere per il con-

² Gli effetti processuali si producono, di contro, fin dal deposito del ricorso introduttivo; v. CARNEVALE, *La fase presidenziale*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, p. 35.

Che il momento determinante della competenza *ex* art. 5 c.p.c. sia dato dal deposito del ricorso è sempre stato affermato dalla giurisprudenza *ante* riforma (Cass., 15 febbraio 1999, n. 1260, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 336) ed è stato sancito dal legislatore con il nuovo testo dell'art. 39, comma 3°, c.p.c. come integrato dalla l. n. 69/2009. Secondo SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 362, invece, dal momento del deposito del ricorso si producono sia gli effetti processuali che quelli sostanziali della domanda. Questa conclusione non si discosta dalla convinzione della dottrina successiva all'emanazione della l. n. 74/1987 ma precedente la riforma del 2005; v. CIPRIANI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, p. 244 ss.; TOMMASEO, *Nuovo rito civile e procedimento uniforme di separazione e divorzio*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, I, Milano, 1995, p. 415; SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, I, in *Trattato*, diretto da Bonilini-Cattaneo, Torino, 1997, p. 583.

³ Cfr. Cass., 28 ottobre 1995, n. 11315, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 12.

⁴ Cfr. Cass., 10 marzo 2004, n. 4903, in *Giur. it.*, 2004, p. 2272.

⁵ Che ha riscritto gli artt. 180, 183 e 184 c.p.c., rimodellando il giudizio ordinario di cognizione secondo un rigido sistema di preclusioni, di merito ed istruttorie.

venuto di costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza stessa se non voleva incorrere nelle decadenze di legge (in primo luogo la possibilità di proporre una domanda riconvenzionale) e onere per il presidente del Tribunale di compiere in udienza non solo le attività proprie di questa fase, come ad esempio il tentativo obbligatorio di conciliazione, ma anche quelle di cui all'art. 180 c.p.c.

Quest'impostazione era stata poi respinta dalla giurisprudenza di legittimità⁶, la quale aveva ritenuto che l'udienza *ex art.* 180 c.p.c. dovesse essere fatta coincidere con la prima udienza dinanzi al giudice istruttore e che pertanto l'udienza presidenziale non trovasse posto nella "triade" di udienze voluta dalla riforma del 1990.

La "bifasicità" dei giudizi di separazione e di divorzio, e di scioglimento delle unioni civili, può essere riaffermata proprio esaminando i medesimi indici normativi che avevano consentito, a dottrina e giurisprudenza, di apprezzare la "unitarietà" dei processi di cui trattasi dopo la riforma del 1987: 1) l'ordinanza presidenziale deve oggi essere notificata al convenuto non comparso; 2) il contenuto del ricorso introduttivo è stato decisamente deformalizzato rispetto al passato; 3) i termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti della metà devono essere rispettati tra la data dell'ordinanza presidenziale e la data della prima udienza di comparizione e trattazione dinanzi al giudice istruttore⁷ e non più tra la data di notificazione del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza presidenziale e l'udienza stessa.

La riaffermata struttura "bifasica" dei procedimenti *de quibus*⁸ non consente, tuttavia, di dissipare tutte le perplessità relative alla natura della fase presidenziale.

Si scontrano al riguardo diversi orientamenti.

Secondo il primo, il nuovo contenuto del ricorso introduttivo (v. *infra* § 1.2) rispecchia il *favor matrimonii* della riforma e, conseguentemente, la volontà di deformalizzare la fase introduttiva dei procedimenti allo scopo di favorire la riconciliazione tra i coniugi⁹. In quest'ottica il ricorso serve, esclusivamente, a con-

⁶ Cass., 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 594 ss.; Cass., 10 marzo 2004, n. 4903, in *Foro it.*, 2005, I, c. 205 ss.

⁷ In questo senso GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., pp. 1116 e 1119 ss.

⁸ Struttura bifasica che è stata recepita anche dalla giurisprudenza; v. Trib. Prato, 14 novembre 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 167 con nota di CARNEVALE, *Struttura bifasica dei procedimenti di separazione e vizi di notifica del ricorso introduttivo*, nonché in *Foro it.*, 2012, I, c. 1267 con nota di CEA, *Il problema della regressione dei processi di separazione e divorzio dal giudice istruttore al presidente*.

⁹ TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 230; DOSI, *Quella fase introduttiva tutta speciale al processo di separazione e di divorzio*, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 24, p. 61; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 118. Per raggiungere l'obiettivo di evitare un inasprimento della lite era necessario che le parti non avessero l'onere, a pena di decadenza, di "dire subito tutto" sin dagli atti introduttivi.

sentire lo svolgimento dell'udienza presidenziale e dei due fondamentali adempimenti propri di quella sede: il tentativo di conciliazione e l'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi (oggi anche degli uniti civilmente) e della prole.

Ne consegue che la fase presidenziale non avrebbe natura contenziosa, ma nella stessa sarebbero ravvisabili aspetti propri della volontaria giurisdizione¹⁰. La fase contenziosa sarebbe, pertanto, soltanto quella introdotta con la memoria integrativa.

Secondo un diverso orientamento, allo stato maggioritario nella ricostruzione dottrinale, la fase presidenziale, meramente strumentale all'attuazione del diritto potestativo alla modificazione dello *status* coniugale, altro non sarebbe se non un segmento di un unico procedimento integralmente contenzioso¹¹.

A queste due opposte interpretazioni se ne può contrapporre una terza che si caratterizza per considerare la fase presidenziale come avente natura sommaria cautelare in senso tecnico. I dati normativi che conducono a tale conclusione sono i seguenti: a) l'art. 189, comma 2°, disp. att., c.p.c. che, disponendo che i provvedimenti presidenziali conservano la loro efficacia in caso di estinzione del processo di separazione, sarebbe da porre sullo stesso piano dell'art. 669 *octies*, ult. comma, c.p.c.; b) la previsione dell'istituto del reclamo. Consegue a tale impostazione l'applicazione all'udienza presidenziale dell'art. 669 *sexies*, comma 1°, c.p.c.¹².

¹⁰ Di natura "amministrativa" della fase presidenziale ha parlato GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 116 ss.; di "giurisdizione volontaria". LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 961.

Anche nella vigenza della previgente disciplina normativa era molto dibattuta in dottrina la questione della natura della fase presidenziale. Sostenevano che si trattasse di volontaria giurisdizione SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, p. 312; FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 374 ss.; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 651 ss.; SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 689; CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole*, Napoli, 1970, p. 471. Si noti che non è ancora possibile individuare in giurisprudenza una chiara presa di posizione sul punto. Le pronunce più recenti continuano a ribadire la natura fin dall'origine contenziosa dei procedimenti di separazione e di divorzio, salvo poi collocarsi sulla scia delle citate Cass., 25 luglio 2002, n. 10914 e Cass., 10 marzo 2004, n. 4903 ed affermare che l'udienza dinanzi al presidente non può essere fatta coincidere, per quanto riguarda le preclusioni, con quella (che era) disciplinata all'art. 180 c.p.c. In tal senso Trib. Treviso, 7 luglio 2010; App. Roma, 13 gennaio 2010; App. Roma, 29 novembre 2006; tutte massime redazionali Utet-Leggi d'Italia.

¹¹ In tal senso A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio: la l. 14-5-2005, n. 80, e successive modificazioni*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, p. 132, ma già Vita not., 2006, I, p. 49 ss.; anche TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 316 ss., seppur solo con riferimento al giudizio di divorzio; da ultimo VULLO, *Brevi note*, cit., p. 208.

¹² PROTO PISANI, *Note sui processi di separazione giudiziale*, in *Foro it.*, 2013, V, cc. 95-96. Sulla natura anche cautelare della fase presidenziale già CARNEVALE, *La fase presidenziale*, cit., p. 35 ss.; GRAZIOSI, *Divorzio*, II, *Disciplina processuale*, in *Enc. giur.*, XI (XIII), Roma, 2007, p. 6 ss.

Come si dirà trattando della costituzione dell'attore, la soluzione preferibile è quella di ritenere che oggi la fase presidenziale abbia natura mista, in parte di volontaria giurisdizione e in parte cautelare. Tale ricostruzione è coerente con la piena natura cautelare che deve essere riconosciuta ai provvedimenti presidenziali.

1.1. La competenza

Le domande di separazione personale dei coniugi, di divorzio e ora di scioglimento delle unioni civili, si propongono, come ogni domanda relativa allo stato ed alla capacità delle persone, al Tribunale (art. 9, comma 2°, c.p.c.) che, stante l'obbligatorietà dell'intervento di un rappresentante del p.m., a norma dell'art. 70, comma 1°, nn. 1 e 2 c.p.c., giudica in composizione collegiale (*ex art. 50 bis n. 1 c.p.c.*).

Per l'individuazione del Tribunale territorialmente competente si deve avere riguardo ai criteri stabiliti dagli artt. 706 c.p.c. e 4, comma 1°, l. div.¹³, quest'ultimo nel testo successivamente modificato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale 23 maggio 2008, n. 169¹⁴.

Per i procedimenti di separazione personale, l'art. 706, comma 1°, c.p.c. dispone che la domanda si propone al Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio.

Il riferimento al Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi è stato introdotto dalla l. n. 80/2005 – che ha inteso far proprio un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁵ – con l'intento di fornire al ricorrente un foro più favorevole (posto che esso presumibilmente coincide con il proprio luogo

¹³ Norme entrambe riscritte dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

¹⁴ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 169/2008 (in *Fam. e dir.*, 2008, p. 669 ss. con nota di TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?*, p. 670 ss.; in *Giur. it.*, 2009, p. 121 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1599, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2081, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 488 ss. con nota di SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica la competenza nei giudizi di divorzio*, p. 490 ss.), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1°, l. div. – per contrarietà all'art. 3 Cost. – nella parte in cui individuava come foro dei giudizi contenziosi di divorzio il luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi.

¹⁵ Che identificava la residenza del convenuto con la casa coniugale, intesa quale luogo di dimora abituale dei componenti del nucleo familiare; v. Cass., (ord.) 28 giugno 2006, n. 15017, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Separazione dei coniugi*, n. 181 secondo cui per vincere la presunzione di coincidenza tra il foro del convenuto ed il luogo dove si trova la casa coniugale era onere del convenuto stesso provare il trasferimento effettivo della casa coniugale in altro luogo e la conoscenza di ciò da parte dell'attore. In dottrina v. CEA, *Processo di divorzio e competenza territoriale*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 653 ss.; e per ulteriori ragguagli DORONZO, *Commento all'art. 706 c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani-Monteleone, Padova, 2007, p. 549.

go di residenza), senza più obbligarlo ad instaurare il procedimento nel luogo di nuova residenza del convenuto, luogo che potrebbe non coincidere con il luogo di residenza del ricorrente nelle ipotesi in cui il convenuto abbia abbandonato la casa coniugale¹⁶.

Questo nuovo criterio principale di competenza territoriale ha posto, tuttavia, non pochi problemi interpretativi, in particolare relativi alla corretta interpretazione dell'espressione "ultima residenza comune".

Secondo una prima opinione, l'ultima residenza comune è la residenza comune "attuale" dei coniugi al momento della presentazione del ricorso, sì che se questa manca, perché uno dei due coniugi ha già abbandonato la casa coniugale, non si potrà applicare tale criterio principale di competenza ma si dovrà applicare il criterio successivo del foro del convenuto¹⁷.

Secondo una diversa opinione, preferita dalla giurisprudenza¹⁸ (e che sembra trovare un riconoscimento nella citata pronuncia della Corte costituzionale)¹⁹, il criterio successivo della residenza o del domicilio del convenuto troverebbe applicazione solo quando i coniugi non abbiano mai avuto una casa familiare (o una casa coniugale), dunque quando mai vi sia stata convivenza: in tutti gli altri casi deve essere adito il Tribunale del luogo in cui tale casa familiare è (o era) situata, anche nelle ipotesi in cui essa sia rimasta attuale per uno solo dei coniugi, perché l'altro l'ha abbandonata.

¹⁶ M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 22, p. 92.

¹⁷ Cfr. CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V c. 141; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, cit., p. 93; CARBONE, *Le recenti riforme del diritto delle persone e della famiglia. Relazione introduttiva*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 354. In questo senso anche Trib. Napoli, 29 ottobre 2009, in *Corr. merito*, p. 1187 ss.

¹⁸ Cass., ord. 4 agosto 2011, n. 16957, in *CED Cassazione*, 2011; Trib. Bologna, 18 luglio 2011, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 150, che ha dato rilevanza a una residenza che era stata comune per brevissimo tempo; Trib. Bari, 19 febbraio 2010, n. 626, in *www.giurisprudenzabarese.it*; per l'opinione contraria TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio*, cit., p. 8; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, cit., p. 114.

¹⁹ Secondo la Consulta, a norma dell'art. 4, comma 1°, l. div. come riformulato dal legislatore del 2005, perché il ricorrente potesse proporre la domanda innanzi al Tribunale del luogo della residenza o del domicilio del convenuto non era sufficiente che la residenza comune dei coniugi fosse venuta meno, ma era necessario che essa non fosse mai esistita, non potendosi interpretare l'espressione "in mancanza" come equivalente a quella "qualora sia successivamente venuta meno"; ne conseguiva che in tutti i casi in cui i coniugi avessero avuto in passato una residenza comune, il giudice competente andava individuato facendo riferimento al luogo in cui detta residenza si trovava e ciò anche nell'ipotesi in cui al momento dell'introduzione del giudizio nessuna delle due parti avesse più rapporti con quel luogo. Questa interpretazione è la stessa che era stata proposta dalla prevalente dottrina: cfr. M. FINOCCHIARO, *ibidem*, p. 93; DORONZO, *op. cit.*, p. 550; GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124. *Contra* TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio*, cit., p. 671, il quale critica, sul punto, la pronuncia della Corte cost. n. 169/2008.

Sulla corretta individuazione della casa familiare o coniugale il dato reale deve prevalere su quello formale, nel senso che si deve considerare quale residenza comune quella in cui è (o è stata) effettivamente localizzata la vita matrimoniale, anche a prescindere dalla residenza anagrafica degli stessi, che assume un valore meramente presuntivo²⁰.

Il foro della residenza e del domicilio del convenuto di cui all'art. 706 c.p.c. prevale, quale norma speciale, sull'art. 18 c.p.c. e rende dunque irrilevante il riferimento alla dimora nell'ipotesi in cui residenza e domicilio siano sconosciuti²¹. In questo caso deve ritenersi che il convenuto sia irreperibile e pertanto, come quando il coniuge convenuto è residente all'estero, la domanda si propone al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente.

Il foro dell'ultima residenza comune dei coniugi era stato introdotto dal legislatore del 2005 anche in seno alla disciplina del giudizio di divorzio. Tuttavia tale previsione è stata espunta dalla Corte costituzionale, che con la sentenza del 23 maggio 2008, n. 169 ha dichiarato illegittimo, per contrarietà all'art. 3 Cost., l'art. 4, comma 1°, I div. nella parte in cui individuava come foro dei giudizi contenziosi²² di divorzio il luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi. Nei giudizi di divorzio pendenti alla data in cui è stata emessa la sentenza della Corte cost. n. 169/2008, i Tribunali aditi hanno dichiarato d'ufficio la propria incompetenza²³.

La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ed a seguito della l. 20 maggio 2016, n. 76 la domanda volta allo scioglimento delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso, si propone, pertanto, al Tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio²⁴,

²⁰ Si tratta dell'interpretazione fatta propria dalla prevalente dottrina: cfr. GRAZIOSI, *ibidem*; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 356; DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 861; LUPOI, *La riforma*, cit., p. 964; *contra* CARBONE, *Le recenti riforme*, cit., p. 354.

In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 4 giugno 2008, in *Corr. merito*, 2008, p. 898; Trib. Trento, 18 aprile 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 556. Anche nel vigore della precedente disciplina la giurisprudenza riteneva che non avessero valore assoluto le risultanze anagrafiche, superabili – in quanto presunzioni semplici – a mezzo di prova contraria; Cass., 22 luglio 1995, n. 8049, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 338.

²¹ Cass., 13 settembre 1983, n. 5554.

²² La citata sentenza della Consulta non ha, invece, modificato la competenza territoriale per i divorzi su domanda congiunta: ai sensi dell'art. 4, comma 1°, I div. la competenza è attribuita al Tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.

²³ Trib. di Milano, 14 maggio 2009, n. 6503, *Redazione Giuffrè*. In senso conforme SALVANESCHI, *La Corte costituzionale modifica la competenza nei giudizi di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, p. 494.

²⁴ Effettivamente appariva del tutto irragionevole, tanto alla dottrina (v. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1124; DANOVÌ, *Le nuove norme*, cit., p. 862; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141; M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, cit., p. 92; SIRACUSANO, *Procedimenti in materia di separazione e divorzio*, in *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di Briguglio-Cap-

salva l'applicazione degli ulteriori criteri previsti in via subordinata dalla norma.

Nelle ipotesi di divorzio diretto, vale a dire che non segue ad una pregressa separazione, come ad esempio nel caso degli uniti civilmente (v. *infra* § 5), la residenza del coniuge convenuto coincide con quella della residenza familiare, dal momento che non è venuto meno l'obbligo di convivenza²⁵.

L'art. 706, comma 2°, c.p.c. e l'art. 4, comma 1°, l. div. prevedono altresì il foro del luogo di residenza o domicilio del ricorrente, il quale è applicabile nei casi in cui il coniuge convenuto sia residente all'estero, o risulti irreperibile. Questo foro del ricorrente prevale sul foro dell'ultima residenza comune²⁶: pertanto perché la domanda di separazione, di divorzio o di scioglimento di una unione civile possa essere presentata dinanzi al Tribunale del luogo in cui il coniuge ricorrente ha la residenza o il domicilio è sufficiente che l'altro risieda all'estero al momento del deposito del ricorso, anche se è individuabile un'ultima residenza comune.

Infine, se entrambi i coniugi – o gli uniti civilmente – sono residenti all'estero²⁷ la domanda, sempre che sussista la giurisdizione del giudice italiano, può essere proposta avanti a qualsiasi Tribunale della Repubblica. In accoglimento del suggerimento di un'autorevole dottrina²⁸ è stato così esteso anche al giudizio di separazione il criterio già previsto nell'art. 4 l. div., senza peraltro che ciò abbia

poni, I, Padova, 2007, p. 376 ss.; DORONZO, *op. cit.*, p. 550; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1124 ss.), quanto alla giurisprudenza (che aveva tentato la strada della disapplicazione: v. Trib. Foggia, 30 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 653, con nota di CEA, *Processo di divorzio e competenza territoriale*, c. 653 ss.) la scelta del legislatore a favore di un criterio di competenza indicato come principale ma che diveniva di fatto inapplicabile nella maggioranza dei giudizi di divorzio, che seguono ad una separazione protrattasi per tre anni e che pertanto vengono instaurati quando la residenza comune ha cessato da tempo di essere attuale. Proprio in termini di irragionevolezza si è espresso il giudice delle leggi. Secondo la giurisprudenza deve escludersi che abbia rilievo, per la determinazione del giudice territorialmente competente in un giudizio di divorzio, il riferimento al luogo di residenza del minore previsto dall'art. 38 disp. att. c.c. per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c., senza peraltro che ciò implichi la violazione di principi costituzionali (Cass., 25 novembre 2015, n. 24099).

²⁵ TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in BONILINI-TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2010, p. 329 in nota.

²⁶ Questa conclusione è agevolata, per quanto riguarda i procedimenti di separazione, dal fatto che il criterio di cui si tratta è contenuto in un apposito comma 2° dell'art. 706 c.p.c.: si da lasciare intendere che l'eventualità che uno dei due coniugi abbia residenza o domicilio all'estero o sia, al momento della presentazione della domanda, irreperibile costituisca fatto di per sé sufficiente da consentire al ricorrente la proposizione della domanda nel foro che gli è più vicino, a prescindere dal fatto che sia esistita, nel corso della vita coniugale, una residenza comune. Secondo M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la residenza comune*, cit., p. 92 il fatto che non sia così nell'art. 4 l. div. non consente una diversa interpretazione, che minerebbe l'omogeneità del sistema.

²⁷ Si deve trattare di cittadini italiani. Se invece entrambi i coniugi sono cittadini stranieri ma uno di essi ha domicilio in Italia, sussiste la giurisdizione del giudice italiano ex art. 3, comma 2°, l. 31 maggio 1995, n. 218; v. Cass., sez. un., 3 febbraio 2004, n. 1994, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1063.

²⁸ CIPRIANI, in CIPRIANI-QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, p. 248. In giurisprudenza v. Trib. Torino, 1° settembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, c. 602 ss.

comportato una reale novità rispetto al passato, visto che la lacuna veniva colmata grazie all'estensione consentita dall'art. 23 l. n. 74/1987. La regola si applica anche quando il ricorrente, residente all'estero, non conosca la residenza o il domicilio del convenuto²⁹.

In merito alla disciplina dell'incompetenza ci si domanda se, al di là della sempre possibile eccezione del convenuto, siano consentiti il rilievo d'ufficio e la conseguente pronuncia da parte del presidente del Tribunale nella fase processuale che si svolge dinanzi al lui.

Nonostante le oscillazioni della giurisprudenza sul punto³⁰, è preferibile ritenere che il presidente del Tribunale non sia legittimato a pronunciarsi sulla (sua) incompetenza. Da un lato perché tra i poteri che gli sono espressamente (ed eccezionalmente) conferiti dalla legge non vi è quello di pronunciare sulla competenza, dall'altro perché non può esimersi dal pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi – o degli uniti civilmente – e della prole³¹.

Pertanto, anche nel caso di incompetenza, il presidente dovrà fissare l'udienza dinanzi a sé, svolgere gli adempimenti previsti e pronunciare la propria ordinanza³². Sarà il giudice istruttore a rimettere la questione al collegio ove la ritenga fondata e quindi idonea a definire il giudizio.

Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza del Tribunale adito da parte del giudice istruttore dovrà avvenire non oltre la prima udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 38, comma 3°, c.p.c. A norma dell'art. 5 c.p.c. l'originaria incompetenza non potrà essere rilevata e comunque dichiarata se il criterio di collegamento con il foro adito, che era inesistente al momento del deposito del ricorso, sia successivamente sopraggiunto³³.

²⁹ CIPRIANI, *ibidem*.

³⁰ Secondo Trib. Bologna, ord. 23 marzo 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1372 il presidente non è legittimato a dichiarare l'incompetenza eccepita nel corso dell'udienza presidenziale; *contra* Trib. Novara, ord. 25 settembre 2012, anch'essa in *Foro it.*, 2013, I, c. 1372.

³¹ VULLO, *Disposizioni in materia di separazione e di affidamento condiviso: legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 209 ss.; ID., *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, I, p. 38 ss.; TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, cit., p. 332; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1959, p. 307; CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., p. 149; CEA, *Incompetenza ed udienza presidenziale nei processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1373 ss. *Contra* ANDRIOLI, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 220 ss. e ID., *Che deve fare il presidente adito ex art. 708 cod. proc. civ. quando ritenga l'incompetenza per territorio del tribunale da lui presieduto?*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 618.

³² Evidentemente tale soluzione deroga al principio secondo il quale ogni pronuncia presuppone la competenza del giudice che la emana; principio che invece è stato seguito da una risalente pronuncia del Trib. Bolzano, 9 dicembre 1953, in *Giur. it.*, 1953, secondo cui i provvedimenti presidenziali "presuppongono la competenza del giudice adito" e pertanto devono essere posti nel nulla, con espressa revoca, dal giudice istruttore che dichiara la incompetenza.

³³ Cass., sez. un., 19 febbraio 2002, n. 2415, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1869.

1.2. Il ricorso introduttivo. Contenuto e nullità

Il ricorso introduttivo dei procedimenti di separazione e divorzio può limitarsi a contenere “l’esposizione dei fatti sui quali la domanda è fondata” (art. 706, comma 1°, c.p.c.) oltre all’indicazione dell’eventuale esistenza “di figli di entrambi i coniugi” (art. 706, ult. comma, c.p.c. e art. 4, comma 4°, l. div., come modificati dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154)³⁴. L’art. 4 della l. div. è ora espressamente richiamato dall’art. 1, comma 25°, della l. n. 76/2016 e pertanto si applicherà anche al ricorso volto allo scioglimento (contenzioso) delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Gli elementi propri di una domanda giudiziale non devono più, a pena di decadenza, essere contenuti nel ricorso introduttivo³⁵, bensì nella memoria integrativa che l’attore ha l’onere di depositare nel termine concessogli dal presidente all’esito dell’udienza (per la prosecuzione del giudizio dinanzi al giudice istruttore *ex* l’art. 709, comma 3° c.p.c. e l’art. 4, comma 10°, l. div.)³⁶.

Quello prescritto dalle norme citate è da intendersi quale contenuto minimo del ricorso introduttivo: sì che l’attore/ricorrente potrà, ove lo ritenga opportuno, redigerlo in modo completo³⁷.

Ciò non implica, tuttavia, l’accoglimento della tesi secondo la quale il contenuto del ricorso introduttivo deve essere necessariamente integrato *ex* art. 125 c.p.c.³⁸. Altrimenti si finirebbe per trasformare la memoria integrativa, discipli-

³⁴ Il d.lgs. n. 154/2013, recante la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ed emanato in virtù dell’art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219, ha eliminato il riferimento in queste norme e in tutte le altre norme dell’ordinamento ai figli “legittimi, legittimati o adottati durante il matrimonio”.

³⁵ La differenza, rispetto alla situazione *ante* riforma del 2005, è evidente: in precedenza, grazie all’integrale rinvio dell’art. 23 l. n. 74/1987, al ricorso per la separazione personale si applicava lo stesso analitico contenuto dell’art. 4, comma 2°, l. div., che ricalcava i requisiti dell’art. 163 c.p.c.

³⁶ Per questo motivo TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 232 ha definito la domanda a “formazione progressiva”; nello stesso senso AMADEI, *Il nuovo processo di separazione e divorzio*, in *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, a cura di Cecchella, Milano, 2006, p. 75.

³⁷ Ad esempio è chiaro che egli possa prendere posizione sui provvedimenti temporanei ed urgenti che saranno adottati dal presidente all’esito dell’udienza, benché a riguardo non vi sia alcun onere allegativo, trattandosi di provvedimenti che vengono emessi d’ufficio, tanto nella separazione quanto nel divorzio (art. 708, comma 3°, c.p.c. e art. 4, comma 8°, l. div.). Così A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 127 ss.; favorevoli alla possibilità che il contenuto del ricorso possa essere più ampio di quello indicato dalla norma anche GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1128; DOSI, *Quella fase introduttiva*, cit., p. 61.

³⁸ TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 232; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141; VULLO, *La nuova disciplina dei processi di separazione e di divorzio*, in *Cron. Foro parmense*, 2005, p. 23. Dal punto di vista pratico, tale integrazione potrebbe riguardare solo la necessità o meno della precisa indicazione dell’oggetto e delle ragioni della domanda, con le relative conclusioni, poiché non è pensabile che esso il ricorso contenga l’indicazione delle parti e del giudice adito;

nata dall'art. 709, comma 3° c.p.c. e dell'art. 4, comma 10°, l. div., in un inutile doppione. L'art. 125 c.p.c. è sì norma di applicazione residuale nelle ipotesi in cui la legge non abbia altrimenti disposto: ma ciò non si verifica nel caso di specie, nel quale non solo il contenuto del ricorso è indicato dalla legge, ma gli elementi propri di una domanda di parte devono essere contenuti nella memoria integrativa.

È dunque valido un ricorso per separazione giudiziale contenente solo l'enunciazione dei fatti che hanno reso intollerabile la convivenza³⁹ ed un ricorso per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio che si limiti ad indicare i fatti e gli elementi di diritto di una delle fattispecie di cui all'art. 3 l. div. (per quanto riguarda il contenuto del ricorso volto allo scioglimento di una unione civile v. *infra* § 5), seguiti dalla richiesta di fissazione dell'udienza presidenziale: anche in tal caso è chiaro, benché non sia esplicitato, quale sia il *petitum* della domanda. La richiesta di separazione, di divorzio o di scioglimento di una unione civile può desumersi dal tenore complessivo dell'atto.

Quanto all'indicazione degli "elementi di diritto", una previsione esplicita in tal senso è contenuta solo nell'art. 4, comma 2°, l. div.; è corretto ritenere che essa non sia indispensabile nel ricorso per la separazione personale, sì che esposti i fatti che fondano la domanda non v'è bisogno che essa sia suffragata da elementi di diritto. Diversamente, il giudizio di divorzio può reggersi sulle diverse *causae petendi* tassativamente indicate all'art. 3 l. div., per la cui descrizione è certamente necessario fare riferimento ad elementi di diritto⁴⁰. Lo stesso dicasi per lo scioglimento di una unione civile, che potrà reggersi o sulla sussistenza di una delle cause dell'art. 3, n. 1 e n. 2, lett. a), c), d) ed e) della l. div. (ex art. 1, comma 23°, l. n. 76/2016) ovvero sulla semplice manifestazione di volontà, congiunta o unilaterale (dovendo però in tal caso documentare il decorso del termine di tre mesi dalla dichiarazione resa davanti all'ufficiale di stato civile; v. *amplius* § 5).

In tema di nullità del ricorso introduttivo, esclusa l'applicazione analogica

quanto all'indicazione delle prove, dopo la riforma non v'è invece più alcun dubbio che le parti non abbiano alcun onere, prescritto a pena di decadenza, di indicarle; potranno farlo in seguito, secondo i termini propri della fase contenziosa del giudizio.

³⁹ GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1128. Si noti che di recente Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Foro it.*, 2014, I, c. 463 ss. nonché in *Fam. e dir.*, 2015, p. 38 ss., con nota di TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, ha affermato che la crisi del rapporto coniugale, rilevante ai fini della separazione, non deve essere necessariamente causata da specifici fatti che rendano intollerabile la convivenza.

⁴⁰ Così SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 357; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, cit., p. 116; M. FINOCCHIARO, *Nel ricorso anche la dichiarazione dei redditi*, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 22, p. 94; LUPOI, *La riforma*, cit., p. 967. Altra parte della dottrina ritiene che anche ricorso introduttivo del giudizio di separazione debbano essere indicati gli elementi di diritto, in quanto essenziali alla specificazione della domanda; v. TOMMASEO, *Nuove norme*, cit., p. 229 ss.

dell'art. 164 c.p.c., dovrà farsi riferimento alla disciplina di carattere generale di cui agli artt. 156 ss. c.p.c.

Nessuna nullità è collegabile all'omissione dell'indicazione dei fatti sui quali la domanda si fonda, posto che essa serve unicamente a consentire al presidente di svolgere il tentativo di conciliazione⁴¹. In linea generale, il presidente non può rilevare nell'udienza dinanzi a lui eventuali cause di nullità del ricorso introduttivo per omissione di quegli aspetti che dovranno poi essere specificati con la memoria integrativa⁴². Lo stesso dicasi in caso di omessa indicazione della presenza di figli, posto che essa potrà essere sanata in seguito con le memorie che precedono l'udienza dinanzi all'istruttore, oppure dal convenuto che depositi la propria memoria o dallo stesso ricorrente un'udienza⁴³.

1.2.1. Il problema della costituzione in giudizio dell'attore

Strettamente legato al tema del contenuto del ricorso introduttivo, e condizionato dalla posizione che si assume in ordine alla struttura del procedimento ed alla natura della fase presidenziale (v. *supra* § 1), è il problema della costituzione dell'attore.

Nella situazione normativa successiva alla l. n. 74/1987 ma precedente la riforma del 2005, non v'era dubbio che la costituzione in giudizio dell'attore avvenisse al momento del deposito del ricorso, sottoscritto da un difensore munito di procura alle liti⁴⁴.

Oggi quella parte della dottrina che ritiene che la fase presidenziale abbia, come prima della l. n. 80/2005, natura contenziosa, afferma che la costituzione dell'attore avviene con il deposito del ricorso introduttivo presso la cancelleria del giudice competente, sì che il rapporto processuale è costituito sin dalla fase presidenziale⁴⁵. Tale tesi troverebbe conferma nel dato normativo ed in partico-

⁴¹ Così GRAZIOSI, *ibidem*.

⁴² Secondo TOMMASEO, *Nuove norme*, p. 330.

⁴³ In questo senso anche PROTO PISANI, *Note sui processi di separazione giudiziale*, cit., c. 95.

⁴⁴ Per la giurisprudenza di legittimità v. Cass., 24 giugno 1989, n. 3095, in *Giur. it., Rep.*, 1989, p. 45.

⁴⁵ In questo senso SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 359; A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 138; DANOVI, *Le nuove norme*, p. 865; CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 141; VULLO, *Brevi note*, cit., p. 209; *contra* DOSI, *Quella fase introduttiva*, cit., p. 62. L'art. 39, comma 3°, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69/2009 ora individua espressamente nella data del deposito del ricorso in cancelleria il momento determinante per stabilire la litispendenza (ed analogamente anche per gli altri effetti processuali e sostanziali della domanda). Anche in questo caso la modifica legislativa ha confermato l'orientamento già adottato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 28 giugno 2006, n. 15017, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1848; Cass., 15 febbraio 1999, n. 1260 in *Fam. e dir.*, 1999, p. 336, con nota di FRASSINETTI, *Domanda di divorzio per pregressa separazione e pendenza del giudizio*; Cass., sez. un., 20 ottobre 1995, n. 10935, *ivi*, 1996, p. 18; Cass., sez. un., 11 maggio 1992, n. 5597, in *Foro*

lare nell'art. 709 c.p.c. che, nell'indicare il contenuto dell'ordinanza presidenziale prevede l'assegnazione di un termine per la costituzione esclusivamente al convenuto; il fatto che la legge preveda che l'attore, di contro, deve depositare solo una "memoria integrativa" significherebbe che egli è già costituito in giudizio fin dal momento del deposito del ricorso⁴⁶.

Ne deriva che la memoria integrativa è facoltativa⁴⁷ tutte le volte in cui il ricorso introduttivo abbia un contenuto completo e sia idoneo a reggere anche la fase a cognizione piena. Il mancato deposito della memoria integrativa entro il termine indicato nell'ordinanza presidenziale non determina, pertanto, la contumacia dell'attore, ma solo il prodursi a suo danno delle preclusioni relative alle difese ed eccezioni, sempre, ovviamente, che non le abbia già compiutamente svolte nel ricorso⁴⁸.

Per i fautori di questa impostazione la scomposizione della domanda introduttiva in due atti, ricorso e memoria integrativa deve essere letta nell'esclusiva ottica di superamento, per via legislativa, del c.d. rito ambrosiano⁴⁹ (peraltro già sconfessato dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁰) nel senso che non si verificano

it., 1992, I, c. 2089; *contra* Cass., sez. un., 17 marzo 1989, n. 1325, in *Dir. fam.*, 1989, p. 565; Cass., 14 novembre 1986, n. 6695, in *Arch. civ.*, 1987, p. 28) e dalla dottrina (CIPRIANI, in CIPRIANI-QUADRARI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., p. 253; TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, cit., p. 353; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, cit., p. 665; SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, cit., p. 592; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 36; TRISORIO LIUZZI, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Dir. e giur.*, 1979, p. 262 ss.; *contra* VILLANACCI, *La separazione non giudiziale*, Torino, 2001, p. 125).

⁴⁶ MONTANARI, *Il ripristino della notifica al convenuto dell'ordinanza di fissazione dell'udienza davanti all'istruttore e i nuovi contenuti del provvedimento ai fini di una migliore articolazione del contraddittorio tra le parti dopo la riforma introdotta dal D.L. n. 35/2005 (art. 709 cod. proc. civ.)*, in AA.VV., *Codice ipertestuale di separazione e divorzio*, a cura di Bonilini-Chizzini-Confortini, Torino, 2008, p. 356, ripreso da VULLO, *Brevi note*, cit., p. 209.

⁴⁷ CIPRIANI, *ibidem*; A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, cit., p. 139.

⁴⁸ A. FINOCCHIARO, *ibidem*.

⁴⁹ Su questo punto, a prescindere dalle posizioni assunte in merito alla costituzione del convenuto, la maggioranza della dottrina concorda; v. CIPRIANI, *ibidem*; CARBONE, *Le recenti riforme*, cit., p. 354; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 375; BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi. Il processo di divorzio*, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 409; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, p. 111; LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, *www.judicium.it*, n. 3.

⁵⁰ Cfr. Cass., 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 594; Cass., 10 marzo 2004, n. 4903, in *Foro it.*, 2005, I, c. 205. Sul rito ambrosiano e sulle altre prassi applicative dei procedimenti di separazione e divorzio sviluppatasi a macchia di leopardo nei vari Tribunali italiani a seguito della riforma del 1990 cfr., senza pretesa di completezza, MANDRIOLI, *Il rito «ambrosiano» nei giudizi di separazione e di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 215 ss.; TOMMASEO, *Nuovo rito civile e procedimenti di separazione e di divorzio*, *ivi*, 1994, p. 565 ss.; LUISO, *Separazione e divorzio dopo la riforma del c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 233 ss.; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, cit., p. 31 ss.; FRACCON, *I processi di separazione*

preclusioni e decadenze per le parti se non dopo la conclusione della fase presidenziale.

Come è noto, infatti, secondo la prassi del Tribunale di Milano – formatasi a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 353/1990 – le preclusioni maturavano con riferimento all'udienza presidenziale, che veniva fatta coincidere con l'udienza di cui all'art. 180 c.p.c. (nella formulazione antecedente la l. n. 80/2005), con la conseguenza che il convenuto doveva proporre le proprie domande riconvenzionali all'atto della costituzione in giudizio che doveva avvenire, a pena di decadenza, nei venti giorni precedenti detta udienza.

In realtà non ha molto senso porre l'accento sul superamento del “rito ambrosiano”. Lo avrebbe se fosse rimasta immutata la scansione delle udienze di trattazione secondo la disciplina degli artt. 180, 183 e 184 c.p.c. Il problema cui il “rito ambrosiano” aveva fornito la soluzione è stato piuttosto risolto alla radice con l'abrogazione dell'udienza c.d. di prima comparizione *ex art.* 180 c.p.c. Se di superamento si vuole comunque parlare, lo si può fare evidenziando come la riforma del 2005 abbia abbandonato la struttura monofasica dei procedimenti di separazione e divorzio che, di contro, il Tribunale di Milano dava per presupposta quando professava la coincidenza tra l'udienza presidenziale e quella che, nel processo di cognizione, era l'udienza di prima comparizione.

Ciò è evidente, lo si ribadisce, se si considera che la l. n. 80/2005 ha eliminato, ovvero reintrodotta, tutti gli indici normativi la cui presenza o assenza – a seguito della l. n. 74/1987 – avevano consentito alla Corte di cassazione di sostenere che il giudizio contenzioso nei procedimenti di separazione e di divorzio iniziasse già con il deposito del ricorso introduttivo (v. *supra* § 1).

Del resto, come è possibile pensare che il giudizio propriamente contenzioso inizi già con il deposito del ricorso se l'udienza presidenziale non trova (più) posto nella scansione procedimentale?

La prima udienza del giudizio contenzioso è ora, come accade per ogni altro processo, l'udienza del riformulato art. 183 c.p.c. Ne consegue che il deposito del ricorso serve unicamente a dare inizio alla fase presidenziale e la costituzione dell'attore avviene con il deposito della memoria integrativa, che è l'unico atto che, per espressa disposizione di legge, deve avere il contenuto proprio di una domanda giudiziale (grazie al rinvio espresso all'art. 163 c.p.c.).

e divorzio tra normativa e prassi (la linea del Tribunale di Milano), in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 73 ss.; DANOVÌ, *Il rito ambrosiano della separazione e del divorzio e le implicazioni sulla disciplina sostanziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, II, p. 1012 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 *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 833 ss.; MARELLI, *Preclusioni e nullità della fase introduttiva del processo di divorzio*, *ivi*, 2002, p. 290 ss.; VIGNERA, *Sulla specialità integrale del rito del divorzio e della separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 103 ss.; RICCI, *Il rito «ambrosiano», la Cassazione e il rito «romano»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 717 ss.; CARBONE, *Un rito per i giudizi di separazione e divorzio: «tradizionale», «ambrosiano», «romano», «a specialità integrale»*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 269.

Come del resto, parallelamente, la costituzione del convenuto avviene con il deposito della comparsa di costituzione e risposta, nel passaggio tra la fase presidenziale e la fase istruttoria.

Gli effetti processuali della domanda si producono pertanto sin dal momento del deposito del ricorso introduttivo, mentre gli effetti sostanziali non possono che prodursi dal deposito della memoria integrativa⁵¹; deposito che è necessario e non meramente facoltativo se l'attore vuole evitare un pronuncia di contumacia e la prosecuzione del giudizio su iniziativa del convenuto.

Non è dirimente, a favore della tesi circa la natura "unitaria" dei procedimenti di separazione e di divorzio – e dunque della natura contenziosa della fase presidenziale – la previsione dell'obbligatorietà della presenza dei difensori⁵², ora prevista dagli artt. 707, comma 1°, c.p.c. e 4, comma 7°, l. div.

Da un lato, infatti, il rispetto del c.d. "giusto processo" non tollererebbe che provvedimenti, come quelli presidenziali, che incidono sui diritti e doveri delle parti, siano assunti senza che alle stesse sia garantita la difesa tecnica; dall'altro anche la giurisprudenza di legittimità ritiene indispensabile che le parti siano assistite da un difensore in tutti i procedimenti camerali nei quali, lungi dal regolare solo interessi, il giudice incida su veri e propri diritti⁵³. Come pure la presenza dei difensori è prevista nei procedimenti cautelari.

L'impostazione che vede nel deposito della memoria integrativa il momento della costituzione in giudizio dell'attore, non è tuttavia del tutto soddisfacente. Potrebbe esserlo se l'unico incombente dell'udienza presidenziale fosse il tentativo di conciliazione tra i coniugi, ma si rivela non a perfetta tenuta se si considera che in quella sede vengono assunti provvedimenti importantissimi che incidono sui diritti e sui doveri delle parti, tra loro e nei confronti dei figli. È questa la ragione per cui anche chi ritiene che oggi la fase presidenziale abbia perso

⁵¹ *Contra* SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 362, secondo la quale, dal momento del deposito del ricorso si producono sia gli effetti processuali che quelli sostanziali della domanda, visto che questa deve considerarsi già esplicitata nel ricorso.

⁵² Così SALVANESCHI, *ibidem*, secondo cui "la necessaria presenza del difensore all'udienza presidenziale indica infatti la consapevolezza del legislatore che il procedimento contenzioso è già iniziato ed è in atto"; osservazione ripresa da VULLO, *Brevi note*, cit., p. 210.

⁵³ Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 19, con nota di TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Cassazione*; e con nota critica di NASCOSI, *Onere del patrocinio nell'amministrazione di sostegno: la Cassazione non scioglie i dubbi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1381. Detta sentenza sancisce la necessità di difesa tecnica nel procedimento per la nomina di un amministratore di sostegno – procedimento che appartiene alla volontaria giurisdizione – tutte le volte in cui il decreto incida sui diritti fondamentali della persona mediante la produzione di effetti, limitazioni o decadenze previste dalla legge per l'interdetto e l'inabilitato. In generale la giurisprudenza di legittimità afferma che non sussiste l'onere del patrocinio legale nei procedimenti di volontaria giurisdizione, sempre che la legge non lo preveda, ma tale affermazione può valere solo se si tratta di procedimenti unilaterali. In dottrina si vedano ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 56 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, p. 87 ss.

natura contenziosa non può fare a meno di notare come, da un lato, il ricorso introduttivo costituisca già proposizione della domanda di merito, nonostante il contenuto succinto voluto dal legislatore nella prospettiva di favorire per quanto possibile il buon esito del tentativo di conciliazione; e come, dall'altro, vi sia comunque un nesso funzionale e financo strutturale tra la fase presidenziale e quella di merito, visto che la prima, per quanto la si voglia ritenere autonoma, si conclude con un provvedimento che anticipa gli effetti della seconda⁵⁴. Per uscire dall'*impasse* cui l'ambiguo dettato normativo dà luogo si può ricostruire la fase presidenziale come una fase a natura mista, in parte di volontaria giurisdizione ed in parte cautelare. Come accade nel procedimento cautelare, infatti, il ricorso non contiene la piena formulazione della domanda di merito ma la anticipa necessariamente.

Un discorso a parte è quello relativo al rilascio della procura alle liti.

A norma dell'art. 709 c.p.c. la memoria integrativa deve contenere, grazie al richiamo all'art. 163, n. 3, c.p.c. il nome ed il cognome del procuratore e l'indicazione della procura "qualora questa sia già stata rilasciata"; questa previsione potrebbe far sorgere il dubbio che la procura possa essere rilasciata successivamente, con la memoria integrativa, appunto, e non unitamente al ricorso.

In realtà la memoria integrativa non rientra tra gli atti destinati all'apposizione della procura *ex artt.* 83 e 125 c.p.c.; di contro, la disciplina degli atti introduttivi non deroga al disposto generale dell'art. 82, comma 2°, c.p.c. nonostante le parti abbiano l'obbligo – per il procedimento di separazione apparentemente inderogabile – di comparire personalmente all'udienza⁵⁵.

È dunque più corretto ritenere che il deposito del ricorso introduttivo vada necessariamente accompagnato dal rilascio di una procura alle liti. Ne consegue che all'udienza presidenziale il presidente debba svolgere altresì i controlli previsti dall'art. 182 c.p.c., come modificato dalla l. n. 69/2009.

Peraltro, già in relazione alla previgente disciplina, quando vi era il divieto per le parti di farsi assistere all'udienza presidenziale dal proprio difensore, parte della dottrina aveva ritenuto che ciò non incidesse sulla regola di cui all'art. 82 c.p.c. in ordine alla rappresentanza legale delle parti⁵⁶. A maggior ragione questo discorso deve valere adesso che la legge prevede che i coniugi – o gli uniti civilmente – debbano comparire all'udienza con l'assistenza del difensore (tant'è che ci si pone il problema di cosa accada se una parte, il convenuto in particolare, compaia da solo; cfr. *infra* § 1.5).

⁵⁴ GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., pp. 1137-1138.

⁵⁵ CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, cit., p. 122.

⁵⁶ CIPRIANI, *Gli atti di impulso iniziale del procedimento di separazione per colpa (e di divorzio)*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, pp. 603-604.

In conclusione, la procura dovrà essere allegata al ricorso e qualora il convenuto intenda difendersi con una memoria scritta dovrà farlo con il patrocinio di un difensore. Nella memoria integrativa dovrà essere indicata la procura già rilasciata, così come nella comparsa di risposta, ma solo se il convenuto si sia difeso per iscritto nella fase presidenziale, altrimenti il rilascio della procura avverrà in quel momento.

1.3. L'ordinanza di fissazione d'udienza e la vocatio in ius del convenuto

A seguito del deposito del ricorso presso la cancelleria del Tribunale competente⁵⁷, il presidente, nei cinque giorni successivi⁵⁸, fissa con decreto l'udienza di davanti a sé, ovvero, come è prassi, dinanzi al presidente di sezione o ad altro giudice appositamente delegato⁵⁹.

L'udienza deve tenersi entro novanta giorni – ma anche tale termine è ordinatorio – dal deposito del ricorso (art. 706, comma 3°, c.p.c. e art. 4, comma 5°, l. div.). Con il medesimo decreto il presidente indica al convenuto il termine entro cui è tenuto a depositare la memoria difensiva ed i documenti di cui intende avvalersi, tra i quali devono essere incluse le ultime dichiarazioni dei redditi presentate (su quest'ultimo aspetto vedi *amplius* § 2.6).

Tanto il ricorso quanto il pedissequo decreto dovranno poi essere notificati alla controparte a cura del ricorrente⁶⁰. La legge non prevede la perentorietà del termine per la notifica né del termine entro cui il convenuto ha la facoltà di presentare la memoria. Pertanto, secondo la regola dell'art. 152 c.p.c., entrambi i termini dovrebbero essere intesi come ordinatori⁶¹.

La legge⁶² non indica il termine che deve intercorrere tra la notifica del ri-

⁵⁷ A norma dell'art. 16 *bis*, comma 1°-*bis*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come aggiunto dal d.l. n. 83/2015, il deposito del ricorso introduttivo dei procedimenti di separazione e di divorzio può essere fatto sia nelle tradizionali forme cartacee sia nelle nuove modalità telematiche. In tal caso "il deposito si perfeziona esclusivamente con tali modalità".

⁵⁸ Si tratta di un termine ordinatorio; in tal senso SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, cit., p. 592.

⁵⁹ M. FINOCCHIARO, *Udienza presidenziale subito dopo la notifica*, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 22, p. 96; Cass., 20 maggio 1970, n. 2085, in *Mass. Foro it.*, 1977; Cass., 2 dicembre 2004, n. 22607, in *Mass. Giust. civ.*, 2004.

⁶⁰ In tema di nullità della notifica del ricorso e del decreto, si vedano Trib. Prato, 14 novembre 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 167, secondo cui tale nullità non può essere rilevata dal giudice istruttore; App. Venezia, 7 aprile 2008, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1151 secondo cui è nulla la notifica del ricorso per separazione personale richiesta dalla moglie e dalla stessa ricevuta ai sensi dell'art. 139 c.p.c. in quanto familiare convivente con il marito.

⁶¹ CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 142. Secondo Cass., 14 settembre 2004, n. 18448, in *Mass. Giur. it.*, 2004, il mancato rispetto del termine per la notifica del ricorso non determina nullità dello stesso.

⁶² Prima della riforma, l'art. 4 l. div. disponeva – con una norma applicabile anche al giudi-

corso e del decreto e l'udienza, né il termine per il deposito della memoria difensiva. Se ne deduce che entrambi sono rimessi alla discrezionalità del presidente e che questi è vincolato soltanto al rispetto del principio del contraddittorio: al convenuto dovrà essere lasciato un congruo lasso di tempo che gli consenta innanzitutto di decidere se intende difendersi per iscritto già in questa prima fase e che, in caso positivo, gli consenta di approntare un'adeguata difesa⁶³.

La scelta di sganciarsi dai termini propri del giudizio ordinario di cognizione rimarca la volontà di connotare in senso non strettamente contenzioso questa prima fase dei giudizi di separazione e di divorzio (nonché di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso) e di imprimere agli stessi, per quanto possibile, una accelerazione⁶⁴. Di contro, il fatto che ora il rispetto dei termini di costituzione previsti all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti della metà sia previsto tra la data dell'ordinanza presidenziale e la data della prima udienza davanti al giudice istruttore è uno degli indici della ripristinata "bifasicità" dei giudizi⁶⁵.

Con lo stesso decreto di fissazione dell'udienza il presidente, in seno ai procedimenti di divorzio, può nominare un curatore speciale al convenuto qualora egli sia malato di mente o legalmente incapace (art. 5, comma 5°, ult. parte, l. div.)⁶⁶, norma questa che, per espresso rinvio operato dall'art. 1, comma 25°

zio di separazione – che tra la data della notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza dinanzi al presidente dovessero intercorrere i termini dell'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti della metà.

⁶³ Secondo Corte cost., 2 febbraio 1978, n. 10, in *Foro it.*, 1978, I, c. 550 ciò che conta per la costituzionalità della *vocatio in ius* è che il lasso di tempo tra la notifica e l'udienza sia congruo per consentire al convenuto di preparare la propria difesa. Sull'illegittimità di termini che vanifichino l'esercizio di difesa delle parti cfr. CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., p. 142; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, cit., p. 120.

⁶⁴ M. FINOCCHIARO, *ibidem*, p. 96.

⁶⁵ GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1121.

⁶⁶ Non deve, di contro, essere nominato un curatore speciale per i figli minorenni della coppia separanda o divorzianda; benché secondo GRAZIOSI, *Osservazioni*, cit., p. 1151 si tratti di una grave lacuna, si deve ricordare come la Consulta (Corte cost., 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2697; in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 469 con nota di LISELLA, *Sulla nomina del curatore speciale dei minori nei procedimenti di divorzio e separazione personale*, nonché in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2189 con nota di BOCCACCIO, *La Corte costituzionale e l'«interesse del minore»: un'occasione mancata*); abbia escluso l'illegittimità costituzionale dei previgenti artt. 708 c.p.c. e 5 l. div. nella parte in cui non prevedono la nomina di un curatore speciale per i figli minorenni, sul presupposto che, da un lato, quei giudizi non incidono sullo *status* dei minori, come invece accade nei giudizi di disconoscimento e di adattabilità, e che, dall'altro, l'interesse del minore negli stessi è già sufficientemente tutelato dalla presenza del p.m.; sul problema v. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 413 ss. Per l'ordinanza di remissione v. Trib. Genova, 26 gennaio 1982 (ord.), in *Giur. merito*, 1982, p. 1117 nonché in *Dir. fam. e pers.* 1982 con nota di BRANCA, *Il giudice, i genitori ed il minore nel giudizio di separazione: dubbi e riserve sulla costituzionalità della normativa*. In arg. v. FADIGA, *Problemi vecchi e nuovi i tema di ascolto del minore*, in *Minori giust.*, 2006, p. 135).

della l. n. 76/2016, si applica anche allo scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Una disposizione analoga non è riprodotta nelle norme che disciplinano il procedimento di separazione. La lacuna viene tuttavia colmata facendo leva sull'art. 78 c.p.c.⁶⁷. Il presidente ha il potere di nomina del curatore speciale anche se vi era stata una previa nomina di un amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare. In assenza di conflitto di interessi è ovviamente opportuna la conferma della nomina a curatore dello stesso amministratore di sostegno.

Da ultimo si segnala come inizi a farsi strada, in giurisprudenza, un contenuto per così dire aggiuntivo ed opzionale del provvedimento con il quale il presidente fissa l'udienza di comparizione. Ci si riferisce a quella possibilità di assegnare un termine ad entrambe le parti per depositare i documenti necessari a ricostruire la situazione reddituale e patrimoniale dei coniugi, al fine dell'emanazione dei provvedimenti provvisori e urgenti⁶⁸.

1.4. Le difese del convenuto

La memoria difensiva non rappresenta l'atto con il quale avviene la costituzione del convenuto⁶⁹ e non può essere assimilata alla comparsa di risposta: su questo punto la legge non dà – apparentemente – adito a dubbi, poiché prevede un onere di costituzione del convenuto solo all'esito dell'udienza presidenziale. Il convenuto non ha pertanto alcun onere di costituirsi prima dell'udienza presidenziale o all'udienza stessa⁷⁰.

⁶⁷ A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio*, p. 139; DANOVI, *Il procedimento di separazione e divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, in AA.VV., *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, p. 152.

⁶⁸ Trib. Torino, decr. 20 maggio 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 380 ss. con commento di RAZZARI, *Un nuovo modello di disclosure nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio*. Il Tribunale di Torino, sull'esempio dei Tribunali di Roma e di Monza, introduce dunque un obbligo di *disclosure* in ordine alla complessiva situazione patrimoniale e reddituale dei coniugi ai fini dell'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, attraverso l'ordine della produzione in giudizio della documentazione relativa: a) ai conti correnti bancari cointestati o intestati a ciascuna delle parti singolarmente, con movimentazione degli ultimi tre anni; b) agli investimenti mobiliari (deposito titoli in custodia e/o amministrazione) su conti cointestati od intestati singolarmente a ciascuna delle parti; c) alle partecipazioni societarie facenti capo a ciascuna delle parti, possedute direttamente o indirettamente per interposta persona o tramite intestazione fiduciaria; d) a mutui o finanziamenti, cointestati od intestati a ciascuna delle parti, indicandone la tipologia, la causale, la durata ed i ratei mensili; e) visure catastali su base nazionale relative a proprietà immobiliari intestate singolarmente o cointestate alle parti; f) visure storiche su base nazionale del PRA riferite ad entrambi i coniugi.

⁶⁹ LUPOI, *La riforma*, cit., p. 962; VULLO, *La nuova disciplina*, cit., p. 24.

⁷⁰ TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, cit., p. 428 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, VI ed., IV, Milano, 2011, p. 300.

Solo con l'ordinanza presidenziale di fissazione dell'udienza dinanzi al giudice istruttore al convenuto viene assegnato un termine per la costituzione in giudizio ai sensi degli artt. 166 e 167, commi 1° e 2°, c.p.c., nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio, con l'avvertimento che la costituzione oltre il suddetto termine implica la decadenza di cui all'art. 167 c.p.c. (art. 709, comma 3°, c.p.c. e art. 4, comma 10°, l. div.).

Prima di quel momento, pertanto, non si produrrà a suo carico, ove decida di non depositare la memoria difensiva, alcuna preclusione o decadenza.

Contro il tenore testuale del dettato normativo parte della dottrina ritiene che se il convenuto decide di depositare, con l'assistenza del difensore, la memoria difensiva, esso debba considerarsi già costituito a tutti gli effetti di legge nella fase presidenziale. Il successivo termine per il deposito della comparsa di costituzione avrebbe senso, secondo questa ricostruzione, solo per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio ovvero per la proposizione di nuove domande⁷¹.

Quest'impostazione, frutto della concezione monofasica o unitaria dei procedimenti di separazione e di divorzio⁷², non può essere condivisa, a meno di non disconoscere il senso delle modifiche normative apportate agli artt. 706 ss. c.p.c. ed all'art. 4 l. div.

Ciò chiarito, non si può negare che la regolamentazione della memoria difensiva del convenuto pone altri problemi interpretativi di non poco conto. Innanzitutto, quello delle conseguenze del mancato deposito della stessa entro il termine fissato dal presidente.

Si è già detto che nessuna preclusione, in ordine alle domande riconvenzionali ed alle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, può prodursi in capo al convenuto che decida di non depositare la memoria difensiva; egli rimane libero di difendersi sia nella comparsa di risposta che all'udienza di comparizione e trattazione dinanzi all'istruttore. Poiché tuttavia la legge non prevede la perentorietà del termine – assegnato dal presidente – entro cui il convenuto ha la facoltà di presentare la memoria difensiva, è lecito chiedersi se esso sia ordinatorio e se quindi il convenuto possa depositarla anche dopo, fino all'udienza presidenziale.

Parte della dottrina dà una risposta positiva a questo quesito, giusta il disposto dell'art. 152 c.p.c. secondo cui possono essere perentori solo i termini appositamente indicati come tali dalla legge⁷³.

⁷¹ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 359; secondo CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 144, il legislatore quando ha indicato gli artt. 166 e 167 “non aveva idea chiaro in cosa consiste la costituzione in giudizio” visto che la costituzione è già avvenuta con il deposito della memoria integrativa.

⁷² Cfr. DANOVI, *Il procedimento*, cit., pp. 167-168.

⁷³ CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, cit., c. 142; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 360.