

Ar2

Ilaria Lombardini

**Profili processuali della separazione personale
dei coniugi: il procedimento di separazione
giudiziale**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A–B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5364-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

*A Beatrice, ad Elisabetta Claudia,
ai miei genitori e ad Alberto*

SOMMARIO

PREMESSA	11
LA DOMANDA DI SEPARAZIONE PERSONALE (ART. 706 C.P.C.)	15
1. Introduzione.	15
2. La giurisdizione e la competenza.	19
3. La legittimazione ad agire e la legittimazione processuale.	39
4. L'intervento del pubblico ministero e l'intervento in causa dei terzi.	45
5. La domanda introduttiva del giudizio.	52
6. Il deposito del ricorso e l'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza presidenziale.	71
7. La notificazione del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza. La memoria difensiva del convenuto.	74
8. La costituzione del convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico: cenni al dibattito ante riforma 2005 e rinvio.	80
LA COMPARIZIONE PERSONALE DELLE PARTI. CONSEGUENZE DELLA MANCATA COMPARIZIONE PERSONALE DELLE PARTI (ART. 707 C.P.C.)	83
1. L'incidenza della riforma del 2005 sull'art. 707 c.p.c.	83
2. L'onere della comparizione personale dei coniugi all'udienza presidenziale.....	85
3. L'assistenza del difensore.	86
4. La mancata comparizione delle parti per "gravi e comprovati motivi".	89
5. La mancata comparizione del ricorrente (comma 2).....	92
6. La mancata comparizione del convenuto (comma 3).....	95
IL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE E I PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE (ART. 708 C.P.C.)	99
1. L'udienza presidenziale: generalità.....	99
2. Il tentativo di conciliazione (art. 708, comma 1, c.p.c.): funzione, modalità di svolgimento, conseguenze del mancato esperimento.	101
3. La conciliazione (art. 708, comma 2, c.p.c.): effetti.	107

4.	Il fallimento del tentativo di conciliazione e l’emanazione dei provvedimenti “temporanei e urgenti” nell’interesse della prole e dei coniugi (art. 708, comma 3, c.p.c.).	109
5.	(Segue) Contenuto dei provvedimenti. Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (cenni e rinvio). Sull’ammissibilità dei provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.	119
6.	(Segue) La natura dei provvedimenti presidenziali.	122
7.	(Segue) La durata dei provvedimenti presidenziali.	128
8.	(Segue) L’esecutività dei provvedimenti presidenziali e la loro ultrattività in caso di estinzione del processo (art. 189 disp. att. c.p.c.).	131
9.	Il reclamo contro i provvedimenti temporanei ed urgenti nell’interesse della prole e dei coniugi (art. 708, comma 4, c.p.c.).	141
10.	(Segue) La revoca e la modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti nell’interesse della prole e dei coniugi (rinvio). La questione del reclamo avverso i provvedimenti di revoca/modifica dell’ordinanza presidenziale da parte del giudice istruttore.	152
11.	La nomina del giudice istruttore e la fissazione della prima udienza di comparizione e trattazione (comma 3).	156
LA NOTIFICAZIONE DELL’ORDINANZA PRESIDENZIALE E LA FISSAZIONE DELL’UDIENZA DAVANTI AL GIUDICE ISTRUTTORE (ART. 709 C.P.C.)		
		157
1.	La notifica dell’ordinanza presidenziale di fissazione dell’udienza davanti al giudice istruttore.	157
2.	La memoria integrativa del ricorrente e la sua costituzione in giudizio.	162
3.	La nuova disciplina della costituzione del convenuto dopo la riforma del 2005.	166
4.	La revoca o modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti nell’interesse dei coniugi e della prole adottati dal presidente ex art. 708 c.p.c. (cenni e rinvio).	174
L’UDIENZA DI COMPARIZIONE E TRATTAZIONE DAVANTI AL GIUDICE ISTRUTTORE. LA SENTENZA NON DEFINITIVA RELATIVA ALLA SEPARAZIONE (ART. 709-BIS C.P.C.)		
		177

1. La fase davanti al giudice istruttore nel processo di separazione giudiziale dei coniugi: profili peculiari.	177
2. La sentenza non definitiva di separazione.	183
3. L'appello.	186
4. I rapporti tra giudizio di separazione e altri procedimenti giudiziari.	195
SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE INSORTE TRA I GENITORI IN ORDINE ALL'ESERCIZIO DELLA POTESTÀ GENITORIALE O DELLE MODALITÀ DELL'AFFIDAMENTO. PROVVEDIMENTI IN CASO DI INADEMPIENZE O VIOLAZIONI (ART. 709-TER C.P.C.)	
1. Ambito applicativo della norma e sua funzione.	199
2. La competenza.	212
3. Il procedimento.	221
4. I provvedimenti.	224
5. L'impugnabilità dei provvedimenti.	236
I PROCEDIMENTI DI MODIFICA DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI (ART. 710 C.P.C.)	
1. Generalità.	241
2. L'ambito di applicazione.	245
3. L'oggetto del giudizio di revisione: casistica.	248
4. I presupposti per la modifica.	257
5. Modifica delle condizioni di separazione e rapporti con il processo di divorzio.	259
6. Il procedimento: la competenza, la fase introduttiva, la trattazione, l'istruttoria e la decisione.	261
7. Il procedimento: il regime delle impugnazioni.	272
8. I provvedimenti provvisori ex art. 710, ult. comma., c.p.c.	276
APPENDICE NORMATIVA	281

PREMESSA

Nel testo si è presa in esame la disciplina processuale della separazione giudiziale dei coniugi come ridisegnata dalle recenti riforme del 2005 e del 2006, soffermandosi sulle problematiche di maggior rilievo emerse in dottrina e in sede giurisprudenziale.

Gli artt. 706-710 c.p.c. disciplinano, come è noto, il procedimento di separazione giudiziale, che, unitamente al procedimento di separazione consensuale (regolato dall'art. 711 c.p.c.), configura uno dei due modelli di separazione personale dei coniugi previsti nel nostro sistema normativo. Il fondamento sostanziale della separazione giudiziale si rinviene nell'art. 151, comma 1, c.c., secondo cui la separazione può essere chiesta quando si verificano, anche a prescindere dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole.

L'attuale assetto normativo dei processi di separazione giudiziale e di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio è il risultato di ampie riforme nel 2005 e nel 2006 (con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con integrazioni e modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, in séguito con la L. 28 dicembre 2005, n. 263, e, successivamente, con la L. 8 febbraio 2006, n. 54, c.d. sull'affidamento condiviso). Il legislatore si è avvalso della tecnica della novellazione ed ha sostituito il testo degli artt. da 706 a 709 c.p.c., in materia di separazione e dell'art. 4 L. 1° dicembre 1970, n. 898, in tema di divorzio, ed ha inserito nel codice di rito gli artt. 709-*bis* (udienza di comparizione e trattazione davanti al giudice istruttore) e 709-*ter* c.p.c., rubricato "Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni", articolo aggiunto dall'art. 2 della L. n. 54 del 2006, sull'affido condiviso.

Le recenti riforme introdotte con le leggi n. 80 del 2005 e n. 54 del 2006 hanno profondamente inciso, come si vedrà nel corso della trattazione, sui processi di separazione e pongono problemi nuovi sui quali si prenderanno in esame le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza.

Di notevole rilevanza, anche pratica, è in primo luogo la questione relativa alla sopravvivenza dell'art. 23 L. n. 74/1987 e della conseguente applicabilità dell'art. 4 L. div. (previa verifica della compatibilità delle disposizioni *ivi* contenute) con valenza integrativa della disciplina dettata nel codice di rito per i procedimenti di separazione nella versione novellata dai sopra citati interventi normativi, attualmente in vigore, in particolare dal d.l. n. 35 del 2005, convertito dalla L. n. 80 del 2005 (l'art. 23 L. n. 74/1987, come è noto, estendeva ai procedimenti di separazione le regole dettate dall'art. 4 L. div. in quanto compatibili e “fino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile”). Sul punto la dottrina è divisa, riconosce però che nulla impedisce di colmare le lacune del processo di separazione applicando per analogia le norme sul divorzio che il legislatore non ha riprodotto nella nuova formulazione degli artt. 706-709 *bis* c.p.c.¹. Ciò in quanto la soluzione adottata dal legislatore nei procedimenti di separazione e di divorzio è stata quella di una “integrale uniformazione della struttura processuale e del rito”, fatte salve alcune differenze fra i due processi².

In definitiva, si può concordare con chi rileva che il legislatore con la riforma del 2005 (e del 2006) ha inteso configurare per i giudizi di separazione e di divorzio due riti speciali fra loro in sostanza omogenei, la cui regolamentazione però continua ad essere localizzata in sedi differenti³.

Occorre tenere presente che la materia del diritto di famiglia e dei procedimenti in materia di famiglia è un cantiere sempre aperto, in

¹ V., per tutti, LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *Il giusto processo civile* 2006, fasc. 3, 49; VULLO, *Sub art. 706*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 2^a ed., Padova, 2011, 2498.

² F. DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 849 ss., spec. 855; rileva invece sul punto che i riti nella separazione e nel divorzio, pressoché unificati ad opera dell'art. 23 L. n. 74/1987, si sono di nuovo diversificati GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1114; opinione ribadita dall'autore recentemente, GRAZIOSI, *Introduzione alla prima edizione*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, 2^a ed., Torino, 2011, 3 ss. spec. 6, l'autore ritiene che con le riforme del 2005/2006 sia stata ripristinata la duplicità dei riti per separazione e divorzio, ma esprime il “massimo dissenso” rispetto alla scelta operata dal legislatore.

³ CARRATTA, *Sub art. 706 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, t. II, Bologna, 2007, 1414.

continua e rapida evoluzione, da un lato per l'introduzione di specifiche norme (si pensi all'incidenza del sopra citato art. 709-ter c.p.c., inserito dalla L. n. 54/2006, per la soluzione delle controversie insorte fra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento), dall'altro per applicazione di norme più generali, sia nazionali (quali la riforma del codice di procedura civile, attuata dalla L. n. 69 del 2009, che, pur non avendo toccato in forma diretta i procedimenti in materia di famiglia, li ha però toccati indirettamente, in tutte quelle parti e quelle fasi in cui gli stessi traggono dal rito ordinario la propria regolamentazione processuale)⁴, sia transnazionali (per esempio, il Regolamento CE 27 novembre 2003, n. 2201 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e, di recente, il Regolamento UE n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale).

⁴ GRAZIOSI, *Introduzione alla seconda edizione*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, 2^a ed., cit., 1.

LA DOMANDA DI SEPARAZIONE PERSONALE (ART. 706 C.P.C.)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisdizione e la competenza. – 3. La legittimazione ad agire e la legittimazione processuale. – 4. L'intervento del pubblico ministero e l'intervento in causa dei terzi – 5. La domanda introduttiva del giudizio. – 6. Il deposito del ricorso e l'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza presidenziale. – 7. La notificazione del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza. La memoria difensiva del convenuto. – 8. La costituzione del convenuto e il maturare delle preclusioni a suo carico: cenni al dibattito *ante* riforma 2005 (rinvio).

1. Introduzione.

L'art. 706 c.p.c. disciplina la forma della domanda di separazione giudiziale dei coniugi, ed è stato così sostituito dall'art. 2, comma 3, lett. e-ter), D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, in L. 14 maggio 2005, n. 80.

Dopo la riforma del 2005/2006 dei processi di separazione personale dei coniugi e di divorzio, occorre preliminarmente porsi la questione relativa alla sopravvivenza dell'art. 23, L. 6 marzo 1987, n. 74 e della conseguente applicabilità dell'art. 4 L. div. (previa verifica della compatibilità delle disposizioni *ivi* contenute) con valenza integrativa della disciplina dettata nel codice di rito per i procedimenti di separazione.

La dottrina maggioritaria si esprime a favore dell'applicabilità, in quanto la soluzione adottata dal legislatore nei procedimenti di separazione e di divorzio è stata quella di una "integrale uniformazione della struttura processuale e del rito", fatte salve alcune differenze fra i due processi¹.

¹ F. DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 849 ss., spec. 855; rileva sul punto che i riti nella separazione e nel divorzio, pressoché unificati ad opera dell'art. 23 L. n. 74/1987, si sono di nuovo diversificati GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1114; sul tema v. anche G.F. RICCI, *Sub art. 706*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, t. I, Milano, 2007, 2089 ss.

In altre parole, il legislatore con la riforma del 2005 (e del 2006) ha inteso configurare per i giudizi di separazione e di divorzio due riti speciali fra loro in sostanza omogenei, la cui regolamentazione però continua ad essere localizzata in sedi differenti².

Sempre in ordine alla sopra citata questione, pare utile richiamare l'attenzione su alcuni profili. Innanzitutto, la speciale fase introduttiva del giudizio di separazione personale dei coniugi è caratterizzata dal fatto che successivamente all'udienza di comparizione dei coniugi davanti al presidente del tribunale vi è il passaggio della causa dinanzi al giudice istruttore. La riforma del 2005/2006 ha riconfigurato l'assetto normativo dei procedimenti in discorso, permettendo di superare notevoli difficoltà di coordinamento, dovute alla specialità della fase iniziale dei giudizi in commento, fra la normativa di cui all'art. 4 L. div. *ante* novella e l'assetto del processo ordinario di cognizione disciplinato dalla riforma del 1990, con specifico riferimento al sistema di preclusioni da essa previsto. In particolare, con riguardo alla disciplina previgente, oggi abrogata, il problema si era prima posto relativamente ai tempi di costituzione in giudizio del coniuge resistente, si era ulteriormente aggravato in séguito alla "controriforma" del 1995, che, nello sdoppiare la prima udienza di comparizione davanti all'istruttore in due udienze – l'una volta alla prima comparizione delle parti e alla verifica della regolarità del contraddittorio (art. 180 c.p.c.), e l'altra alla trattazione della causa (art. 183 c.p.c.) – aveva determinato incertezze per quanto attiene ai tempi e alle modalità di costituzione del convenuto (e al conseguente operare delle preclusioni). Ci si chiedeva, infatti, se la costituzione del convenuto andasse espletata con riferimento all'udienza davanti al presidente del tribunale o, invece, a quella innanzi al giudice istruttore. L'art. 709 c.p.c., nuova versione, dispone ora chiaramente che la costituzione del coniuge resistente *ex* artt. 166 e 167, commi 1 e

² In questi termini CARRATTA, Sub *art. 706 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, t. II, Bologna, 2007, 1414. Per inciso, si rileva che la quasi identità di disciplina tra i due procedimenti permette di richiamare in modo fungibile, in particolare nel commento agli artt. 706, 707 e 708 c.p.c., la dottrina e la giurisprudenza relative ai due suddetti procedimenti, ovviamente focalizzando l'attenzione su eventuali differenze di disciplina, così anche VULLO, Sub *art. 706*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2008, 2037.

2, c.p.c. e le preclusioni in essi stabilite – compresa quella relativa alla possibilità di sollevare eccezioni in senso stretto, vale a dire non rilevabili d’ufficio – vanno riferite al termine stabilito dal presidente con la stessa ordinanza emessa alla fine dell’udienza presidenziale. Inoltre, nel nuovo testo dell’art. 709-*bis* c.p.c. si rinviene nel procedimento di separazione giudiziale la stessa riunificazione della prima udienza di “comparizione delle parti e trattazione della causa”, operata dall’attuale art. 183 c.p.c., in cui si prevede che le attività-incombenze, di cui al vecchio disposto dell’art 180 c.p.c., debbano essere compiute dal giudice istruttore e non dal presidente nell’udienza di comparizione personale dei coniugi³.

Alcuni studiosi hanno posto l’accento sul fatto che il nuovo assetto normativo del giudizio di separazione dopo la novella del 2005 presenta alcuni aspetti – quali, la previsione che il ricorso introduttivo sia seguito, ultimata la fase presidenziale, da una “memoria integrativa” provvista dei requisiti di cui all’art. 163, comma 3, c.p.c. (art. 709, comma 3, c.p.c.); il rispetto dei termini a comparire di cui all’art. 163-*bis* c.p.c., ridotti a metà, tra la data dell’ordinanza presidenziale e la prima udienza davanti al giudice istruttore (art. 709, comma 2, c.p.c.); l’onere di notificazione dell’ordinanza presidenziale al convenuto non comparso (art. 709, comma 1, c.p.c.) – che si possono considerare profili sintomatici dell’accoglimento da parte del legislatore, nella riforma del 2005, della c.d. concezione bifasica, in base alla quale la fase contenziosa *tout court* del giudizio di separazione inizia solo con il passaggio della causa innanzi al giudice istruttore⁴. La dottrina maggioritaria ritiene che il nuovo assetto

³ In argomento v., per tutti, TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.* 2006, 7; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19^a ed., Torino, 2007, 100; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo-Luiso-Menchini-Salvaneschi (a cura di), *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 120; F. DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, cit., 864; LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 955 s.; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, cit., 1123, il quale ritiene si tratti più che di una scelta di tecnica processuale di una scelta dettata dal principio del *favor matrimonii* che permea la legge di riforma; v. inoltre il commento agli artt. 709 e 709-*bis*.

⁴ In quest’ottica GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, cit., 1116 ss.; LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili*

normativo non consenta di ritenere superata una concezione unitaria del procedimento, pur riconoscendo che si configura nel processo di separazione giudiziale una speciale fattispecie a formazione progressiva, in cui l'onere di completezza degli atti introduttivi del giudizio viene realizzato tramite il sommarsi di due atti (ricorso e successiva memoria integrativa, per quanto concerne il ricorrente, v. *infra* e al par. n. 5) al fine di consentire ai coniugi di non gravare i rispettivi atti introduttivi con allegazioni che potrebbero pregiudicare gli scopi dell'udienza presidenziale, volta, come noto, all'espletamento del tentativo di conciliazione e, solo in caso di fallimento dello stesso, all'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti in favore della prole e dei coniugi⁵.

Quanto alla natura del processo di separazione, la dottrina e la giurisprudenza nettamente prevalenti concordano sulla natura contenziosa del procedimento di separazione giudiziale e, in particolare, ritengono che all'interno della tutela di cognizione sia un'ipotesi di azione costitutiva necessaria⁶.

sistematici e fase introduttiva, cit., 956 ss. e 962; ID., *Procedimento di separazione e divorzio*, in *ED*, annali, I, Milano, 2007, 958; DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in G. Bonilini-G. Cattaneo (diretto da) *Il diritto di famiglia, Trattato*, I, *Famiglia e matrimonio*, 2ª ed., Torino, 2007, 570; dubitativamente F. DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, cit., 865 ss.

⁵ TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, cit., 9 e 11 s.; ID., *Nuove norme per la separazione giudiziale e il divorzio*, in *Studium iuris* 2005, 1023; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19ª ed., cit., 85 s. testo e nt. 11, e 100 nt. 36a; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 137; VULLO, *Sub art. 706*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, cit., 2049 ss., il quale rileva che la fattispecie a formazione progressiva si perfeziona con il deposito della memoria integrativa o con lo scadere del termine per presentarla; tale memoria integrativa è ritenuta del tutto facoltativa da CIPRIANI, *Processi di separazione e di divorzio*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.* 2005, V, 140 ss. Contraria alla tesi della struttura bifasica del giudizio di separazione è SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo-Luiso-Menchini-Salvaneschi (a cura di), *Il processo civile di riforma in riforma*, I, cit., 122 ss., 130 ss.; e pure CARRATTA, *Sub art. 706 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, t. II, cit., 1424 ss., il quale ampiamente argomenta il proprio dissenso alla concezione bifasica del procedimento di separazione. A favore dell'unitarietà del procedimento v. già in giurisprudenza Cass., 28 ottobre 1995, n. 11315; Cass., 8 settembre 1992, n. 10291; Cass., 24 giugno 1989, n. 3095; *contra* Cass., 3 dicembre 1996, n. 10780.

⁶ V., CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4ª ed., Napoli, 1928, 188; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 6ª ed., Milano, 2002, 175;

La dottrina minoritaria si pronuncia per la natura volontaria del procedimento di separazione giudiziale⁷. È interessante segnalare altresì che vi è chi riconduce il procedimento di separazione giudiziale nella categoria dei procedimenti di cognizione speciali a carattere non sommario e chi afferma trattarsi di un procedimento speciale esclusivo⁸.

2. La giurisdizione e la competenza.

La L. 31 maggio 1995, n. 218 di *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* ha ridisegnato la giurisdizione italiana nei procedimenti di separazione dei coniugi (e di divorzio). L'art. 32 della sopra citata legge regola specificamente la giurisdizione italiana in materia di nullità, annullamento del matrimonio, separazione personale dei coniugi e scioglimento del matrimonio, stabilendo che essa sussiste "oltre che nei casi previsti dall'art. 3 (su cui v. *infra* in questo paragrafo, n.d.s.), anche quando uno dei coniugi è cittadino

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19^a ed., cit., 78; TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, sub artt. 706-711 c.p.c., in G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi (diretto da), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 1, Padova, 1993, 567; BARCHI, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987, IX; DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in G. Bonilini-G. Cattaneo (diretto da) *Il diritto di famiglia. Trattato*, I, *Famiglia e matrimonio*, 2^a ed., cit., 560; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4^a ed., Milano, 2003, 616; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in Ferrando-Fortino-Ruscello, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, 2, Milano, 2002, 1389 ss.; F. DANOVI, *Separazione e addebito tra inscindibilità e autonomia*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 814; LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, cit., 956; VULLO, Sub art. 706, in C. Consolo-F.P. Luiso (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed. diretta da C. Consolo, III, Milano, 2007, 5200; ID., Sub art. 706, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, cit., 2037; CARPI-GRAZIOSI, voce *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, rist. 1997, 527; in giurisprudenza nella stessa prospettiva v. Cass., 25 luglio 2002, n. 10914, in *Fam. dir.* 2002, 594, con nota di FRASSINETTI; Cass. 8 settembre 1992, n. 10291; Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8427.

⁷ SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, 303 ss.; SATTÀ-PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2000, 986 s.; pare esprimersi nel senso di una natura mista, vale a dire contenziosa e al contempo volontaria, REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, III, 1957, 363 s.

⁸ Così, rispettivamente, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19^a ed., cit., 8, e TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile*, 4^a ed., Torino, 2000, 26.

italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia”⁹. Ci si limita qui a precisare che il “matrimonio celebrato in Italia” si riferisce nella fattispecie anche a quello celebrato nel territorio italiano tra soggetti entrambi stranieri, nelle forme sancite dalla legge italiana, ma non a quello celebrato nelle forme regolate da una legge nazionale straniera di uno dei coniugi o dalla legge straniera dello Stato di comune residenza in quel momento, così come stabilito dall’art. 28 della L. n. 218/1995¹⁰.

Inoltre, il riferimento “ai casi previsti dall’art. 3” della L. n. 218/1995, contenuto nel sopra citato art. 32 della medesima legge, comporta che la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è residente o domiciliato in Italia (comma 1), mentre sembra non applicarsi ai procedimenti in oggetto l’altra ipotesi prevista dal medesimo comma 1, che estende la giurisdizione italiana ai casi in cui il convenuto abbia un rappresentante autorizzato a stare in Italia, *ex art. 77 c.p.c.*, in quanto, come precisato anche dalla relazione ministeriale, essa si applica soltanto alle controversie concernenti rapporti patrimoniali¹¹.

Si rammenta che il comma 2 dell’art. 3 della L. n. 218/1995 estende la giurisdizione italiana nei confronti dello straniero “anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”, e quindi, nei procedimenti in esame, a quelli indicati dal novellato art. 706 c.p.c.

⁹ Per un commento alla norma e per utili riferimenti bibliografici sull’art. 32 L. n. 218/1995 v. BORGHESI, *Commento agli artt. 31-32, L. 31 maggio 1995, n. 218*, in AA.VV., *Codice della separazione e del divorzio*, a cura di Franco Anelli e Domenico Borghesi, Piacenza, 2010, 764.

¹⁰ In questi termini, BADIALI, voce *Divorzio (III, Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1999, 7; v. in argomento altresì TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., *cit.*, 305; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in Ferrando-Fortino-Ruscello, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, 2, *cit.*, 1406; VULLO, *Sub art. 706*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, *cit.*, 2038; ID., *Sub art. 706*, in C. Consolo-F.P. Luiso (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed., *cit.*, 5200 s.; LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, *cit.*, 959.

¹¹ In questo senso v. BADIALI, voce *Divorzio (III, Diritto internazionale privato e processuale)*, *cit.*, 7; BARATTA, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, Milano, 2002, 1556; VULLO, *Sub art. 706*, in C. Consolo-F.P. Luiso (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 3^a ed., *cit.*, 5201.

(per la separazione) e dall'art. 4, comma 1, L. div. (per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio).

Pertanto, la giurisdizione del giudice italiano nei confronti del coniuge straniero sussiste non solo qualora il coniuge convenuto sia residente o domiciliato in Italia, ma anche quando abbia la residenza in Italia il solo ricorrente¹². Anche la Suprema corte ha ribadito il principio espresso dall'art. 3, comma 2, della L. n. 218/1995. Quindi nell'ipotesi in cui nessuno dei coniugi sia cittadino italiano ed il matrimonio non sia stato celebrato in Italia, la giurisdizione spetta al giudice italiano non soltanto se il convenuto sia residente o domiciliato in Italia, ma, anche in mancanza di tale presupposto, qualora l'attore abbia la residenza o il domicilio in Italia (Cass., sez. un., 3 febbraio 2004, n. 1994; Cass., sez. un., 27 novembre 1998, n. 12056; Cass., 12 settembre 1997, n. 9033; in materia di litispendenza ex art. 7, L. n. 218/1995, cfr. Cass., sez. un., 20 luglio 2001, n. 9884).

Così divengono residuali i casi in cui non sussista la giurisdizione del giudice italiano, che sembrano limitati a quelli di cittadini, ambedue stranieri, che non abbiano celebrato il matrimonio in Italia e che non abbiano nel nostro paese né la residenza, né il domicilio, considerato che la residenza o il domicilio del convenuto o dell'attore costituiscono già criterio di competenza¹³.

¹² TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., cit., 304; LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, cit., 959, il quale rileva che “salvo che non si adotti un'interpretazione costituzionalmente orientata della parte finale dell'art. 3, comma 2, L. n. 218/2005, le nostre corti possono essere investite da un numero potenzialmente infinito di controversie tra cittadini extracomunitari, ancorché prive di qualsiasi collegamento con il nostro paese”; per rilievi simili cfr. anche CARRATA, *Sub art. 706 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, t. II, cit., 1443; VULLO, *Sub art. 706*, in A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, cit., 2038.

¹³ Così NASCIBENE, *Divorzio e diritto internazionale privato*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2004, 240; BARATTA, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, cit., 1558; TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., cit., 303 ss.; SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in G. Bonilini-G. Cattaneo (diretto da) *Il diritto di famiglia, Trattato*, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 584 s.; diversamente v., invece, BADIALI, voce *Divorzio (III, Diritto internazionale privato e processuale)*, cit., 8, il quale afferma che il criterio della residenza o del domicilio del ricorrente rileva solo ai fini della competenza e non anche della giurisdizione.