

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI, MERCATI E TUTELE:
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**

Ciclo XXIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/F1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/15

**I CONTROLLI SULLA TUTELA INTERINALE
DELLA CRISI DELLA FAMIGLIA**

Tesi presentata da: **DOTT.SSA GAIA MARIA TERESA FASCIANO**

Coordinatore Dottorato: **CHIAR.MA PROF.SSA ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA**

Relatore: **CHIAR.MO PROF. PAOLO BIAVATI**

Esame finale anno 2012

Al mio papà.

INDICE SOMMARIO

ABSTRACT

INTRODUZIONE

1. Premessa. Pag. 1

CAPITOLO I

LA NATURA ED IL REGIME DI IMPUGNABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI TEMPORANEI E URGENTI: L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA

1. Sotto la vigenza del Codice di Procedura Civile del 1865 . Pag. 5
2. L'entrata in vigore del Codice di Procedura Civile del
1940. Pag. 9
3. La Novella del 1990: l'introduzione del rito cautelare
uniforme. Pag. 23
4. Il panorama dottrinale e giurisprudenziale successivo agli
interventi della Corte costituzionale in tema di reclamo
cautelare. Pag. 29

CAPITOLO II

IL REGIME DI IMPUGNABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI PRESIDENZIALI NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO: IL RECLAMO DI CUI ALL'ART. 708 C.P.C.

1. La L. 14 maggio 2005, n. 80. Pag. 50
2. La L. 8 febbraio 2006, n. 54. Pag. 57
3. Il reclamo di cui all'art. 708, quarto comma, c.p.c. Pag. 59

4. L'ambito di applicazione del reclamo: i provvedimenti reclamabili.	Pag. 60
5. La competenza della Corte d'appello.	Pag. 66
6. Il termine per la proposizione del reclamo: 10 giorni dalla notificazione del provvedimento.	Pag. 71
7. Il procedimento in camera di consiglio.	Pag. 78
8. L'atto introduttivo del giudizio, l'instaurazione del contraddittorio ed il reclamo incidentale.	Pag. 82
9. Il pubblico ministero: difetto di legittimazione ad impugnare e partecipazione obbligatoria.	Pag. 90
10. I poteri cognitivi ed istruttori della Corte d'appello: vizi deducibili in sede di reclamo e limiti probatori.	Pag. 94
11. Il provvedimento conclusivo: natura sostitutiva del reclamo, forma e stabilità.	Pag. 100
12. Il regime delle spese.	Pag. 102
13. La natura del reclamo. Inapplicabilità del rito cautelare uniforme per colmare le lacune della disciplina contenuta nell'art. 708 c.p.c. ed esclusione del potere di inibitoria in capo al giudice del reclamo.	Pag. 105
14. Conclusioni.	Pag. 110

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA IL RECLAMO ALLA CORTE D'APPELLO E LA REVOCA E MODIFICA AD OPERA DEL GIUDICE ISTRUTTORE

1. L'evoluzione normativa.	Pag. 114
2. La tesi dell'applicazione analogica della disciplina dettata in materia cautelare.	Pag. 116
3. La tesi del carattere alternativo dei due rimedi, con prevalenza del reclamo.	Pag. 122

4. La tesi dell'alternatività dei due rimedi, secondo la regola della prevenzione.	Pag. 126
5. Il criterio del diverso ambito di applicazione dei due rimedi.	Pag. 128
6. Il criterio del dedotto e del deducibile in sede di reclamo.	Pag. 133
7. L'orientamento della giurisprudenza.	Pag. 135
8. Il regime di stabilità del provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo.	Pag. 140
9. Conclusioni.	Pag. 143

CAPITOLO IV

IL REGIME DI STABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI INTERINALI RESI DAL GIUDICE ISTRUTTORE

1. La questione della reclamabilità dei provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore.	Pag. 155
2. L'attuale quadro normativo.	Pag. 156
3. La tesi dell'inammissibilità del reclamo.	Pag. 158
4. La tesi dell'ammissibilità del reclamo.	Pag. 162
5. La tesi della reclamabilità ai sensi dell'art. 669 <i>terdecies</i> c.p.c.	Pag. 167
6. La giurisprudenza del Tribunale di Genova.	Pag. 170
7. La tesi della reclamabilità avanti alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 708 c.p.c.	Pag. 174
8. L'applicabilità dell'istituto della <i>translatio iudicii</i> a fronte della pronuncia di incompetenza del giudice adito con il reclamo.	Pag. 177
9. Conclusioni.	Pag. 180

CAPITOLO V
I PROGETTI DI RIFORMA

- | | |
|---|----------|
| 1. Il DDL Senato n. 957 – XVI Legislatura. | Pag. 186 |
| 2. Il DDL Senato n. 2454 – XVI Legislatura. | Pag. 189 |
| 3. Conclusioni. | Pag. 195 |

CONCLUSIONI

- | | |
|----------------------------|----------|
| 1. Riflessioni conclusive. | Pag. 197 |
|----------------------------|----------|

INDICE BIBLIOGRAFICO

ABSTRACT

I CONTROLLI SULLA TUTELA INTERINALE DELLA CRISI DELLA FAMIGLIA

La tesi affronta il tema dei controlli avverso i provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, dapprima fornendo un inquadramento storico della problematica, attraverso la disamina delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi con riferimento alla natura ed al regime impugnatorio di tali provvedimenti dall'entrata in vigore del codice di rito del 1865 ad oggi, dopodiché analizzando le numerose questioni interpretative cui l'attuale quadro normativo, risultante dalla stratificazione legislativa operata dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, dà origine.

In particolare la tesi, dopo aver delineato la struttura del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., cercando di fornire una soluzione ai dubbi che la scarna disciplina contenuta nella menzionata norma solleva, si occupa dei rapporti tra gli istituti del reclamo alla Corte d'appello e della revoca e modifica ad opera del giudice istruttore, riepilogando le varie teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema e cercando di individuare quale sia l'ambito di applicazione di ciascuno strumento di controllo.

La tesi affronta poi, a fronte della mancata previsione di una forma di riesame avanti ad un organo superiore avverso i provvedimenti resi dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., la questione della reclamabilità di tali provvedimenti, cercando di individuare quale sia lo strumento più idoneo cui fare ricorso per colmare la lacuna che si dovesse ritenere esistente nel dato normativo.

Il lavoro si conclude con la disamina, in una prospettiva *de iure condendo*, dei progetti di riforma che sono stati elaborati con riferimento al tema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei e urgenti.

CONTROLS OVER TEMPORARY WARDSHIP IN CASES OF FAMILY CRISIS

The thesis deals with the subject of controls over provisions made on behalf of children and married couples during separation and divorce proceedings. It firstly provides a historical framework for the problem, by examining the opinions of legal doctrine and the case history built up concerning the nature and means of opposing such provisions, from the coming into force of the 1865 procedural code till the present day. It will then analyse the numerous questions of interpretation created by the current regulatory framework as a result of the stratification of rules resulting from Law 14 May 2005, no. 80 and Law 8 February 2006, no. 54.

In particular the thesis, after describing the structure for opposing provisions as of art. 708 of the Italian Civil Procedure Code and attempting to resolve the doubts raised by the meagre discipline contained in this regulation, will compare the ways and means of disputing provisions in the Appeal Court and having them revoked or modified by the Investigating Magistrate. It will then summarize the various theories on the subject evolved by legal doctrine and case law and will attempt to identify the area of application of each controlling instrument.

Given that no form of re-examination before a higher body is envisaged of the Investigating Magistrate's provisions, issued as of art. 709, last paragraph, of the Italian Civil Procedure Code, the thesis will discuss whether such provisions can be appealed against, and will try to identify the most suitable instrument with which to overcome the lacuna which must be deemed to exist in the present regulations.

The work will conclude by examining, from a *de iure condendo* perspective, the projects for reform that have been drawn up regarding the question of controls over temporary and urgent provisions.

INTRODUZIONE

1. Premessa.

Il tema dei controlli sui provvedimenti temporanei ed urgenti resi nell'ambito dei procedimenti di separazione personale dei coniugi ha costituito da sempre oggetto di grande interesse da parte degli studiosi, che, già sotto la vigenza del codice di rito del 1865, si interrogavano su quale natura dovesse attribuirsi a tali provvedimenti, divisi tra coloro che preferivano ascriverli all'alveo della giurisdizione volontaria e coloro che propendevano, invece, per l'opposta soluzione, di qualificarli come provvedimenti contenziosi, vuoi di carattere interinale ed anticipatorio, vuoi di carattere cautelare.

Con l'entrata in vigore del codice del 1940, il dibattito dottrinale sul tema in questione, lungi dall'affievolirsi, ha assunto toni ancora più accesi, avendo il legislatore dimostrato di non voler prendere posizione sul tema della impugnabilità dei provvedimenti *de quibus*.

La Novella del 1990, introducendo nel nostro ordinamento il rito cautelare uniforme ed, in particolare, la possibilità di esperire una forma di reclamo avverso i provvedimenti concessivi di una misura cautelare, facoltà poi ampliata a seguito di alcune note pronunce della Corte costituzionale circa le categorie di provvedimenti reclamabili, ha contribuito a fornire nuova linfa al dibattito dottrinale, discutendosi se i provvedimenti temporanei ed urgenti, emanabili, a seguito dell'entrata in vigore della L. 1° dicembre 1970, n. 898, anche nell'ambito dei procedimenti di divorzio, non potessero essere assoggettati ad alcuna forma di controllo, se non al potere di revoca e modifica previsto in capo

all'istruttore, oppure se, contro gli stessi, fosse applicabile analogicamente il reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Con il presente lavoro si cercherà, innanzitutto, di fornire un inquadramento storico della problematica in esame, prestando particolare attenzione alle teorie sviluppate dagli studiosi con riferimento alla natura da attribuire ai provvedimenti temporanei ed urgenti.

Si procederà, poi, esaminando come sia disciplinato nell'attuale quadro normativo, risultante dalla stratificazione legislativa operata dalle riforme del 2005 e del 2006, il sistema dei controlli avverso i provvedimenti *de quibus*.

Com'è noto, il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, nonostante abbia apportato importanti modifiche ai procedimenti di separazione e di divorzio, ha lasciato delusa la maggior parte degli studiosi: tale intervento normativo non ha, infatti, previsto alcuna forma di controllo avanti ad un giudice superiore avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti, limitandosi a svincolare il potere di revoca e modifica attribuito all'istruttore dalla necessità di un mutamento nelle circostanze, codificando una soluzione peraltro già sancita per i procedimenti di divorzio e ritenuta applicabile anche nell'ambito dei procedimenti di separazione, in virtù di quanto previsto dall'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n. 74.

La successiva L. 8 febbraio 2006, n. 54 ha, invece, inciso profondamente sul tema dei controlli avverso le misure *de quibus*, introducendo la possibilità di assoggettare a reclamo avanti alla Corte d'appello i provvedimenti presidenziali, senza nulla però prevedere con riguardo agli analoghi provvedimenti resi dall'istruttore.

Benché l'introduzione di una forma di controllo avverso i provvedimenti resi dal presidente sia stata accolta dagli studiosi con grande favore, l'intervento normativo del 2006 ha ben presto palesato di essere incompleto e mal coordinato con la Novella, immediatamente precedente, del 2005, lasciando agli interpreti numerose questioni da risolvere, alle quali, nel corso del presente lavoro, si cercherà di dare risposta. Si procederà dunque, in primo luogo, dopo aver delimitato l'ambito oggettivo di applicazione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., ad esaminare la struttura di questo strumento di controllo con riferimento agli aspetti espressamente disciplinati da detta norma, con le problematiche conseguenti, dall'individuazione del *dies a quo* del termine ivi previsto, alla scelta della Corte d'appello quale giudice deputato a conoscere dell'impugnazione, al rito da seguire. A questa prima analisi si aggiungerà la disamina delle problematiche cui l'estrema laconicità della norma dà origine, nel tentativo di stabilire quale debba essere il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, con quali modalità debba essere instaurato il contraddittorio, se sia o meno ammissibile il reclamo incidentale, quale ruolo debba rivestire il pubblico ministero nel giudizio *de quo*, quali siano i poteri cognitivi ed istruttori della Corte d'appello, sino al regime di stabilità del provvedimento conclusivo del giudizio.

Concluderà l'esame della struttura del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. una valutazione concernente la natura da attribuirsi al nuovo strumento di controllo, effettuata attraverso il confronto con gli analoghi istituti del reclamo cautelare e di quello camerale.

Si affronterà, poi, il tema dei rapporti tra il reclamo alla Corte d'appello ed il potere di revoca e modifica ad opera del giudice istruttore, dapprima esponendo le teorie elaborate sul tema dalla dottrina e dalla

giurisprudenza, dopodiché cercando di individuare la soluzione preferibile. Come si avrà modo di vedere, manca, infatti, nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio una disciplina, analoga a quella prevista in ambito cautelare, atta a regolare tali rapporti.

Questa analisi comporterà che si debba procedere altresì ad esaminare quale sia il grado di stabilità del provvedimento reso dalla Corte d'appello in sede di reclamo, cercando di stabilire se esso possa essere modificato liberamente dal giudice istruttore, ovvero se sia necessario, perché tale potere possa essere esercitato, un mutamento nelle circostanze.

Si provvederà, infine, a valutare la portata della mancata previsione di una forma di controllo avanti ad un giudice superiore avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti resi dall'istruttore: se costituisca, cioè, una lacuna del sistema ovvero corrisponda ad una scelta consapevole operata dai *conditores*.

Il lavoro si concluderà con l'illustrazione, in una prospettiva *de jure condendo*, dei disegni di legge nn. 957 e 2454, presentati al Senato nel corso della XVI Legislatura, entrambi recanti modifiche al codice di procedura civile anche con riferimento al tema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti.

CAPITOLO I

LA NATURA ED IL REGIME DI IMPUGNABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI TEMPORANEI E URGENTI: L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA

1. Sotto la vigenza del Codice di Procedura Civile del 1865.

La questione della natura dei provvedimenti presidenziali emanati nel corso dei procedimenti di separazione costituisce oggetto di un acceso dibattito dottrinale fin dalla vigenza del codice di rito del 1865.

L'art. 808, terzo comma, del vecchio codice prevedeva: *“Se la conciliazione non riesca o la parte citata non comparisca, il presidente rimette con decreto le parti avanti il tribunale, e dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole, salvo quanto è stabilito dall'articolo precedente”*. Nell'interpretare tale norma, la dottrina era divisa nel riconoscere natura volontaria, piuttosto che contenziosa e cautelare ai provvedimenti in questione.

Il più strenuo sostenitore della natura volontaria dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole fu Mortara¹. Tale illustre autore, seppur fosse convinto di dover ascrivere all'alveo della giurisdizione contenziosa gran parte del procedimento di separazione, riteneva che, fino all'emanazione del decreto di cui all'ultimo comma dell'art. 808 c.p.c., tale procedimento si svolgesse in sede di giurisdizione volontaria, dando luogo

¹ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, IV ed., Milano, 1923, 699 e ss.

ad una sorta di fase pre-contenziosa distinta dal giudizio sul merito². In particolare, egli individuava la principale ragione di tale assunto nella circostanza che il provvedimento con cui il presidente rimetteva la controversia al giudizio del tribunale, contestualmente emanando i provvedimenti temporanei e urgenti, assumeva la forma del decreto, tipica, appunto, della giurisdizione volontaria. Proprio sulla base di tale dato normativo, l'autore in questione escludeva che tali provvedimenti potessero essere assoggettati a reclamo avanti al collegio, adducendo la diversità di disciplina prevista per le ordinanze del presidente del tribunale, reclamabili ai sensi dell'allora vigente art. 183 c.p.c. in quanto espressione di una "*potestà delegata*", e quella dei decreti in questione, non reclamabili in quanto espressione di una "*potestà personale del presidente*". L'esclusione del reclamo avanti al collegio sarebbe stata giustificata, a detta di Mortara, oltre che dalla forma di decreto assunta dal provvedimento, anche dalla sua temporaneità, in quanto destinato ad essere sostituito da quello definitivo del tribunale.

Nell'interpretare il pensiero di questo studioso, si è di recente sostenuto³ che egli avesse, in realtà, espressamente escluso la sola reclamabilità al collegio, essendo i provvedimenti camerali impugnabili con reclamo alla Corte di appello in forza dell'allora vigente art. 781 c.p.c.⁴.

² Questo è quanto ci riferisce, a proposito del pensiero di Mortara, CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 e ss.

³ Così CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori*, in AA. VV., *Dal reclamo all'appello: le impugnazioni nei procedimenti per separazione e divorzio*, a cura di Cecchella, Pisa, 2008, 70 e ss., nonché AA.VV., *Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali*, in *Il processo di separazione e divorzio. Rito e prassi*, a cura di Bruno de Filippis, Padova, 2011, 151 e ss.

⁴ Tale norma prevedeva: "*Sulla relazione del giudice delegato, l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti di ragione. Contro questi provvedimenti si può proporre reclamo all'autorità giudiziaria superiore, osservate le forme indicate nei due articoli precedenti, salvo le disposizioni speciali della legge*".

L'istanza per l'eventuale emissione di nuovi provvedimenti temporanei e urgenti o per la modifica di quelli già resi avrebbe dovuto essere indirizzata, sempre secondo l'autore di cui si riporta il pensiero, al presidente.

Il principale esponente della teoria della natura contenziosa dei provvedimenti presidenziali fu, invece, Chiovenda⁵. Tale autore, infatti, benché fosse convinto che con il decreto del presidente che rimette le parti davanti al tribunale si aprisse una seconda fase del procedimento di separazione, era convinto fautore dell'unicità del procedimento e della sua integrale ascrivibilità alla giurisdizione contenziosa, in quanto fondato *“sulla domanda con cui una parte fa valer contro l'altra il diritto di chiedere la separazione personale”*. In particolare, *“il tentativo di conciliazione e l'emanazione di misure cautelari e urgenti - scriveva l'autore - avvengono nell'ambito di un procedimento contenzioso, come mezzo al fine di statuire sul diritto dell'attore e di regolare i rapporti familiari durante il giudizio”*. Inquadri, quindi, i provvedimenti in questione nell'ambito della giurisdizione contenziosa cautelare, Chiovenda dichiarava di ritenere troppo fragile l'argomentazione da cui Mortara deduceva la natura volontaria del procedimento, ossia la forma di decreto da esso assunta: l'incertezza della terminologia utilizzata dal legislatore era, infatti, tale da non rendere decisivo tale argomento. Conseguenza di tale presa di posizione era l'ammissibilità del reclamo al collegio (a quell'epoca previsto per i provvedimenti cautelari) contro i provvedimenti temporanei e urgenti del presidente, da proporsi nel termine di cui all'art. 183 c.p.c. Indipendentemente dalla impugnazione del provvedimento

⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1250 e ss.

presidenziale, nuove circostanze avrebbero infine giustificato la richiesta al presidente di nuove misure cautelari e temporanee. I provvedimenti temporanei e urgenti, in quanto emanati nella pendenza di un giudizio e in vista di questo, erano destinati, sempre secondo il pensiero di Chiovenda, a perdere efficacia sia nell'ipotesi di rigetto della domanda, che in quella di estinzione del procedimento.

Sempre sotto la vigenza del vecchio codice, anche Calamandrei⁶ prese posizione in merito alla natura dei provvedimenti presidenziali, annoverandoli tra i provvedimenti cautelari anticipatori dei provvedimenti decisori. *“Il provvedimento cautelare in questione – scriveva questo autore – non può aspirare a diventare esso stesso definitivo, ma è in ogni caso preordinato alla emanazione di un provvedimento principale, al sopraggiungere del quale gli effetti provvisori della misura cautelare sono destinati a cadere senz'altro, perché, quand'anche la decisione principale sostanzialmente riproduca e faccia sue le disposizioni del provvedimento cautelare, essa funziona sempre come decisione ex novo del rapporto controverso, e non come convalida del provvedimento cautelare”*.

Appare dunque evidente che, sotto la vigenza del codice del 1865, il problema della natura dei provvedimenti presidenziali poco influiva su quello della loro impugnabilità. Se, infatti, si interpreta il pensiero di Mortara nel senso sopra visto, ossia che egli escludesse il solo reclamo al collegio ma non quello, previsto dal codice allora vigente, per tutti i provvedimenti camerali, al presidente della Corte d'appello, può senza timore affermarsi che nessuno allora dubitava dell'impugnabilità dei provvedimenti presidenziali, la quale risultava comunque garantita, sia che

⁶ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 38 e ss.

li si considerasse di volontaria giurisdizione, sia che ad essi si attribuisse natura contenziosa cautelare.

Tale scelta legislativa, come correttamente è stato rilevato⁷, era perfettamente in linea con la struttura del processo risultante dal vecchio codice di rito, che assicurava notevoli garanzie a tutti i provvedimenti interlocutori emessi nel corso del processo ordinario.

2. L'entrata in vigore del Codice di Procedura Civile del 1940.

Con l'entrata in vigore del codice del 1940, il quadro normativo di riferimento mutò profondamente e, con esso, il dibattito dottrinale relativo alla natura dei provvedimenti presidenziali assunse nuovi toni.

L'art. 706 c.p.c. chiari, infatti, che la domanda di separazione era contenuta nel ricorso iniziale, rivolto al tribunale, mentre il successivo art. 709 c.p.c. prevede espressamente che il processo proseguisse, e non iniziasse, davanti all'istruttore, così suffragando l'idea chiovendiana dell'unicità del procedimento. Con particolare riferimento ai provvedimenti presidenziali, il nuovo art. 708 c.p.c. , terzo e quarto comma, così dispose: *“Se il coniuge convenuto non comparisce o la conciliazione non riesce, il presidente, anche d'ufficio, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti davanti a questo. Se si verificano mutamenti nelle circostanze, l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177”*.

⁷ CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica*, cit., 70.

Altra modifica di non poca importanza fu l'introduzione dell'art. 189 disp. att. c.p.c.⁸, la cui formulazione, a seguito dell'entrata in vigore del R.D. 20 aprile 1942, n. 504, risultava essere la seguente: *“L’ordinanza con la quale il presidente del tribunale o il giudice istruttore dà i provvedimenti di cui all’art. 708 del codice costituisce titolo esecutivo. Essa conserva la sua efficacia anche dopo l’estinzione del processo finché non sia sostituita con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi”*.

Il nuovo assetto normativo fornì, dunque, agli studiosi notevoli spunti affinché continuassero ad interrogarsi in merito alla natura dei provvedimenti presidenziali, sulla quale il legislatore aveva chiaramente dimostrato di non voler prendere posizione.

Tale questione, tra l'altro, assumeva, con il codice del 1940, un'importanza tutta nuova: se, infatti, sotto il vigore del codice del 1865, come è stato correttamente osservato⁹, *“la diatriba sulla natura dei provvedimenti nell’interesse dei coniugi e della prole era del tutto impermeabile al problema della loro impugnabilità, giacché, sia che se ne affermasse la natura volontaria, sia quella cautelare, comunque nessuno dubitava della possibilità per le parti di gravarli”*, con l'entrata in vigore del codice del 1940 il problema della natura veniva affrontato *“avendo di vista (anche) quello dell’impugnazione”*.

Il nuovo codice, lungi dall'aver fatto chiarezza su tale questione, la rese ancora più attuale laddove, da un lato, prevedendo che il processo

⁸ Con la riforma del 1987, il legislatore ha chiarito, all'ottavo comma dell'art. 4 della legge 898 del 1970, che l'art. 189 disp. att. c.p.c. deve applicarsi anche in sede di divorzio.

⁹ CEA, *I provvedimenti nell’interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, nota a Trib. Foggia, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 264.

proseguisse davanti all'istruttore, accolse la tesi dell'unità del processo tanto invocata da Chiovenda e, dall'altro, stabilì l'officiosità e l'ultrattività dei provvedimenti presidenziali, caratteristiche che ben si conciliavano con la natura volontaria degli stessi, di cui Mortara era stato strenuo sostenitore.

In dottrina, con la nuova sistemazione normativa, la tesi della natura di giurisdizione volontaria dei provvedimenti in questione, cui Mortara per primo aveva aderito, incominciò ad essere abbandonata, sotto la spinta dell'insegnamento chiovendiano. Alcuni autori, però, dimostrarono di non condividere tale scelta e rimasero fermi nell'escludere la natura contenziosa di detti provvedimenti. Ricordiamo, in proposito, il pensiero di Fazzalari¹⁰, il quale negò la qualificazione giurisdizionale cautelare dei provvedimenti *de quibus* per diverse ragioni: sia per la loro ultrattività, sia per il rilievo che *“essi non anticipano la condotta del coniuge colpevole, bensì accudiscono all'interesse di entrambi i coniugi”*, sia perché quel *“minimo d'accertamento”* svolto dal presidente altro non sarebbe che *“quell'accertamento dei presupposti che qualsiasi organo pubblico compie e che non è, quindi, distintivo della giurisdizione”*. Né, a detta di questo studioso, il provvedimento in questione avrebbe potuto essere classificato come una *“qualsiasi ordinanza istruttoria”*, mancando *“il profilo di quest'ultima, consistente in ciò che essa incide sulle posizioni processuali e non su quelle sostanziali”*.

Muovendo da tali premesse, Fazzalari si dichiarò favorevole a considerare tale provvedimento di natura volontaria, in quanto *“non presuppone la lesione di un diritto”* e *“il magistrato non accerta né delibera”*.

¹⁰ FAZZALARI, Voce *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 374.

la ragione e il torto, ma constatata, come presupposto della sua condotta, il perdurare del contrasto tra i coniugi; contrasto che peraltro riguarda la possibilità di condividere letto e mensa, ma può non coinvolgere il punto (per esempio, il quantum degli alimenti, o l'assegnazione dei figli) su cui cade il provvedimento presidenziale". Conseguenza di tale inquadramento era, a detta di questo autore, l'ammissibilità del reclamo al presidente della Corte d'appello contro l'ordinanza presidenziale, strumento pienamente compatibile con la revocabilità da parte dell'istruttore per circostanze sopravvenute prevista dall'art. 708 c.p.c.

Lo studioso che si dedicò con maggiore attenzione e assiduità ai provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole fu, però, Cipriani¹¹, il quale, quantomeno nella fase iniziale dei suoi studi, fu anche il principale sostenitore della natura volontaria degli stessi. Nella sua opera interamente dedicata a tale argomento, è possibile rinvenire dettagliatamente indicate le ragioni per le quali l'autore riteneva di aderire a tale tesi. *In primis*, Cipriani rilevava che i provvedimenti presidenziali *"non presuppongono alcun accertamento cognitivo, ma solo l'accertamento dei presupposti legittimanti e cioè della duplice, ma alternativa circostanza della mancata comparizione del convenuto, ovvero della mancata conciliazione"*, presupposti in presenza dei quali, *"sempreché il ricorrente confermi la domanda di separazione per colpa"*, l'emanazione degli stessi *"è obbligatoria per il presidente, a prescindere da una richiesta delle parti"*. I provvedimenti in questione, scriveva l'autore citato, *"in sé e per sé prescindono da un contraddittorio in senso tecnico, giacché presuppongono semplicemente, oltreché i dati di fatto esposti nel ricorso e*

¹¹ CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, 463 e ss.

*nell'eventuale comparsa di risposta (...), i «racconti» e i «suggerimenti» dei coniugi»; essi “vengono emanati in forza di una potestà che è essenzialmente e meramente conciliativa”, oltretutto “discrezionale nel quid e fondata sulle norme dell'opportunità”. Essi, inoltre, “non risolvono neppure in minima parte il contrasto intorno al diritto di chiedere la separazione per colpa fatto valere dal ricorrente, perché, essendo inibito al presidente «ogni previo accertamento della colpa», prescindono totalmente dalla fondatezza della domanda di separazione per colpa”, con la conseguenza che si deve riconoscere loro “una assoluta autonomia funzionale rispetto al meritum causae e al processo di separazione per colpa”. Tali provvedimenti, “emanati perché (...) all'ordinamento preme inserirsi nel processo formativo della volontà dei coniugi”, potevano avere, come rilevava l'autore citato, un contenuto necessario, ossia l'autorizzazione a vivere separati, ed un contenuto soltanto eventuale, ossia la determinazione del mantenimento o del contributo *ex art.* 145 c.c., oltretutto l'affidamento della prole.*

Il fulcro della tesi di questo autore andava ricercata, come in seguito è stato rilevato¹², nell'affermazione dell'autonomia dell'ordinanza presidenziale *ex art.* 708 c.p.c. rispetto alla sentenza di separazione: mentre, infatti, il presidente era, nel pronunciare i provvedimenti temporanei e urgenti, svincolato dall'esame del merito, cioè della colpa, il collegio (allora) non poteva pronunciare la separazione se non previo accertamento di quest'ultima. E poiché l'autonomia escludeva la strumentalità, requisito caratterizzante delle misure cautelari, non poteva che negarsi la natura cautelare delle ordinanze presidenziali.

¹² CEA, *I provvedimenti*, cit., 266.

Così motivata la propria adesione alla tesi della natura di giurisdizione volontaria dei provvedimenti in questione, Cipriani cercò altresì di individuare le conseguenze pratiche di tale inquadramento, prime tra tutte la creazione, in virtù dell'ultrattività prevista dall'art. 189 disp. att., di un *tertium genus* di separazione, idoneo a disciplinare la separazione dei coniugi per tutta la durata del rapporto di coniugio, anche a prescindere dalla formazione del giudicato. D'altronde, spiegava l'autore, era proprio l'introduzione di tale nuova norma a privare di fondamento la tesi chiovendiana - peraltro elaborata quando tale disposizione ancora non esisteva - della natura cautelare dei provvedimenti in questione, da escludersi altresì perché questi sono obbligatoriamente emanati dal presidente al ricorrere di determinati presupposti non valutabili criticamente, a prescindere da ogni accertamento in merito al *fumus* ed al *periculum*.

Cipriani non mancò, sempre nel suo scritto del 1970 dedicato interamente allo studio dei provvedimenti presidenziali, di prendere posizione in merito alla questione della loro impugnabilità, giungendo ad escludere sia il reclamo al collegio *ex art. 178 c.p.c.*, in quanto essi non risolvono questioni relative all'ammissibilità e/o rilevanza dei mezzi di prova, sia il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*, in quanto trattasi di atti di volontaria giurisdizione, sia il regolamento di competenza, in quanto essi non presuppongono una competenza in senso tecnico dei giudici legittimati ad emanarli. Allo stesso modo, egli esclude la possibilità di provocare una rimessione anticipata al collegio sugli stessi in analogia a quanto era disposto per i sequestri all'art. 682 c.p.c., non trattandosi di provvedimenti cautelari. Tale studioso non ritenne percorribile neppure la strada del reclamo *ex art. 739 c.p.c.* per diverse ragioni, prima fra tutte la

circostanza che tale norma prevedeva il menzionato strumento di controllo esclusivamente contro i decreti del giudice tutelare e del tribunale, mentre i provvedimenti in esame assumevano, in virtù dell'entrata in vigore del nuovo codice, la forma di ordinanza.

Esclusa l'impugnabilità dei provvedimenti *de quibus* per motivi di inopportunità originaria o sopravvenuta, Cipriani riconobbe, però, la possibilità di impugnare gli stessi per soli vizi di legittimità che importassero la nullità del procedimento, vizi censurabili anche in sede di opposizione all'esecuzione delle ordinanze *ex art.* 708 c.p.c. Alcuni anni dopo, tale autore avrebbe suggerito la stessa soluzione anche per i provvedimenti presidenziali che, a seguito dell'introduzione dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento, potevano essere pronunciati nel relativo procedimento¹³.

Alla medesima conclusione, di ritenere inimpugnabili i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, era giunto, alcuni anni prima, anche Mandrioli¹⁴, sebbene muovesse da considerazioni molto diverse in ordine alla natura degli stessi. Tale autore, infatti, individuata la funzione dei provvedimenti *de quibus* nella immediata e autonoma, ossia non strumentale, anticipazione dell'esercizio del potere di provvedere su determinati effetti della domanda di separazione, li riconduceva nell'alveo della giurisdizione contenziosa, benché riconoscesse che in essi la cognizione era ridotta al minimo e che essi presentavano un contenuto preminentemente discrezionale. Ciò che maggiormente premeva a Mandrioli mettere in luce era la funzione interinale, provvisoria ma non

¹³ CIPRIANI – QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 281 e ss.

¹⁴ MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, 49 e ss.

strumentale dei provvedimenti presidenziali, la cui emanazione, possibile anche d'ufficio, si manifestava come espressione di un potere discrezionale del presidente.

Come tutti gli autori che indagarono la natura dei provvedimenti in questione, anche Mandrioli affrontò il problema della loro impugnabilità. Il primo elemento che lo indusse a rispondere negativamente a tale quesito fu il tenore letterale dell'art. 708 c.p.c., che subordinava la modificabilità e la revocabilità delle ordinanze presidenziali al mutamento delle circostanze; il combinato disposto di tale norma con l'art. 177 c.p.c., ai sensi del quale le ordinanze potevano essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate, se non espressamente dichiarate non impugnabili e non fruivano di uno speciale mezzo di reclamo diverso da quello di cui all'art. 178 c.p.c., lo induceva infatti alla sopra ricordata conclusione. Tale studioso muoveva dal presupposto che, mentre per le sentenze è di regola ammesso l'appello, per le ordinanze *“l'impugnabilità per reclamo, appunto perché si tratta di un procedimento specifico che non ha una disciplina generale se non per i provvedimenti in camera di consiglio, (...) non è ammessa se non in virtù di una espressa disposizione di legge”*, dal momento che non esiste un principio *“per il quale le ordinanze sono in generale reclamabili salva contraria disposizione, ma esistono particolari disposizioni che ammettono il reclamo”*.

Esclusa l'inquadrabilità delle ordinanze *de quibus* tra quelle emanate dal giudice istruttore che risolvono questioni relative all'ammissibilità e alla rilevanza dei mezzi di prova, reclamabili ai sensi dell'art. 178 c.p.c., esclusa l'applicabilità alle stesse delle norme dettate per i procedimenti in camera di consiglio, esclusa, infine, l'applicabilità analogica del regime impugnatorio previsto per altre categorie di ordinanze, quali, ad esempio,

quelle del processo esecutivo, Mandrioli giungeva alla conclusione di negare il riesame nel merito delle ordinanze presidenziali, emesse a seguito di un giudizio discrezionale consistente in una “*valutazione di opportunità*”. Tale soluzione si imponeva altresì per evitare quella che lo studioso di cui si sta riportando il pensiero definiva una “*antieconomica inframmettenza*”, ossia l’intervento di un giudice diverso da quello cui spetta l’emanazione del provvedimento definitivo. Infatti, scriveva Mandrioli, “*un provvedimento che è anticipazione di un altro provvedimento, solo da quest’ultimo potrà essere modificato o sostituito*”.

Diversa, invece, a detta dell’autore citato, doveva essere la soluzione da adottarsi per i provvedimenti nulli, ossia emessi in violazione delle norme che pongono i requisiti ed i limiti del potere del presidente: in tal caso, infatti, doveva ritenersi ammissibile un’azione autonoma di nullità contro l’ordinanza presidenziale emessa *ex art. 708 c.p.c.*, la cui tipica manifestazione veniva individuata nell’opposizione all’esecuzione. Il giudice dell’opposizione all’esecuzione si limiterebbe, infatti, come rilevato da Mandrioli, ad “*evitare il pregiudizio di fatto di un tentativo di realizzazione del comando viziato, paralizzandone l’esecuzione, ma senza minimamente sostituirsi al tribunale nei suoi poteri di merito*”.

La categoria dei provvedimenti interinali, della cui esistenza Mandrioli era stato il principale sostenitore insieme a Liebman¹⁵, fu profondamente criticata da Calvosa¹⁶, il quale ritenne che le ordinanze *de quibus* dovessero essere ricomprese nella più generale categoria dei provvedimenti cautelari¹⁷.

¹⁵ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I ed., Milano, 1957, 94.

¹⁶ CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 19.

¹⁷ Sostenitore della natura cautelare delle ordinanze presidenziali fu anche CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 39.

Tale autore studiò la natura dei provvedimenti presidenziali dedicando particolare attenzione all'aspetto della loro efficacia nel tempo, con riferimento alla sentenza di primo grado. Rilevato che il provvedimento presidenziale era, per espressa disposizione di legge, titolo esecutivo, mentre la sentenza di primo grado poteva essere munita della clausola di provvisoria esecuzione soltanto al ricorrere di determinati presupposti, Calvosa riteneva che, a fronte di una sentenza di primo grado non munita di tale clausola, il provvedimento presidenziale continuasse ad essere pienamente efficace. Di diverso avviso era, invece, la giurisprudenza di merito¹⁸ che, attribuendo, così come parte della dottrina, natura interinale ai provvedimenti *de quibus*, riteneva che essi non potessero sopravvivere alla sentenza di primo grado, ancorché quest'ultima non fosse munita di clausola di provvisoria esecuzione.

Affermata, quindi, la natura cautelare delle ordinanze presidenziali, anche in virtù del carattere di permanenza proprio delle misure cautelari, Calvosa contestò l'utilità della categoria dei provvedimenti interinali, tendenti a regolare preventivamente e provvisoriamente, in vista di una situazione di urgenza, il rapporto, indipendentemente dalla decisione emananda con il provvedimento definitivo di merito. Rilevava, infatti, detto autore che il rapporto di strumentalità tra misura cautelare e situazione sostanziale cautelanda, la cui esistenza era negata con riferimento alle ordinanze presidenziali dai fautori della categoria dei provvedimenti interinali, oltre a non essere specifico di ogni misura cautelare, appariva come un qualcosa di complementare, con la conseguenza che i provvedimenti interinali altro non erano da considerarsi

¹⁸ App. Cagliari, 12-16 dicembre 1960, in *Foro it.*, 1961, 383.

se non *“una specie del genere provvedimenti cautelari, caratterizzata da alcune deviazioni strutturali, conseguenti alla specialità del rapporto sul quale il provvedimento incide”*.

Allo scritto ora citato in cui Calvosa negò l'utilità della categoria dei provvedimenti interinali replicò ben presto Mandrioli¹⁹, tornando ad occuparsi della funzione anticipatrice delle ordinanze presidenziali.

Tale autore, definita la funzione come *“lo scopo obiettivo del provvedimento o dell'istituto”*, rilevava che *“in certi casi, la funzione anticipatrice, pur affiancandosi a quella cautelare, o intersecandosi con essa, assume una completa autonomia che sta spesso in relazione con la sua maggiore importanza, come ad es. accade per l'ordinanza ex art. 708 cod. proc. civ. quando dispone la corresponsione di un assegno di mantenimento a favore del coniuge privo di ogni altro mezzo di sussistenza, nel qual caso l'immediatezza della corresponsione (conseguibile con l'anticipazione) assume importanza preponderante rispetto allo scopo strumentale (cautelare) di assicurare la fruttuosità della decisione definitiva”*.

Mandrioli definiva i provvedimenti anticipatori come quelli dettati, dal punto di vista funzionale, dall'esigenza di ovviare al ritardo con il quale viene pronunciata la sentenza di primo grado e, dal punto di vista strutturale, destinati ad essere pronunciati, anche d'ufficio, prima della sentenza di primo grado stessa (anteriorità cronologica), sul medesimo suo oggetto e per conseguire, almeno in un certo senso, il suo stesso scopo. In particolare, la pronuncia officiosa sarebbe stata giustificata, a detta di tale autore, dalla *“utilizzazione in funzione anche del provvedimento*

¹⁹ MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 551.

anticipante, della domanda rivolta al provvedimento anticipato, stante la rilevata coincidenza oggettiva”.

Da questa definizione dei provvedimenti interinali, tra i quali ascriveva anche le ordinanze presidenziali, Mandrioli, discostandosi ancora una volta dal pensiero di Calvosa, trae la conseguenza di una implicita limitazione della durata del provvedimento al giudizio di primo grado, benché esso fosse destinato, per l’espressa previsione normativa di cui all’art. 189, secondo comma, disp. att., a durare anche oltre l’estinzione del processo. Rilevava, infatti, detto autore che l’estinzione cui tale norma fa riferimento è quella del processo di primo grado, giacché, se si verificasse dopo tale momento, darebbe luogo al giudicato di cui all’art. 310, secondo comma, c.p.c., privando indiscutibilmente di efficacia l’ordinanza presidenziale.

Nei primi anni di vigenza del nuovo codice di rito, anche Andrioli²⁰, negando l’utilità dell’inquadramento delle ordinanze presidenziali nella giurisdizione volontaria, nonché della creazione della categoria dei provvedimenti interinali, implicitamente riconobbe la natura cautelare dei provvedimenti nell’interesse dei coniugi e della prole. Nel commentare l’art. 708 c.p.c., tale autore affrontò esplicitamente la questione della impugnabilità delle ordinanze presidenziali, così esprimendosi: *“non sono impugnabili con i mezzi d’impugnazione, propri delle sentenze, né con il mezzo del reclamo avverso i decreti definitivi dei procedimenti in camera di consiglio (art. 739), ma il potere di revoca e di modifica, riservato al giudice istruttore, è esercitato sol per considerare circostanze di fatto sopravvenute (se si verificano mutamenti di fatto: scrive l’ultimo comma*

²⁰ ANDRIOLI, *Commento all’art. 708 c.p.c.*, in *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 315 e ss.

dell'art. in esame), e non anche per rivalutare elementi di fatto, già esaminati dal presidente in occasione dei provvedimenti temporanei e urgenti". Andrioli, seppur fermo nell'escludere l'impugnabilità dei provvedimenti in esame, diede atto dell'impossibilità di ricondurre ad unitarietà la categoria dei provvedimenti cautelari: non avrebbe, altrimenti, potuto giustificare le caratteristiche della sopravvivenza all'estinzione e della qualità di titolo esecutivo delle ordinanze *de quibus*, caratteristiche assenti in ogni altra forma di tutela cautelare.

Fu proprio per superare l'*impasse* derivante dalla difficoltà di conciliare l'asserita natura cautelare delle ordinanze presidenziali con la loro idoneità a sopravvivere all'estinzione del processo che un altro autore²¹ riconobbe natura mista ai provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, ossia di provvedimenti cautelari fino al momento dell'eventuale estinzione del processo di separazione, e, in un momento successivo a detta estinzione, di provvedimenti di cognizione soggetti a particolare facilità di riforma, stante la loro sostituibilità anche sulla base di una semplice nuova valutazione delle circostanze originarie.

Tutti i primi commentatori del nuovo codice di rito, dunque, sia che aderissero alla tesi della natura di volontaria giurisdizione delle ordinanze presidenziali, sia che preferissero, e questa era la tesi prevalente, ascrivere le stesse all'alveo della giurisdizione contenziosa, interinale o cautelare che fosse, escludevano ogni forma di impugnazione dei provvedimenti in discorso, i quali potevano soltanto essere modificati e revocati da parte del giudice istruttore in presenza di mutamenti di fatto²². Tale soluzione era

²¹ TRAVI, *Processo di separazione personale ed ultra-attività dei provvedimenti interinali*, in *Giur. it.*, 1953, IV, 36.

²² Si tenga presente che Corte cost., 30 giugno 1971, n. 151, in *Giust. cost.*, 1971, nonostante non abbia preso posizione in merito alla natura volontaria o contenziosa dei provvedimenti presidenziali, dichiarò

imposta dal principio, che permeava tutto il nuovo codice di rito, secondo cui tutti i provvedimenti emanati nel corso del processo si dovevano poter impugnare esclusivamente con la sentenza definitiva, dal momento che, come è stato rilevato²³, ad ogni procedimento impugnato - giacché oggetto delle impugnazioni parevano essere proprio i procedimenti e non i provvedimenti - doveva corrispondere un solo procedimento di impugnazione.

La giurisprudenza di legittimità²⁴ formatasi dopo l'entrata in vigore del nuovo codice pareva avallare, fatte salve alcune pronunce di segno diverso²⁵, la tesi della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali che, anche in dottrina, aveva avuto la meglio.

Non diverso fu il trattamento riservato dalla dottrina²⁶ alle ordinanze presidenziali che, a seguito dell'introduzione dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento, avvenuta con la L. 1° dicembre 1970, n. 898,

costituzionalmente illegittimi gli artt. 707, primo comma, e 708 c.p.c. nella parte in cui disponevano, in contrasto con l'art. 24 Cost., che i coniugi comparsi personalmente dinanzi al presidente non potessero, neppure dopo l'esaurimento del tentativo di conciliazione, farsi assistere dai rispettivi difensori in vista dell'adozione dei provvedimenti temporanei per l'assetto provvisorio del rapporto. Questo perché, scriveva la Consulta, "*codesti provvedimenti, pur essendo temporanei ed urgenti, non possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore tranne che si verificano mutamenti nelle circostanze, e lo possono solo con la sentenza del Tribunale e dei giudici aditi successivamente o in via d'urgenza, e in quanto incidono, e per un tempo che può essere anche lungo (arg. ex art. 189, comma secondo, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile), sugli interessi dei coniugi e della prole*".

²³ Questo osservava criticamente CIPRIANI, *L'impugnazione*, cit., 211 e ss.

²⁴ Così Cass., 1° dicembre 1966, n. 2823, in *Foro it.*, 1967, I, 273, che escludeva la compatibilità del rimedio dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. avverso i provvedimenti in questione, attesa la loro urgenza e natura cautelare; Cass., 28 aprile 1977, I, 1607, *ivi*, 1977, I, 1907, che stabiliva la natura cautelare di un provvedimento presidenziale con cui era stato fissato un assegno di mantenimento; Cass., 30 dicembre 1981, n. 6774, *ivi*, Rep. 1981, che escludeva l'impugnabilità dei provvedimenti *de quibus* con regolamento di competenza; Cass., 10 maggio 1984, n. 2864, *ivi*, Rep. 1984, sempre in tema di assegno di mantenimento; Cass., 14 febbraio 1986, n. 878, *ivi*, Rep. 1986, in merito al provvedimento di assegnazione della casa coniugale.

²⁵ Cass., 8 luglio 1983, n. 4612, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1795, attribuiva al provvedimento presidenziale "*natura di provvedimento giurisdizionale contenzioso di accertamento a cognizione sommaria e con funzione esecutiva*".

²⁶ Escluse l'impugnabilità delle ordinanze presidenziali emesse nel corso del procedimento di divorzio PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 650, spec. 682.

potevano essere pronunciate nel relativo procedimento: non fu mai, infatti, ritenuta la loro reclamabilità. L'introduzione di questo nuovo istituto sortì l'effetto di privare di fondamento la tesi, proprio in quegli anni elaborata da Cipriani, dell'esistenza di un *tertium genus* di separazione: la possibilità di ottenere lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili dello stesso escluse, *de facto*, che i coniugi si accontentassero dei provvedimenti presidenziali e che lasciassero estinguere il procedimento di separazione, essendo necessaria, per l'instaurazione di un eventuale giudizio di divorzio, la pronuncia di una sentenza di separazione.

Né la situazione cambiò con l'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975 che, come è ben noto, sostituì alla cosiddetta "separazione per colpa", la separazione per "*fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare pregiudizio all'educazione della prole*", prevedendo che l'eventuale violazione dei doveri derivanti dal matrimonio potesse essere sanzionata con la pronuncia accessoria di addebito. Tale intervento legislativo, sebbene abbia ampliato notevolmente il possibile contenuto delle ordinanze presidenziali, infatti, non ha influito in alcun modo sulla qualificazione giuridica delle stesse, né sul loro regime di impugnabilità.

3. La Novella del 1990: l'introduzione del rito cautelare uniforme.

Notevolmente diverso era l'impatto che parte della dottrina²⁷ si attendeva avrebbe avuto, sotto il profilo dei controlli sulle ordinanze

²⁷ Tale osservazione è di CIPRIANI, *L'impugnazione*, cit., 211 e ss.

presidenziali, la legge 26 novembre 1990, n. 353 che, com'è noto, introdusse nel codice di rito una apposita sezione dedicata ai “procedimenti cautelari in generale”, all'interno della quale l'art. 669 *terdecies* c.p.c. prevede, quale strumento di controllo avverso i provvedimenti cautelari positivi, il reclamo.

Dall'entrata in vigore del nuovo codice alla novella del 1990, infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, erano state perlopiù inclini a riconoscere natura cautelare alle ordinanze presidenziali: corollario di tale inquadramento avrebbe dovuto essere, nell'immaginario collettivo, l'applicabilità del nuovo istituto del reclamo anche ai provvedimenti *de quibus*. Ma così non fu. Ben presto, infatti, sia gli studiosi che i giudici, soprattutto di merito²⁸, fatte salve alcune eccezioni²⁹, si dichiararono contrari ad ammettere la reclamabilità di tali provvedimenti, o escludendo *tout cour* la natura cautelare degli stessi o, seppur ammettendola, ritenendo che essi non potessero comunque essere oggetto di reclamo.

Le principali argomentazioni addotte dalla dottrina³⁰ al fine di escludere la natura cautelare, e conseguentemente la reclamabilità, delle

²⁸ Sia Trib. Catania, 21 luglio 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 1271, che Trib. Roma, 27 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1216, esclusero la natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti emessi dal presidente o dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione dei coniugi e, conseguentemente, la reclamabilità degli stessi.

²⁹ ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 270.

³⁰ CONSOLO – LUISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 547, escludevano la reclamabilità dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c. OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688, spec. 751, riteneva che il testo dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. denotasse il chiaro intento del legislatore di escludere dalla disciplina del rito cautelare uniforme tutte le misure cautelari previste dal codice di procedura civile non espressamente richiamate dalla norma. SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, II ed., 2004, Padova, 546, escludeva la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali in quanto “sono pronunciati in ogni caso - e non solo quando vi sia una situazione di periculum in mora, elemento che il presidente del tribunale, nel pronunciare l'ordinanza, non è chiamato a verificare - e trovano la loro ragion d'essere nell'esigenza di anticipare la regolamentazione definitiva dei rapporti personali e patrimoniali della famiglia, in vista della diversa situazione di fatto che si è

ordinanze presidenziali erano, fondamentalmente, tre: il carattere officioso dei provvedimenti presidenziali, l'assenza, nei provvedimenti in questione, del requisito della strumentalità, in virtù dell'ultrattività di cui all'art. 189 disp. att. c.p.c., nonché il tenore letterale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Vi fu una studiosa³¹ che affrontò con particolare attenzione il tema della compatibilità del procedimento cautelare uniforme con i provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole. Costei iniziò la propria indagine muovendo dal tenore letterale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che, nella sua prima parte, così prevedeva: “*Le disposizioni della presente sezione si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali*”. Tale norma imponeva, a detta dell'autrice, una preliminare valutazione: occorreva in primo luogo stabilire se il riferimento “*agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali*” comportasse l'automatica esclusione dell'applicabilità del nuovo procedimento cautelare uniforme a tutti i provvedimenti, ancorché aventi natura cautelare, previsti dal codice di rito in luoghi diversi da quelli specificamente richiamati dalla norma stessa.

determinata per effetto della proposizione della domanda giudiziale di separazione o di divorzio”. TOMMASEO, *Commento all'art. 4, l. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian–Oppo–Trabucchi, Padova, 1993, spec. 285, nonché ID., *Commento all'art. 4, l. 898/1970*, in *Il codice civile. Commentario. Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 1997, 305, escludeva, dal punto di vista strutturale, la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali emessi nel corso del procedimento di divorzio per essere gli stessi privi del requisito della strumentalità. Anche CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Famiglia e diritto*, 1995, 4, 371, escludeva con certezza l'ascrivibilità dei provvedimenti presidenziali alla categoria dei procedimenti cautelari.

³¹ SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 e ss.

Fornita risposta negativa a tale quesito, come del resto fece la maggior parte della dottrina³², anche in virtù del fatto che, diversamente, i provvedimenti presidenziali emessi nell'ambito del procedimento di divorzio, disciplinato da una legge speciale, avrebbero goduto di una disciplina diversa, l'autrice spostò la sua attenzione sulla valutazione di compatibilità imposta dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Dal punto di vista della funzione, costei riteneva che le ordinanze presidenziali dovessero essere ricondotte all'ambito della tutela cautelare, quantomeno nella sua più vasta accezione di strumento volto ad ovviare al pericolo insito nella tardività della pronuncia definitiva. Quanto alla struttura, l'autrice affermava che le caratteristiche peculiari delle ordinanze *de quibus*, ossia la possibile ufficiosità della loro pronuncia e l'ultrattività che ne consente la sopravvivenza all'estinzione del giudizio di merito, nonché il fine di perseguire l'interesse di entrambe le parti, e non di una sola, non fossero idonee a smentire la natura cautelare dei provvedimenti in questione, la cui emanazione restava sempre subordinata alla valutazione del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

La presenza di tali caratteristiche, però, nonostante la affermata natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, fossero essi emanati nel corso del procedimento di separazione personale, ovvero in quello di divorzio, comportava che il giudizio di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. sortisse esito negativo, anche secondo la studiosa il cui pensiero è qui in esame.

³² Così anche PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, spec. 377; nonché CIVININI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 371 e ss. *Contra*, ossia nel senso di ritenere insuperabile il dato letterale dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., OLIVIERI, *I provvedimenti*, cit., 731.

Il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato proprio del rito cautelare pareva, infatti, in irrimediabile contrasto con la possibile pronuncia officiosa dei provvedimenti presidenziali, tendenzialmente ammessa dalla dottrina quantomeno con riferimento ai provvedimenti nell'interesse della prole.

Analogo discorso valeva per la competenza speciale prevista in capo al presidente, tale da escludere in radice l'applicabilità degli artt. 669 *ter* e *quater* c.p.c.

Allo stesso modo, il procedimento di cui all'art. 669 *sexies* pareva inapplicabile ai provvedimenti *de quibus*: quello a contraddittorio pieno, per la sua eccessiva deformalizzazione; quello *inaudita altera parte*, stante l'imprescindibile necessità della presenza personale di entrambi i coniugi avanti al presidente.

Né poteva trovare applicazione, come rilevato dall'autrice, l'art. 669 *septies* c.p.c., essendo precluso al presidente di pronunciarsi sulla competenza e non potendo questi esaminare la stessa materia dopo l'eventuale rigetto della pronuncia, potere questo riservato al giudice istruttore.

Non era poi neppure ipotizzabile un provvedimento presidenziale emanabile *ante causam* ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c., così come esisteva un insanabile contrasto tra la previsione di cui all'art. 189 disp. att. c.p.c. ed il regime dettato dall'art. 669 *novies* c.p.c., che sanzionava con la caducazione del provvedimento cautelare l'eventuale estinzione del giudizio di merito. Di quest'ultima norma, soltanto la parte che disponeva la perdita di efficacia del provvedimento qualora fosse dichiarato inesistente, anche con sentenza non passata in giudicato, il diritto per cui si

procede pareva essere compatibile con la disciplina delle ordinanze presidenziali.

Allo stesso modo, all'autrice pareva compatibile con la disciplina dettata per le ordinanze presidenziali, avessero esse ad oggetto obblighi di mantenimento, ovvero di affidamento e visita della prole, l'art. 669 *duodecises* c.p.c. in tema di attuazione dei provvedimenti cautelari.

Quanto al regime di revocabilità e modificabilità, l'art. 669 *decies* c.p.c. prevedeva, nella sua versione originaria, che i provvedimenti cautelari potessero essere modificati solo se si fossero verificati mutamenti nelle circostanze. Benché l'art. 708 c.p.c. subordinasse la revoca e la modifica dell'ordinanza presidenziale emanata nel corso del procedimento di separazione alla presenza di tale requisito, si riteneva, perlopiù, che esso non fosse necessario neppure per tali provvedimenti, in virtù dell'applicazione, anche ai procedimenti di separazione personale, dell'art. 4, ottavo comma, l. div., così come modificato dalla riforma del 1987. Anche sotto questo profilo, dunque, la disciplina del procedimento cautelare uniforme pareva incompatibile con quella dettata per i provvedimenti presidenziali.

Nel coordinare l'istituto della revoca e modifica con quello del reclamo, l'autrice pareva orientata ad escludere, a fronte di un regime di libera modificabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali, che essi potessero formare oggetto di reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Questa studiosa, dunque, seppur muovesse dall'idea che le ordinanze presidenziali avessero natura cautelare, sia dal punto di vista della funzione che da quello della struttura, dubitava che ad esse potesse applicarsi, salvo qualche norma, il procedimento cautelare uniforme, ivi compreso, quindi,

lo strumento del reclamo. Nell'ipotesi in cui si fosse, tuttavia, ritenuto ammissibile il regime della reclamabilità, esso avrebbe riguardato esclusivamente l'ordinanza presidenziale e non quella del giudice istruttore, poiché i provvedimenti di revoca e modifica del provvedimento concessivo dovevano ritenersi estranei al dettato normativo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.³³

4. Il panorama dottrinale e giurisprudenziale successivo agli interventi della Corte costituzionale in tema di reclamo cautelare.

Il panorama dottrinale e giurisprudenziale in tema di reclamabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti sembrò parzialmente mutare a seguito di due fondamentali pronunce emesse dalla Corte costituzionale, in materia di reclamo cautelare.

Con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994³⁴, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., nella parte in cui non ammetteva il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza con cui fosse stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare. In quella occasione, la Corte così si espresse: *“la sperequazione determinata dalla reclamabilità dei soli provvedimenti che concedono il provvedimento cautelare non può nemmeno considerarsi compensata dal fatto che, a norma dell'art. 669 septies c.p.c., primo comma, il provvedimento negativo non preclude la riproposizione dell'istanza di provvedimento*

³³ Cfr. SALVANESCHI, *Provvedimenti*, cit., 1081, nota 48.

³⁴ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust. civ.*, 1995, I, 659.

cautelare quando si verificano mutamenti nelle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto. È evidente infatti che tra i due rimedi non vi è rapporto di equivalenza in termini di garanzia, posto che sul reclamo di cui all'art. 669 terdecies c.p.c. è chiamato a decidere un giudice diverso da quello che ha pronunciato il provvedimento impugnato, mentre la riproposizione dell'istanza ai sensi dell'art. 669 septies c.p.c. si rivolge al medesimo giudice che ha già respinto la richiesta di misura cautelare. E l'alterità del giudice dell'impugnazione rappresenta – secondo l'ordinamento, ma anche secondo il comune sentire – un fattore di maggior garanzia. (...) In altre parole e conclusivamente, va osservato che i rimedi della reclamabilità e della riproponibilità dell'istanza cautelare operano su piani diversi, non sovrapponibili ma complementari, sì che la disponibilità del secondo non esclude la necessità di riconoscere funzione di riequilibrio dei poteri delle parti, propria del primo”.

Neppure un anno dopo³⁵, la Consulta, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 669 terdecies c.p.c., questa volta nella parte in cui non prevedeva che il provvedimento di rigetto per incompetenza della domanda cautelare potesse essere oggetto di reclamo, dichiarava non fondata tale questione, muovendo dal presupposto di avere già affermato, con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994, “*il carattere di generale mezzo di controllo che il reclamo riveste, in quanto «revisio prioris instantiae» demandata ad altro giudice. Reclamo, che la Corte, attraverso la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 669 terdecies c.p.c. in forma additiva, ha esteso contro ogni provvedimento di diniego dell'invocata tutela cautelare, senza possibilità di distinguere a*

³⁵ Corte cost., 26 maggio 1995, n. 197, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2013 e in *Giur. It.*, 1995, I, 369.

seconda delle ragioni – di merito e di rito, ivi comprese quelle attinenti alla competenza – del diniego stesso”.

Vi fu poi un’ulteriore sentenza della Consulta³⁶ che, indirettamente, influi sul dibattito concernente la reclamabilità delle ordinanze presidenziali: nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 146, terzo comma, l. fall., nella parte in cui consentiva al giudice delegato al fallimento di disporre anche d’ufficio le opportune misure cautelari nei confronti degli amministratori e dei liquidatori delle società, la Corte costituzionale ha precisato che il carattere officioso dei provvedimenti in questione era giustificato dalla valenza pubblicistica degli interessi in gioco e che avverso gli stessi erano “*ammessi i normali mezzi di impugnazione, a cominciare dall’immediato reclamo al collegio*”.

Il nuovo carattere di rimedio generale attribuito allo strumento del reclamo, l’affermata imprescindibilità dell’alterità del giudice ai fini di garantire maggiore garanzia alle parti, nonché l’asserita compatibilità della natura cautelare di un provvedimento con la sua officiosità, con la conseguente applicabilità dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., parevano, dunque, essere i principi sulla base dei quali sia la dottrina che la giurisprudenza avrebbero ben presto affermato la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali.

Tra gli studiosi, indubbiamente, vi fu chi³⁷, sotto l’impulso delle pronunce ora menzionate, propugnò la tesi della reclamabilità delle

³⁶ Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148, in *Foro it.*, 1996, I, 1908.

³⁷ Oltre agli autori che saranno menzionati *infra*, affermò la reclamabilità ai sensi dell’art. 669 *terdecies* c.p.c. delle ordinanze *ex art.* 708 c.p.c., la cui emanazione riteneva fondata sulla presenza di un *periculum in mora*, CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 243, nonché ID., *Il procedimento cautelare*, in *Il processo civile dopo le riforme*, a cura di Vaccarella–Capponi–Cecchella, Torino, 1992, 347. Anche CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, spec. 130, dichiarò di aderire ad una soluzione più possibilista in ordine alla applicabilità del nuovo rito uniforme ai provvedimenti presidenziali.

ordinanze presidenziali. Emblematica fu la posizione di Cipriani³⁸ che, dopo aver a lungo invocato la natura di giurisdizione volontaria dei provvedimenti *de quibus* ed averne escluso l'impugnabilità con qualsiasi tipo di strumento, rivide la propria posizione ed affermò la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c. dei provvedimenti temporanei e urgenti, confutando uno ad uno gli argomenti che, in precedenza, erano stati utilizzati per escluderla.

Quanto alla lettera dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., ossia all'argomentazione da sempre ritenuta più debole, tale autore, come altri³⁹ già prima di lui, invocò la disparità di trattamento che sarebbe venuta a crearsi, escludendo dall'ambito di applicazione del procedimento cautelare uniforme i provvedimenti cautelari previsti dal codice di rito in luoghi diversi da quelli espressamente menzionati dalla norma, tra i provvedimenti presidenziali emanati nel corso del procedimento di separazione e quelli resi nell'ambito del procedimento di divorzio, in quanto disciplinato da una legge speciale.

Anche l'argomento dell'officiosità, a seguito della pronuncia della Consulta avente ad oggetto l'art. 146, comma 3, l. fall., pareva ormai, a detta di tale autore, aver perso significato.

Il “*vero problema*” consisteva – usando le parole di Cipriani – nella sopravvivenza all'estinzione, caratteristica questa effettivamente in contrasto con la strumentalità tipica dei provvedimenti cautelari. Tale problema pareva però superabile in considerazione della minore importanza assunta dall'art. 189 disp. att. c.p.c.: tale norma, infatti, a

³⁸ CIPRIANI, *L'impugnazione*, cit., 211 e ss.

³⁹ SALVANESCHI, *Provvedimenti*, cit., 1064.

seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto del divorzio e dell'eliminazione della separazione per colpa, non avrebbe più alcuna importanza sistematica, né sul piano sostanziale, né su quello processuale, non servendo più a garantire l'esistenza di quello che Cipriani aveva definito un *tertium genus* di separazione.

Se, dunque, il lento ritorno al garantismo pareva assicurato dalla auspicata reclamabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti avanti al collegio, l'autore menzionato non mancò di sottolineare l'inadeguatezza dell'impugnazione in questione *“davanti ad un giudice non propriamente superiore e senza poter contare, come sotto il vecchio codice, sul ricorso per cassazione”*.

Particolarmente significativo per il tema che si sta indagando fu poi l'apporto di Paolo Martinelli⁴⁰, magistrato che notevolmente influenzò sull'orientamento del Tribunale di Genova. Questi propose una lettura dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. implicante una nozione flessibile di “compatibilità cautelare”, criticando quella parte della dottrina che utilizzava la cosiddetta “ghigliottina” della struttura per escludere dall'ambito di applicabilità del procedimento cautelare uniforme tutti quei provvedimenti che, pur avendo la funzione di assicurare l'effettività della tutela contro la tardività del provvedimento, non avessero anche la struttura tipica dei provvedimenti cautelari.

Tale lettura sarebbe stata imposta, a detta del giudice genovese, dall'esordio della pronuncia della Corte costituzionale in data 23 giugno 1994, n. 253, ove si legge che è la *“funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale”*, propria delle misure cautelari sia

⁴⁰ MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.*, 1995, V, 161.

anticipatorie che conservative, a giustificare “*l’introduzione di una uniforme disciplina che assicuri i requisiti propri (e minimi) imposti al modello processuale dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli art. 3 e 24 Cost., in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e, per quanto qui interessa, di posizione delle parti nell’esercizio dei rispettivi diritti*”. Ciò lascerebbe intendere che sarebbe stata la funzione di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale, comune non soltanto ai provvedimenti cautelari, ma anche a quelli sommari di urgenza di natura non cautelare, a giustificare la previsione di un rito cautelare uniforme, con la conseguenza che esso dovrebbe applicarsi, quantomeno limitatamente a quelle norme che regolano gli aspetti funzionali del provvedimento (contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione delle parti nell’esercizio dei rispettivi diritti), anche ai provvedimenti presidenziali.

In particolare, tale magistrato, al fine di valutare l’applicabilità del reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* ai provvedimenti provvisori di cui all’art. 708 c.p.c. ed all’art. 4 l. div., distingueva, almeno nelle prime manifestazioni del suo pensiero, a seconda del contenuto degli stessi: quelli di carattere patrimoniale, in quanto aventi ad oggetto dei diritti dei coniugi, avrebbero dovuto senz’altro godere della garanzia del reclamo; quelli sulla prole, invece, non avrebbero dovuto essere reclamabili, poiché, con riferimento ad essi, pareva difficile configurare in capo ai genitori la titolarità di un diritto minacciato nella sua effettività.

In favore della reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, indipendentemente da ogni valutazione in ordine al contenuto patrimoniale o inerente la prole degli stessi, si espresse anche un’altra studiosa⁴¹,

⁴¹ MERLIN, Voce “*Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1997, 427 e ss.

anch'essa valorizzando, nella nozione di tutela cautelare, l'aspetto funzionale e sminuendo, invece, quello strutturale, consistente nella strumentalità rispetto al giudizio di merito, elemento questo non essenziale alla nozione di provvedimento cautelare. A detta di costei, infatti, *“la presenza di una manifestazione genuina di tutela cautelare non può essere negata (...) ogniqualvolta si sia al cospetto di un provvedimento che, oltre che essere provvisorio, sia chiaramente sorretto dalla funzione di assicurare, rispetto ai pregiudizi cui sono esposti, i diritti soggettivi o i rapporti giuridici nelle more del tempo occorrente per il dispiegarsi della loro tutela giurisdizionale ordinaria”*.

Merita, infine, di essere segnalato il pensiero di Monteleone⁴² che, seppur fermo nell'escludere la natura cautelare delle ordinanze presidenziali e nell'affermarne la natura anticipatoria e/o sommaria, giunse ad ammettere, al fine di colmare il vuoto di tutela che discendeva dall'inimpugnabilità dei provvedimenti *de quibus* sia ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., sia con ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost., in quanto aventi carattere non definitivo, la loro appellabilità al giudice superiore, in virtù dell'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Se, dunque, alcuni autori, all'indomani delle menzionate pronunce della Corte costituzionale, si dichiararono favorevoli ad ammettere la reclamabilità *ex art.* 669 *terdecies* c.p.c. delle ordinanze presidenziali, il “lento ritorno al garantismo” tanto auspicato da Cipriani pareva ancora lontano, soprattutto alla luce della giurisprudenza di merito⁴³, ferma

⁴² MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II ed., Padova, 2000, 1249, nota 7.

⁴³ Così Trib. Trani, 26 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 232; Trib. Pavia, 9 gennaio 1997, *ibidem*, 232; Trib. Arezzo, 11 giugno 1997, *ibidem*, 2285.

nell'escludere, così come parte della dottrina⁴⁴, la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e, conseguentemente, la loro assoggettabilità a reclamo.

La principale argomentazione utilizzata dalla dottrina per escludere la natura cautelare delle ordinanze presidenziali, ed ascriverle all'alveo dei "provvedimenti anticipatori o interinali rispetto alla decisione finale", fu individuata nella profonda diversità della disciplina relativa ai provvedimenti presidenziali rispetto a quella dettata per quelli cautelari, diversità concernente non solo la struttura, per assenza nei primi del requisito della strumentalità, ma anche la funzione degli stessi, non sempre necessariamente cautelare⁴⁵.

Lo studioso⁴⁶ che arrivò a tale conclusione muoveva dal presupposto, peraltro non unanimemente condiviso⁴⁷, che l'emanazione dei provvedimenti in questione non fosse condizionata alla presenza del *periculum in mora*, inteso nella sua corretta accezione⁴⁸, bensì "all'esigenza di anticipare il regolamento definitivo dei rapporti della famiglia, atteso che si è modificata la situazione di fatto che li giustificava e un coniuge ha mostrato, con il ricorso al giudice, di volerne fare derivare delle conseguenze".

⁴⁴PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, 850, qualificava le ordinanze in questione come "provvedimenti sommari a contenuto anticipatorio", ritenendo determinante, a tal fine, l'art. 189 disp. att. c.p.c. Escludeva la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus* anche SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 478, il cui pensiero era condiviso altresì da VALITUTTI, *Le ordinanze provvisoriamente esecutive*, Padova, 1999, 356 e ss.

⁴⁵Così SALETTI, *Procedimento*, cit., 478.

⁴⁶SALETTI, *Procedimento*, cit., 478.

⁴⁷SALVANESCHI, *Provvedimenti*, cit., 1067, ma anche CECHELLA, *Il processo*, cit., 243.

⁴⁸SALETTI, *Procedimento*, cit., 478, nota 104, criticava l'accezione di *periculum in mora* fatta propria da Salvaneschi, secondo la quale i provvedimenti presidenziali esplicano "la loro funzione cautelare oviando al pericolo non della futura infruttuosità della tutela di merito, bensì a quello insito nella stessa tardività della pronuncia definitiva", giacché eccessivamente ampia e tale da privare la nozione di *periculum* di ogni capacità distintiva.

L'esclusione della natura cautelare delle ordinanze de *quibus* comportava, a detta di tale autore, l'inapplicabilità diretta delle disposizioni sul procedimento cautelare uniforme. Ma anche l'applicabilità in via analogica di queste, ed in particolare dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., veniva da questi negata: il contrasto tra la libera revocabilità dei provvedimenti presidenziali prevista dall'art. 4, ottavo comma, l. div. e la possibilità di riesame in sede di reclamo comportava, infatti, l'impossibilità di individuare quella *eadem ratio* che giustifica il ricorso all'analogia.

Le ordinanze presidenziali, dunque, non potevano che essere considerate inimpugnabili. E tale conclusione, seppur, come si è visto in precedenza, non unanimemente condivisa in dottrina, pareva essere insuperabile nel pensiero dei giudici di merito, con una sola eccezione: il Tribunale di Genova, con ordinanza 16 marzo 2001⁴⁹, di cui fu estensore Martinelli, per la prima volta ammise la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c. dei provvedimenti relativi ai minori pronunciati dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione personale.

Una precisazione si rende a questo punto opportuna. Nella prassi, iniziarono ad essere molto più frequenti i reclami *ex art. 669 terdecies* c.p.c. proposti avverso i provvedimenti emessi dal giudice istruttore, rispetto a quelli avverso le ordinanze presidenziali. Fermo restando che la questione della reclamabilità dei provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore costituirà oggetto di un apposito capitolo del presente lavoro, le pronunce sull'ammissibilità o meno di tale reclamo saranno comunque esaminate in questa sede, in quanto occasione utilizzata dai giudici di merito per esprimere considerazioni valide anche per i provvedimenti

⁴⁹ Trib. Genova, 16 marzo 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2356, con nota adesiva di CIPRIANI.

presidenziali, dotati, come nessuno ha mai dubitato, della medesima natura di quelli dell'istruttore.

Allo stesso modo, si sottolinea fin da ora che la problematica della reclamabilità dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, fossero essi emanati dal presidente o dal giudice istruttore, veniva affrontata, sia in dottrina che in giurisprudenza, senza alcuna distinzione a seconda che essi fossero stati resi nell'ambito di un procedimento di separazione personale dei coniugi, piuttosto che in un procedimento di divorzio. Nella disciplina dei due procedimenti, con particolare riferimento all'aspetto dei controlli, una differenza, in effetti, vi era: mentre l'art. 708 c.p.c. subordinava la revoca e la modifica dei provvedimenti presidenziali al verificarsi di "mutamenti nelle circostanze", una analoga condizione non era prevista dall'art. 4 l. div. Tuttavia, in virtù dell'art. 23, primo comma, della L. 6 marzo 1987, n. 74, ai sensi del quale *"fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione personale dei coniugi si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 8 della presente legge"*, si riteneva che la disciplina dettata per il procedimento di divorzio dovesse applicarsi anche a quello di separazione, con la conseguenza che l'inciso di cui sopra doveva considerarsi abrogato.

Fatte queste premesse e tornando ad esaminare la pronuncia con la quale per la prima volta il Tribunale di Genova ammise la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c. di un provvedimento emesso dal giudice istruttore, non può non constatarsi la peculiarità del caso di specie sottoposto all'attenzione dei giudici di merito: l'ordinanza reclamata consisteva in un provvedimento con il quale il giudice istruttore aveva rigettato il ricorso cautelare *ex art. 669 quater* c.p.c. di modifica dei provvedimenti

presidenziali avanzata dal marito nei confronti della moglie, ivi compresa la parte relativa ai suoi rapporti personali con il figlio⁵⁰. Il provvedimento reclamato, come osservato dai giudici genovesi, era, dunque, un provvedimento di contenuto minorile, emanato secondo lo schema dell'art. 333 c.c.⁵¹, che, se adottato dal tribunale per i minorenni, sarebbe stato reclamabile *ex art. 739 c.p.c.*

Il Tribunale, dopo aver qualificato l'ordinanza in questione come provvedimento *ex art. 708 c.p.c.*, benché fosse stata richiesta con ricorso *ex art. 669 quater c.p.c.*, e dopo averne escluso la natura cautelare, riteneva, tuttavia, di dover ammettere il reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* avverso la stessa proposto, al fine di evitare la disparità di trattamento che sarebbe venuta a crearsi tra provvedimenti analoghi, ma assunti da giudici diversi (il tribunale ordinario e quello per i minorenni), su un terreno, quello della impugnabilità di fronte ad un giudice diverso, che la Corte costituzionale aveva da poco indicato, con la sentenza 253/1994, come essenziale per l'effettività del diritto di difesa. Il reclamo, ritenuto ammissibile, veniva poi rigettato nel merito per infondatezza degli assunti dedotti dal padre per provare il pregiudizio, in realtà inesistente, per il minore.

Nel commentare tale pronuncia, Cipriani così esordì: “*Tanto tuonò che piove*”. La soddisfazione di questo autore, che tanto aveva auspicato un “ritorno al garantismo”, pareva, tuttavia, adombrata dalla preoccupazione che la motivazione del Tribunale di Genova non fosse

⁵⁰ In particolare, il ricorrente segnalava come la volontà della madre di trasferirsi a Milano portando con sé il figlio avrebbe pregiudicato i rapporti tra il padre ed il figlio, con “danno irreparabile alla di lui equilibrata crescita psico-affettiva”.

⁵¹ Tale norma prevede che “*quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare, ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento*”.

sufficiente a risolvere in senso affermativo la questione della reclamabilità anche per i provvedimenti emessi, sia dal presidente che dal giudice istruttore, nell'interesse dei coniugi.

I timori di questo autore si rivelarono ben presto fondati. Con ordinanza 30 luglio 2001, il Tribunale di Foggia⁵² dichiarò inammissibile il reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* avverso un provvedimento con il quale, nel corso di un procedimento di divorzio, il giudice istruttore aveva modificato il provvedimento presidenziale, dettando una nuova regolamentazione del diritto di visita del figlio da parte del coniuge non affidatario. La motivazione di tale provvedimento è tutta incentrata nell'esclusione della natura strettamente cautelare dei provvedimenti interinali emessi dal presidente del tribunale nella fase preliminare dei giudizi di separazione o di divorzio (cui la pronuncia in questione equipara quelli successivamente emessi nel corso del giudizio di merito, in quanto pacificamente dotati della medesima natura), *“in quanto la legge attribuisce agli stessi lineamenti strutturali che ne escludono con certezza l'appartenenza alla giurisdizione cautelare”*. Infatti, sempre secondo il Tribunale di Foggia, *“le regole del procedimento cautelare uniforme trovano applicazione soltanto con riferimento a quelle forma di tutela giurisdizionale che sono, quanto alla struttura, inequivocabilmente riconducibili nell'ambito della giurisdizione cautelare”*.

Le peculiarità strutturali dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, ossia l'ultrattività rispetto all'estinzione del giudizio di merito, l'officiosità della loro pronuncia, nonché il loro regime di libera modificabilità e revocabilità, precludevano dunque, secondo i giudici di

⁵² Trib. Foggia, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 263, con nota critica di CEA, *I provvedimenti*, cit.

merito, la possibilità di sottoporli a reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* In particolare, si legge nell'ordinanza in questione, *“ammettere il reclamo in seno ad un procedimento sommario, che già contiene al suo interno un vasto (e spesso abusato) meccanismo di controllo, sia pure a volte affidato allo stesso giudice, porterebbe ad una incontrollabile proliferazione del contenzioso in subiecta materia, in quanto il coniuge che si senta insoddisfatto anche all'esito del giudizio di reclamo, ben potrebbe avanzare all'istruttore un'ulteriore richiesta di modifica e/o revoca dei provvedimenti interinali ed impugnare la relativa statuizione”*.

Il Tribunale di Foggia individuava, dunque, un problema ulteriore, e tutt'oggi attuale per le ragioni che si vedranno oltre, rispetto a quello della reclamabilità dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, fossero essi emessi dal presidente o dal giudice istruttore, ossia quello della possibilità per i coniugi, potenzialmente azionabile all'infinito, di ottenere la riforma di un provvedimento già modificato in sede di reclamo, anche a prescindere da mutamenti nelle circostanze.

Nel commentare tale pronuncia, Cea, dando seguito alla metafora di Cipriani, così esordiva: *“nella nostra repubblica giudiziaria a contrade che di tanto in tanto beneficiano di provvide pioggerelle se ne contrappongono altre in cui la pioggia è solo un miraggio e la siccità la fa da padroni”*. Inutile, quindi, sottolineare il dissenso dell'autore citato rispetto alla pronuncia in esame. Ciò che, però, preme evidenziare fin da subito, è che tale dissenso concerneva esclusivamente l'esclusione del reclamo avverso i provvedimenti resi dal giudice istruttore, mentre non riguardava i provvedimenti presidenziali che, stante la loro immediata riesaminabilità davanti all'istruttore, dovevano, a detta di Cea, rimanere esclusi dall'ambito di applicazione dell'*art. 669 terdecies c.p.c.*

Questo studioso affermava la natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti, ritenendo che in essi il *fumus* fosse “tipizzato”, essendo sufficiente per la sua individuazione l’accertamento di uno stato di crisi tra i coniugi, ed il *periculum*, che egli definiva da tardività e non da infruttuosità, “addirittura presupposto”, in quanto insito nel fallimento del tentativo di conciliazione e nello stato di crisi coniugale. Per giungere ad affermare la natura cautelare dei provvedimenti in questione, Cea non mancò di confutare le classiche argomentazioni addotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in favore della tesi contraria. Merita attenzione quanto egli scrisse in tema di sopravvivenza delle ordinanze presidenziali rispetto all’estinzione del giudizio di merito, ossia che “l’ultrattività ex art. 189 disp. att. è debole, anzi debolissima, in quanto non è diretta a conseguire un’effettiva stabilizzazione del provvedimento sommario, quale è quella garantita dall’art. 653 c.p.c. (...). Quell’ultrattività è soltanto il rimedio di un legislatore ipocrita che voleva evitare che i processi di separazione si concludessero naturaliter (cioè con la pronuncia della sentenza)”.

Affermata la natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti, Cea, come si è anticipato, giungeva alla conclusione di ammettere il reclamo esclusivamente avverso quelli emessi dal giudice istruttore, ritenendo che il controllo su quelli presidenziali fosse già sufficientemente garantito dalla possibilità di ottenerne il riesame ad opera del giudice istruttore. Tale soluzione, del resto, scriveva l’autore citato, non si poneva in contrasto con la precisazione della Consulta secondo cui il giudice del controllo cautelare deve essere superiore o “equiordinato”⁵³, dovendosi intendere per giudici “equiordinati” quelli che operano nello stesso grado,

⁵³ Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 421, in *Foro it.*, 1997, I, 1304.

come il presidente e l'istruttore. Se così non fosse, proseguiva Cea, *“dovrebbe negarsi la possibilità del reclamo al collegio del tribunale, che, come il giudice istruttore, non sarebbe equiordinato al presidente del tribunale, non potendosi certo sostenere che il requisito in esame possa discendere dall'essere o meno il giudice collegiale”*.

Tale autore provvedeva, infine, a sottolineare l'infondatezza del timore manifestato dai giudici di merito di una proliferazione potenzialmente infinita del contenzioso, suggerendo la soluzione di ammettere il potere di rivisitazione illimitato dell'ordinanza presidenziale da parte del giudice istruttore solo al primo riesame, subordinando poi lo *ius poenitendi* di quest'ultimo all'emergere di nuove circostanze.

Proseguendo nell'esame del panorama giurisprudenziale che continuava a deludere quella parte della dottrina favorevole alla reclamabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti, merita attenzione l'ordinanza 20 febbraio 2003 con la quale il Tribunale di Verona⁵⁴ negava tale reclamabilità, sia che gli stessi fossero emanati dal presidente, sia che fossero resi dal giudice istruttore. Dopo averne, infatti, escluso la natura cautelare, richiamando le ormai note considerazioni in tema di ultrattività, officiosità e libera modificabilità e revocabilità, il collegio escludeva altresì che, nel caso di specie, si trattasse di provvedimenti del giudice ordinario dotati delle stesse conseguenze giuridiche ed oggettive del provvedimento di limitazione della potestà genitoriale adottato dal giudice minorile. Poiché si trattava di *“naturali pronunciati in tema di necessario*

⁵⁴ Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3156, con nota critica di CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, nonché in *Foro it.*, 2004, I, 624, con nota critica di CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*.

affidamento dei figli all'uno o all'altro genitore, di assegnazione della casa coniugale e di fissazione dell'obbligo di mantenimento", il Tribunale di Verona non avvertì la necessità di ammettere il reclamo, come invece aveva fatto il Tribunale di Genova, per evitare che si configurasse una disparità di trattamento rispetto ai provvedimenti nell'interesse della prole emanati dal tribunale per i minorenni, reclamabili *ex art. 739 c.p.c.*

Implicitamente, dunque, la giurisprudenza pareva utilizzare quale *discrimen*, al fine di valutare l'ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti nell'interesse della prole (e solo di questi), il contenuto degli stessi.

Lo stesso criterio fu infatti utilizzato dal Tribunale di Brindisi che, con ordinanza 12 agosto 2003⁵⁵, escluse, in linea di principio, la reclamabilità dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole emanati dal giudice istruttore, ammettendola, però, nel caso di specie, in quanto essi erano stati adottati, a detta del collegio, *"al fine di far fronte con tempestività a situazioni di pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile prospettato da taluna delle parti in causa"*. Infatti, proseguiva la motivazione di detta ordinanza, *"in simili fattispecie la natura cautelare in senso stretto del tipo di provvedimento adottato dal g.i. è in re ipsa e prescinde dal nomen iuris che alla domanda o al provvedimento stesso abbiano dato le parti nei loro scritti difensivi o il giudice nella motivazione. In tali casi, dalla natura cautelare del provvedimento deriva, per le ragioni innanzi esposte, la reclamabilità dello stesso ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c."*. Se si legge il testo integrale del

⁵⁵ Trib. Brindisi, 12 agosto 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3156, con nota critica di CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità*, cit., nonché in *Foro it.*, 2004, I, 624, con nota critica di CEA, *Il problema*, cit.

provvedimento si apprende che, nel caso di specie, il reclamo proposto dal coniuge non affidatario aveva ad oggetto l'ordinanza con la quale il presidente istruttore aveva disposto, a modifica di precedenti provvedimenti, l'affidamento esclusivo della minore alla madre, autorizzando il trasferimento della stessa in un'altra città, disciplinando in maniera penalizzante per la bambina e per il padre il diritto di visita di quest'ultimo e sostanzialmente confermando i rapporti economici in vigore tra le parti. Il reclamo veniva accolto ed il collegio disponeva in favore del padre un più ampio margine di tempo per l'esercizio del diritto di visita alla minore.

Com'è stato correttamente osservato,⁵⁶ il Tribunale di Brindisi ha compiuto un'operazione diametralmente opposta rispetto a quella eseguita dai giudici genovesi con il provvedimento del 16 marzo 2001: mentre questi ultimi, pur trovandosi di fronte ad un provvedimento richiesto all'istruttore ai sensi dell'art. 669 *quater* c.p.c., lo avevano qualificato come provvedimento reso *ex art. 708 c.p.c.*, i giudici brindisini hanno qualificato l'ordinanza sottoposta a reclamo come provvedimento di accoglimento di un ricorso proposto in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, così giustificando l'ammissibilità del reclamo e, contemporaneamente, escludendo la possibilità di utilizzare tale rimedio anche avverso i provvedimenti non aventi natura cautelare, quali quelli nell'interesse dei coniugi e della prole.

Così facendo, il Tribunale di Brindisi avrebbe, a detta di Cipriani, utilizzato un modo incoerente per aggirare il problema, "*perché, essendo tutti i provvedimenti ex art. 708 c.p.c. definiti «urgenti» dalla legge, non si*

⁵⁶ CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità*, cit., 3157.

può far leva proprio sull'urgenza per distinguere i provvedimenti reclamabili dagli altri".

Ciò che accomunava tutte le pronunce ora menzionate era la definizione di provvedimento cautelare come *“provvedimento sommario avente i seguenti connotati: a) la funzione di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale mediante l'adozione di misure anticipatorie di un dato provvedimento decisivo e b) la struttura di provvedimento provvisorio e strumentale rispetto al giudizio a cognizione piena”*⁵⁷. Da tale definizione i giudici di merito facevano discendere la conseguenza dell'esclusione della natura cautelare dei provvedimenti temporanei e urgenti, in quanto privi del requisito strutturale della strumentalità rispetto al giudizio di merito.

Parte della dottrina⁵⁸ osservò che tale orientamento pareva ormai essere smentito dall'evoluzione legislativa: con l'introduzione del nuovo rito societario, la strumentalità non sarebbe più stata un requisito essenziale dei provvedimenti cautelari. Infatti, ai sensi dell'art. 23, primo comma, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, *“nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'articolo 669 octies del codice di procedura civile, ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata”*.

Ciò che risultava con certezza dalla norma in esame, come è stato correttamente osservato⁵⁹, era l'assoggettabilità al nuovo regime della cosiddetta strumentalità attenuata di tutte le misure cautelari idonee ad

⁵⁷ Così si legge nella motivazione di Trib. Brindisi, 12 agosto 2003, cit.

⁵⁸ CEA, *Il problema*, cit., 626.

⁵⁹ SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 16.

anticipare gli effetti della decisione di merito, ivi comprese quelle disciplinate dal codice civile e dalle leggi speciali richiamate dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

I fautori della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali individuarono, nella modifica legislativa in questione, un “*fenomeno di stabilizzazione degli effetti del provvedimento sommario molto più marcato di quello previsto dall'art. 189 disp. att. c.p.c.*”⁶⁰ ed osservarono che, ad onta dell'ultrattività, i provvedimenti *ex art.* 23 e 24 del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, continuavano ad essere definiti cautelari, proprio dal legislatore della riforma, e ad essere assoggettati, ai sensi del comma quinto dell'art. 23, a reclamo *ex art.* 669 *terdecies* c.p.c., con la conseguenza che lo stesso trattamento non si sarebbe più potuto negare per i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole.

Quanto alla giurisprudenza successiva a tale intervento legislativo, segni di apertura nel senso della reclamabilità di tali provvedimenti continuarono ad essere mostrati esclusivamente dai giudici genovesi. Con ordinanze del 10 gennaio 2004 e del 16 febbraio 2004⁶¹, due diversi collegi del Tribunale di Genova, entrambi presieduti dal dott. Martinelli, hanno ammesso la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., rispettivamente con riguardo al procedimento di separazione ed a quello di divorzio, dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore relativi ai coniugi, pur escludendone la natura cautelare e riconducendo gli stessi alla categoria dei “provvedimenti anticipatori o interinali”. Senza intaccare le categorie elaborate dalla dottrina, i giudici genovesi hanno ritenuto, con la

⁶⁰ Così CEA, *Il problema*, cit., 626, il cui pensiero è condiviso da PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, nota a Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2535.

⁶¹ Trib. Genova, 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 931; Trib. Genova, 16 febbraio 2004, *ibidem*, 904.

soluzione dagli stessi adottata, di evitare che la rigorosa applicazione delle stesse comportasse il sacrificio di quella “*tutela cautelare atipica*”, comprensiva di un reclamo a un giudice diverso, riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, che garantisce “*il principio stesso di effettività che presiede all’intera funzione giurisdizionale*”.

Pochi mesi dopo i giudici genovesi, con ordinanza 10 maggio 2004⁶², implicitamente ammettevano la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali adottati nell’interesse dei coniugi e della prole in tutte le ipotesi in cui il presidente avesse nominato giudice istruttore se stesso, negandola invece laddove la scelta fosse caduta, come nella fattispecie loro sottoposta, su un altro magistrato. In tale seconda ipotesi, infatti, la facoltà per la parte interessata di richiedere la revoca o la modifica del provvedimento presidenziale al giudice istruttore, anche semplicemente al fine di ottenere una diversa valutazione delle circostanze già prese sommariamente in esame dall’ordinanza presidenziale, stante la pacifica applicabilità, anche nell’ambito dei procedimenti di separazione, dell’art. 4, ottavo comma, 1. div., avrebbe comportato l’esclusione, a detta del collegio ligure, della necessità di ricorrere a quella lettura costituzionalmente orientata che nelle due precedenti pronunce il medesimo Tribunale aveva dovuto adottare, ammettendo la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore.

In conclusione, alle soglie dell’entrata in vigore delle leggi di riforma 14 maggio 2005, n. 80 e 8 febbraio 2006, n. 54, la posizione della giurisprudenza di merito in ordine alla ammissibilità del reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* avverso i provvedimenti nell’interesse dei coniugi e

⁶² Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2534, con note di CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, nonché di PROTO PISANI, *Su alcuni problemi*, cit.

della prole emanati nel corso dei procedimenti di separazione e divorzio era di totale chiusura, stante la rilevata natura non cautelare dei provvedimenti in questione, in quanto privi del requisito strutturale della strumentalità rispetto al giudizio di merito.

Esclusivamente il Tribunale di Genova, il cui orientamento era valutato favorevolmente da parte della dottrina, pareva aver assunto un atteggiamento di apertura nei confronti dell'ammissibilità di tale strumento, seppur con le limitazioni che si sono evidenziate poc'anzi, tali da non consentire che esso potesse essere considerato un rimedio di carattere generale avverso i provvedimenti temporanei e urgenti.

CAPITOLO II

IL REGIME DI IMPUGNABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI PRESIDENZIALI NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO: IL RECLAMO DI CUI ALL'ART. 708, ULTIMO COMMA, C.P.C.

1. La L. 14 maggio 2005, n. 80.

Il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80, è stato da molti considerato come un'occasione mancata dal legislatore al fine di ovviare a quella carenza di tutela giurisdizionale che la dottrina individuava nella mancata previsione di uno strumento di controllo avanti ad un giudice superiore dei provvedimenti temporanei e urgenti emanati nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, lacuna normativa che, come si è visto in precedenza, la giurisprudenza, fatta salva quella del Tribunale di Genova, non pareva intenzionata a colmare tramite l'applicazione a detti provvedimenti del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Con la riforma del 2005 il legislatore ha modificato profondamente la disciplina processuale della fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio, animato dall'intento di uniformare la disciplina dei due procedimenti, seppur senza procedere ad una unificazione della stessa.

Si tenga presente, peraltro, che gran parte delle distinzioni presenti nella disciplina dei due procedimenti venivano già da tempo ritenute superate in virtù di quanto previsto dall'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n.

74¹, norma che prevedeva l'applicabilità ai giudizi di separazione delle regole previste dall'art. 4 l. div. e della cui attuale vigenza oggi, ossia a seguito della riscrittura delle norme sul processo di separazione, la dottrina discute, divisa tra chi la ritiene superata² e chi reputa che essa sia ancora applicabile³.

Ad ogni modo, l'intervento riformatore del 2005 ha comportato la modifica degli articoli da 706 a 709 c.p.c., nonché dell'art. 4 l. div.

Il primo aspetto da segnalare è stato l'introduzione di una nuova regola per individuare il giudice competente a conoscere di questi procedimenti, ossia quello dell'ultima residenza comune dei coniugi o, in mancanza, del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio. Viceversa, se il convenuto risiede all'estero o è irreperibile, la competenza spetta al tribunale del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente, ma se anche questi risiede all'estero, la competenza spetta a qualsiasi tribunale della repubblica⁴.

¹ Tale norma prevede che “*fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione dei coniugi si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art. 4 della l. 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 8 della presente legge*”.

² GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, 1861.

³ Di tale avviso è CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 144. Secondo MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XVIII ed., Torino, 2006, 82, la norma in questione dovrebbe essere ritenuta ancora operante in linea di massima, anche per la sua maggiore ampiezza, ancorché con l'eccezione di quei settori che la nuova legge disciplina direttamente ed in modo esauriente. G.F. RICCI, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Codice della famiglia*, I, a cura di Sesta, Milano, 2007, 2088, rileva che, avendo la novellazione del 2005 e 2006 introdotto modifiche soltanto parziali al procedimento di separazione, l'art. 23 L. 74/1987 dovrebbe ritenersi ancora in vigore per ciò che non è stato previsto nel nuovo testo riformato degli artt. 706 e ss. c.p.c.

⁴ Tale nuovo criterio di individuazione della competenza, che impone di fare riferimento al luogo dell'ultima residenza dei coniugi, è stato aspramente criticato con riferimento al procedimento di divorzio, alla cui instaurazione nella maggior parte dei casi i coniugi pervengono dopo essere stati autorizzati da più di tre anni a vivere separati. La Consulta è quindi intervenuta con sentenza n. 169 del 23 maggio 2008, dichiarando l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 4 l. div., nella parte in cui imponeva ai coniugi di adire preventivamente il tribunale dell'ultima residenza comune.

Il legislatore ha poi deciso di introdurre, per entrambi i procedimenti, il nuovo termine ordinatorio di novanta giorni, entro il quale l'udienza avanti al presidente dovrebbe tenersi, termine che va ad aggiungersi a quello di cinque giorni successivi al deposito del ricorso in cancelleria, entro il quale il presidente è tenuto a fissare l'udienza di comparizione davanti a sé, già previsto espressamente per i procedimenti di divorzio e, in virtù dell'applicazione dell'art. 23 L. 74/1987, per i procedimenti di separazione. È evidente che il carattere ordinatorio di tale termine vanifica l'intento acceleratorio perseguito dall'intervento riformatore.

Il nuovo articolo 707 c.p.c., così come il settimo comma dell'art. 4 l. div., prevede ora che i coniugi debbano comparire personalmente avanti al presidente “*con l'assistenza del difensore*”: la locuzione utilizzata dal legislatore lascia intendere che non sia necessaria la rappresentanza di cui all'art. 82 c.p.c., ma che sia sufficiente che la parte sia assistita dal difensore⁵. Del resto, come è noto, la costituzione delle parti nei giudizi *de quibus* si perfeziona, in virtù della nuova disciplina risultante dalla novella del 2005, in un momento cronologicamente successivo rispetto all'udienza presidenziale.

La grande novità introdotta dalla riforma del 2005 per entrambi i procedimenti consiste, però, nell'aver il legislatore deciso di disattendere il c.d. “rito ambrosiano”, ossia quell'orientamento sviluppatosi presso i giudici milanesi che imponeva di riferire all'udienza presidenziale i termini di costituzione dei coniugi, con la conseguente configurazione di preclusioni legate a tale udienza. L'intervento riformatore ha, infatti,

⁵ Per gli opportuni riferimenti si veda G. F. RICCI, *Della separazione*, cit., 2094.

sancito che la difesa dell'attore, iniziata con il deposito del ricorso introduttivo, si perfeziona con la memoria integrativa di cui al terzo comma dell'art. 709 c.p.c., da depositarsi nel termine fissato dall'ordinanza presidenziale, provvedimento deputato altresì alla assegnazione del termine per la costituzione del convenuto al quale, se non è comparso, l'ordinanza deve essere notificata. Tra la data dell'ordinanza, ovvero tra la data entro cui la stessa deve essere notificata al convenuto non comparso, e quella dell'udienza di comparizione e trattazione devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti a metà, così come previsto per entrambi i procedimenti dalle nuove norme.

Si deve dare atto del fatto che il legislatore, con la modifica in questione, ha disatteso non soltanto il cosiddetto rito ambrosiano, ma anche quell'orientamento avallato dalla Corte di cassazione, che in dottrina⁶ è stato definito rito romano, che imponeva all'attore di costituirsi in relazione all'udienza presidenziale, mentre consentiva al convenuto di procedere a tale incombenza prima dell'udienza avanti all'istruttore, così dando luogo ad una evidente sperequazione tra la posizione del ricorrente e quella del convenuto.

Vi è da dire che l'attribuzione all'udienza presidenziale di una funzione parzialmente "precontenziosa"⁷ ha indubbiamente contribuito ad ampliare i poteri di cui il presidente dispone in questa fase nella quale il materiale cognitivo ed istruttorio è ancora in via di progressiva formazione.

⁶ G.F. RICCI, *Il rito "ambrosiano", la Cassazione e il rito "romano"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 717.

⁷ Il termine è di MANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 97.

Quanto ai provvedimenti temporanei e urgenti emanati dal presidente del tribunale, il legislatore si è limitato ad anteporre, esclusivamente per i procedimenti di separazione, il termine “*della prole*” a quello “*dei coniugi*”, come a voler sancire, con un intervento che è stato da molti⁸ interpretato come un “*eccesso di demagogia*”, che l’interesse dei figli debba essere preminente rispetto a quello dei coniugi. Trattasi, come è evidente, di una modifica esclusivamente formale, del tutto priva di conseguenze pratiche.

Ciò che, invece, nella prassi ha sollevato non pochi dubbi interpretativi è stata la modifica, ad opera della L. 14 maggio 2005, n. 80, del quarto comma dell’art. 709 c.p.c., mediante l’abrogazione dell’inciso che subordinava al verificarsi di “*mutamenti nelle circostanze*” la possibilità per il giudice istruttore di modificare e revocare l’ordinanza del presidente.

Anche in questo caso, il legislatore ha inteso estendere al procedimento di separazione la disciplina prevista per quello di divorzio, già da tempo, peraltro, ritenuta applicabile dalla dottrina e dalla giurisprudenza in virtù dell’art. 23 L. 74/1987. Tale modifica ha notevolmente contribuito, come nel prosieguo di questo lavoro si vedrà, ad animare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente i rapporti tra il potere illimitato di revoca e modifica che la riforma del 2005 ha attribuito al giudice istruttore ed il reclamo alla Corte d’appello, ossia lo strumento di controllo introdotto avverso i provvedimenti presidenziali solamente ad opera della successiva L. 8 febbraio 2006, n. 54.

⁸ CIPRIANI, *Processi*, cit., 140.

L'intervento riformatore del 2005, lungi dal fornire una risposta sul tema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei e urgenti, ha contribuito a rendere ancora più acceso il dibattito su di esso: l'aver ampliato i poteri del giudice istruttore, attribuendogli il potere di revocare e modificare tali provvedimenti a prescindere dal sopravvenire di un mutamento nelle circostanze, ha senza dubbio rappresentato un argomento contrario alla tesi della reclamabilità degli stessi ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., in precedenza ipotizzata da alcuni giudici di merito, in particolar modo quelli del Tribunale di Genova, e accolta con favore da parte della dottrina.

Nello stesso tempo, come è ben noto, la L. 14 maggio 2005, n. 80 ha apportato importanti modifiche alla materia della tutela cautelare, la prima delle quali finalizzata ad allentare il legame tra misura cautelare e giudizio di merito. Il legislatore ha, infatti, previsto che alcune misure cautelari, definite a "strumentalità attenuata", ossia i provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., le denunce di nuova opera e di danno temuto, nonché i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, mantengano efficacia a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito, nonché nell'ipotesi in cui quest'ultimo, dopo la sua instaurazione, si estingua. Tale modifica è stata da molti interpretata come un argomento a favore dell'applicabilità dello strumento del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. ai provvedimenti temporanei e urgenti emanati nel corso dei procedimenti di separazione e divorzio: se, infatti, l'ultrattività di tali provvedimenti, sancita dall'art. 189 disp. att. c.p.c., e l'assenza di strumentalità rispetto alla sentenza definitiva rappresentavano le principali ragioni in forza delle quali si escludeva che essi potessero avere natura

cautelare, l'aver previsto l'idoneità di alcune misure cautelari a sopravvivere a prescindere dall'instaurazione e dall'estinzione del giudizio di merito destituita di fondamento tale argomentazione.

Benché parte della dottrina fosse di questo avviso⁹, la giurisprudenza di merito, con l'unica eccezione dei Tribunali di Genova e di Rovereto¹⁰, continuò a negare la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c. dei provvedimenti in questione.

Né, come è stato correttamente osservato¹¹, i giudici di legittimità avrebbero potuto fornire una risposta diversa a tale questione, essendo precluso un intervento nomofilattico della Suprema Corte sul tema, considerata la natura non decisoria e non definitiva dei provvedimenti temporanei e urgenti, tale da escluderne la ricorribilità sia ai sensi dell'art. 360 c.p.c., sia *ex art. 111 Cost.*

In conclusione, la L. 14 maggio 2005, n. 80 ha influito soltanto indirettamente sul tema della stabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti emanati nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio: per avere una risposta, peraltro non esaustiva e foriera di numerosi dubbi interpretativi, alla questione dei controlli su tali provvedimenti, gli interpreti hanno dovuto attendere la L. 8 febbraio 2006, n. 54, recante “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”.

⁹ CIPRIANI, *Processi*, cit., 143.

¹⁰ Trib. Rovereto, 18 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1591.

¹¹ D'ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti-Rossi Carleo, Milano, 2006, 269 e ss.

2. La L. 8 febbraio 2006, n. 54.

La L. 8 febbraio 2006, n. 54, recante “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, benché sia stata emanata con l’intento principale di introdurre nel nostro ordinamento l’affido condiviso dei figli e di realizzare il principio di bigenitorialità, ha apportato altresì importanti modifiche agli aspetti processuali dei procedimenti di separazione, per i quali la nuova disciplina è stata dettata, e di divorzio, ai quali essa è applicabile in forza di quanto previsto all’art. 4, secondo comma, ove si legge che le nuove norme “*si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*”.

Poiché l’esame approfondito delle modifiche di diritto sostanziale introdotte dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54 esula dall’oggetto del presente lavoro, si esamineranno ora esclusivamente gli aspetti processuali che la legge in questione ha modificato.

È bene premettere che l’attuale disciplina dei procedimenti di separazione e di divorzio è il frutto della stratificazione di due interventi normativi molto ravvicinati nel tempo, la L. n. 80 del 2005 e la L. n. 54 del 2006, e, come la maggior parte degli studiosi ha rilevato, poco o per nulla coordinati tra loro.

Con l’intento di fare chiarezza in ordine alle fonti normative che presiedono allo svolgimento dei procedimenti di separazione, si può brevemente ricordare che essi sono oggi retti dagli artt. 706 ss. c.p.c., come sostituiti dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, precisando, peraltro, che :

- l'art. 709 *bis* c.p.c. è stato, a sua volta, ulteriormente modificato dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263, con l'aggiunta degli ultimi due periodi in tema di sentenza definitiva;

- il quarto comma dell'art. 708 c.p.c., ai sensi del quale contro i provvedimenti temporanei e urgenti emessi dal presidente si può proporre reclamo alla Corte d'appello, è stato introdotto ad opera della L. 8 febbraio 2006, n. 54;

- l'art. 709 *ter* c.p.c., rubricato "*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*", è stato aggiunto *ex novo* dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54;

- il procedimento di separazione trova la propria disciplina, al di fuori del codice di rito, anche nel nuovo art. 155 *sexies* c.c., introdotto ad opera della L. 8 febbraio 2006, n. 54, che ha previsto l'obbligo di ascoltare i figli minori prima dell'emanazione di qualsiasi provvedimento che li riguardi e che, come nella precedente disciplina, autorizza il giudice ad assumere d'ufficio mezzi di prova finalizzati all'emanazione di provvedimenti relativi ai figli;

- la L. 8 febbraio 2006, n. 54 ha introdotto altresì il comma sesto dell'art. 155 c.c., ai sensi del quale il giudice può disporre accertamenti della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione.

Il procedimento di divorzio è, invece, oggi retto dal nuovo art. 4 l. div., così come modificato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, con la precisazione che ad esso si applicano altresì tutte novità introdotte per i procedimenti di separazione dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, in virtù del richiamo operato dall'art. 4, secondo comma, di tale legge.

Resta dubbio, infine, se i commi 13, 14 e 15 dell'art. 4 l. div. siano o meno applicabili anche ai procedimenti di separazione: se si ritiene ancora

in vigore l'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n. 74, la risposta non può che essere affermativa.

Ciò premesso, appare evidente che il tema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei e urgenti emanati nei procedimenti di separazione e di divorzio è stato profondamente modificato ad opera della L. 8 febbraio 2006, n. 54, legge che ha ammesso, come previsto al quarto comma dell'art. 708 c.p.c., la reclamabilità dell'ordinanza presidenziale avanti alla Corte d'appello.

L'introduzione del reclamo rappresenta senza dubbio la novità più dirimpante apportata ai procedimenti *de quibus* dalla novella del 2006. L'intervento riformatore, tuttavia, lungi dall'aver sopito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema dei controlli avverso i provvedimenti in esame, ha contribuito ad alimentarlo, sollevando nuove questioni interpretative delle quali il presente lavoro cercherà di dare conto, dapprima tramite la disamina, nei paragrafi che seguono, della struttura del reclamo oggi espressamente previsto avverso i provvedimenti presidenziali, dopodiché affrontando, nei successivi capitoli, i problemi che la nuova normativa ha lasciato irrisolti, con particolare riferimento ai rapporti tra il reclamo e la revoca e la modifica, nonché al regime di stabilità dei provvedimenti interinali emanati dal giudice istruttore.

3. Il reclamo di cui all'art. 708, quarto comma, c.p.c.

Il quarto comma dell'art. 708 c.p.c., introdotto nel codice di rito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, recita che “*contro i provvedimenti di cui al terzo comma - ossia quelli che il presidente reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi – si può proporre reclamo con ricorso alla Corte*

d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

La concisione di tale dettato normativo lascia aperte non poche questioni in ordine alla struttura del nuovo strumento di controllo: nei prossimi paragrafi del presente lavoro si esamineranno le caratteristiche del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali nell'interesse della prole e dei coniugi, nel tentativo di inquadrare il nuovo istituto e di fornire una risposta ai numerosi dubbi che la scarna disciplina suscita negli interpreti.

4. L'ambito di applicazione del reclamo: i provvedimenti reclamabili.

Preliminarmente, rispetto all'analisi della struttura del procedimento di reclamo, si impone la necessità di delineare quale sia il suo ambito di applicazione, ossia di individuare i provvedimenti sottoposti allo strumento di controllo in esame.

Com'è noto, il contenuto dell'ordinanza presidenziale è duplice: essa, da un lato, contiene i provvedimenti temporanei e urgenti finalizzati a disciplinare i rapporti tra i coniugi e con la prole nel tempo che precede la pronuncia della sentenza di separazione o di scioglimento del matrimonio; dall'altro, è di natura meramente ordinatoria, poiché contiene le indicazioni necessarie alla prosecuzione del giudizio, ossia l'assegnazione alle parti dei termini per il deposito delle memorie finalizzate a definire il *thema decidendum*, nonché la nomina del giudice istruttore e la fissazione dell'udienza avanti a questi.

È da escludersi che sia reclamabile l'ordinanza presidenziale nella parte in cui vengono date disposizioni per l'ulteriore svolgimento del processo: non sussisterebbero, infatti, rispetto a tale parte del provvedimento, quelle esigenze di garanzia che hanno indotto il legislatore a prevedere lo strumento del reclamo.

Fermo restando, dunque, che solo le statuizioni contenenti provvedimenti relativi ai rapporti tra i coniugi e con la prole possono essere oggetto di reclamo, resta da verificare se possano essere assoggettati a tale controllo sia i provvedimenti positivi che quelli di diniego. La risposta a tale quesito appare scontata, sia perché manca nel testo di legge la previsione di una limitazione in tal senso, sia perché non può non tenersi in considerazione l'evoluzione, dapprima interpretativa e poi normativa, subita dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non consentiva il reclamo cautelare anche avverso i provvedimenti negativi¹².

Allo stesso modo, non avendo il legislatore operato alcuna distinzione con riferimento al contenuto dei provvedimenti temporanei ed urgenti, si deve ritenere che essi siano sottoponibili al nuovo strumento di controllo, sia che contengano statuizioni relative alla prole, sia che regolino i rapporti tra i coniugi¹³.

Resta, infine, da stabilire se possa essere sollevata in sede di reclamo la questione della competenza del tribunale adito con il ricorso per separazione o divorzio.

¹² Ancora una volta si richiama la pronuncia C. cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust. civ.*, 1995, I, 659.

¹³ Conferma la correttezza di tale impostazione DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, 94.

Com'è noto, la possibilità o meno di eccepire l'incompetenza nel corso della fase presidenziale è, da parecchi anni, oggetto di un acceso dibattito dottrinale¹⁴ che vede contrapporsi la tesi di chi sostiene che il presidente, laddove ritenga insussistente la competenza del tribunale adito, debba astenersi dal provvedere, limitandosi a nominare il giudice istruttore ed a rimettere la causa dinnanzi a lui, e chi crede che l'ordinanza contenente i provvedimenti temporanei ed urgenti debba comunque essere emanata dal presidente, non potendo questi neppure porsi il problema di un eventuale difetto di competenza.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso che l'ordinanza presidenziale, in considerazione della sua natura ed efficacia incidentale e del suo carattere di provvisorietà ed urgenza, possa essere impugnata mediante regolamento di competenza, non potendo assumere natura sostanziale di sentenza¹⁵. Del resto, non muta i termini della questione la circostanza che la L. 18 giugno 2009, n. 69 abbia modificato la disciplina delle pronunce sulla competenza, che hanno oggi la forma di ordinanza, con la conseguenza che il ragionamento dei giudici di legittimità non può ritenersi superato o non più valido.

La *ratio* sulla base della quale, infatti, la Suprema Corte è ferma nell'escludere il regolamento di competenza deve essere ricercata nella circostanza che l'affermazione della competenza territoriale del giudice adito, contenuta nel provvedimento in questione, non è suscettibile di

¹⁴ Per gli opportuni riferimenti si rinvia a BONILINI – CHIZZINI - CONFORTINI, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Codice ipertestuale di separazione e divorzio*, II ed., Torino, 2008, 317. G.F. RICCI, *Della separazione*, cit., 2090 osserva che il problema sarebbe, in realtà, superabile, in quanto il presidente dovrebbe comportarsi come un normale giudice di un qualsiasi processo, astenendosi dall'emanare qualsiasi provvedimento se ritenga l'eccezione fondata, ovvero disponendo i provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.* qualora ritenga l'eccezione di incompetenza meramente dilatoria.

¹⁵ Così Cass., 1° aprile 1981, n. 1848, in *Mass. giust. civ.*, 1981, fasc. 4, nonché Id., 30 dicembre 1981, n. 6774, *ibidem*, fasc. 4.

acquistare definitività e non preclude la reiterazione della contestazione di detta competenza da parte del convenuto nella prima udienza davanti all'istruttore¹⁶.

Consta poi una pronuncia nella quale i giudici di merito¹⁷ hanno individuato un obbligo in capo al presidente del tribunale, anche laddove il ricorso per separazione sia stato presentato avanti a un giudice incompetente, di adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti, potendo questi incidere su situazioni che involgono interessi pubblicistici.

La giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, pare dunque, orientata a consentire, o addirittura ad imporre, al presidente di pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti, anche laddove il tribunale investito del procedimento di separazione e di divorzio sia territorialmente incompetente, andando così incontro alle critiche della dottrina¹⁸ che ravvisa in tale orientamento un possibile contrasto con l'art. 25 Cost., che annovera tra i valori costituzionalmente garantiti la competenza del giudice.

Appurato, quindi, che allo stato pare ammettersi la possibilità che il presidente pronunci i provvedimenti temporanei ed urgenti nonostante l'incompetenza del tribunale adito, resta da verificare se i coniugi possano proporre reclamo al fine di far valere detta incompetenza e, in caso di risposta affermativa, quale debba essere la sorte di tali provvedimenti nell'ipotesi in cui il giudice del reclamo ritenga fondata l'eccezione.

¹⁶ Così Cass., 16 aprile 1997, n. 3258, in *Mass. giust. civ.*, 1997, 586.

¹⁷ App. Firenze, 15 ottobre 2007, n. 1209, in *Redazione Giuffrè*, 2008.

¹⁸ G.F. RICCI, *Della separazione*, cit., 2090, nonché SALETTI – VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II ed., I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 729.

Tra gli ancora esigui apporti dottrinali sul tema, vi è chi¹⁹ ha ritenuto di fornire risposta affermativa a tale quesito, suggerendo che, in caso di ordinanza emessa in sede di reclamo declinatoria della competenza, i provvedimenti temporanei ed urgenti debbano rimanere in vita finché non siano sostituiti da altri provvedimenti interinali. Tale soluzione parrebbe, sulla base di un primo esame, ragionevole, se si considera che i provvedimenti in questione conservano, ai sensi dell'art. 189 disp. att. c.p.c., la propria efficacia anche dopo l'estinzione del processo, fino a quando non vengano sostituiti con altri provvedimenti emessi dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi. L'adesione a tale tesi consente, tra l'altro, di non lasciare privi di regolamentazione i delicatissimi rapporti tra i coniugi e con la prole proprio nel momento iniziale della crisi della famiglia, in cui i toni del contenzioso sono particolarmente aspri.

Tuttavia tale soluzione non è per nulla scontata.

È per completezza necessario dar conto dell'esistenza di un contrasto dottrinale in merito all'idoneità dei provvedimenti presidenziali a sopravvivere all'eventuale sentenza declinatoria della competenza: parte degli studiosi ritiene che i provvedimenti temporanei ed urgenti conservino la loro efficacia in virtù dell'art. 189 disp. att. c.p.c.; altra parte degli studiosi ritiene irrilevante la portata di tale norma, in quanto concernente l'efficacia, e non la validità, delle ordinanze presidenziali che, se

¹⁹ DORONZO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in Cipriani-Monteleone, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 583.

pronunciate da un giudice incompetente, dovrebbero considerarsi invalide.²⁰

A parere di chi scrive è preferibile ritenere che il presidente, laddove ravvisi l'incompetenza del tribunale adito, debba astenersi dal pronunciare i provvedimenti temporanei ed urgenti, essendo la competenza del giudice annoverata dall'art. 25 Cost. tra i valori costituzionalmente garantiti.

A tale conclusione deve pervenirsi anche laddove, in virtù delle modifiche introdotte dalla Novella del 2005, che ha disatteso il c.d. "rito ambrosiano", attribuendo alla fase presidenziale una funzione parzialmente "precontenziosa", si ritenga di aderire alle tesi della natura volontaria dei provvedimenti *de quibus*, da tempo abbandonata dalla maggior parte degli studiosi²¹.

Si potrebbe, infatti, ipotizzare, laddove si riconducessero le misure *de quibus* all'alveo della giurisdizione volontaria, che il problema della competenza, in considerazione della natura non contenziosa dei provvedimenti in questione, possa essere superato. In realtà, l'art. 737 c.p.c., dettato con specifico riferimento ai provvedimenti di volontaria giurisdizione, prevede che essi debbano essere richiesti con ricorso "*al giudice competente*", giudice che si ritiene vada individuato di volta in volta sulla base delle specifiche norme che regolano ciascun tipo di procedimento²². A ciò si aggiunga che, in virtù di quanto previsto dall'art. 28 c.p.c., la competenza per territorio nei procedimenti che si svolgono in camera di consiglio è funzionale e inderogabile dalle parti.

²⁰ Per gli opportuni riferimenti, si rinvia all'esaustiva rassegna dottrinale contenuta in BONILINI-CHIZZINI-CONFORTINI, *Commento*, cit., 332.

²¹ Si rinvia, per gli opportuni riferimenti, al Capitolo primo del presente lavoro.

²² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, XVIII ed., 317.

Alla luce di tali considerazioni, anche laddove si aderisse alla tesi della natura volontaria dei provvedimenti presidenziali, dovrebbe ritenersi che la competenza del tribunale adito sia un presupposto di validità degli stessi, con la conseguenza che tra i vizi di rito che i coniugi possono fare valere in sede di reclamo *ex art. 708 c.p.c.* rientra, senza dubbio, l'incompetenza.

5. La competenza della Corte d'appello.

Esaurita la disamina di quali siano i provvedimenti reclamabili *ex art. 708 c.p.c.*, occorre passare ad analizzare le caratteristiche di questo strumento di controllo.

La scelta operata dall'intervento riformatore del 2006 di attribuire alla Corte d'appello la competenza a decidere sul reclamo è la prima che merita attenzione.

Tutti coloro che ritenevano che, se mai il legislatore avesse previsto uno strumento di controllo avverso i provvedimenti temporanei e urgenti, avrebbe deciso di estendere agli stessi la reclamabilità *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, sono rimasti particolarmente sorpresi dall'individuazione della competenza in capo alla Corte d'appello, anziché, come si sarebbero attesi, al tribunale in composizione collegiale, così come previsto per il reclamo cautelare. Del resto, è da segnalare che l'ipotesi di avvalersi del reclamo di cui all'*art. 669 terdecies c.p.c.* anche nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio era stata considerata, seppur poi disattesa, nel corso

dei lavori preparatori alla L. 8 febbraio 2006, n. 54, apparendo, probabilmente, la soluzione più scontata²³.

Per quanto attiene al profilo della competenza, infatti, il legislatore ha dimostrato, nel dettare la disciplina del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, di voler utilizzare come modello di riferimento il reclamo camerale di cui all'art. 739 c.p.c., che, come è noto, attribuisce il controllo avverso i provvedimenti emessi in camera di consiglio ad un giudice superiore, secondo uno schema che si può definire di tipo verticale. La citata norma prevede, infatti, che *“contro i decreti del giudice tutelare si può proporre reclamo con ricorso al tribunale, che pronuncia in camera di consiglio”* e che *“contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio”*.

L'intervento riformatore ha, dunque, deliberatamente evitato di utilizzare, per l'individuazione del giudice competente ad effettuare il controllo sui provvedimenti emanati dal presidente, il criterio c.d.

²³ Si riporta l'emendamento 2.4 presentato dal Senatore BUCCIERO, che proponeva all'articolo 2 di sostituire il comma 1 con il seguente: *«1. Dopo il terzo comma dell'articolo 708 del codice di procedura civile è aggiunto il seguente: "Contro i provvedimenti di cui al terzo comma è ammesso reclamo, da proporsi al medesimo tribunale, che pronuncia in camera di consiglio in forma collegiale; il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato non può far parte del collegio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio previsto dall'articolo 739, secondo comma. Il procedimento è disciplinato dagli articoli 737 e 738. Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre i venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca i provvedimenti reclamati. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia il presidente del collegio investito del reclamo, qualora per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi gravi danno, può disporre, con ordinanza non impugnabile, la sospensione dell'esecuzione, anche in parte», e, conseguentemente: «All'articolo 709 del codice di procedura civile, all'ultimo comma, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'articolo 708, ultimo comma».*

Si rammentano altresì le preoccupazioni esternate dal Senatore CALVI nella seduta n. 25, laddove osservava che *“non si tiene conto dell'opportunità di avvalersi, nel caso di specie, dello stesso modulo contemplato nell'articolo 669 terdecies del codice di procedura civile per i reclami avverso i provvedimenti cautelari”*.

“circolare”²⁴, proprio della disciplina dei procedimenti cautelari e sancito dal secondo comma dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., ove si prevede che “*il reclamo contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato*” e che “*quando il provvedimento è stato emesso dalla corte d’appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d’appello più vicina*”.

La dottrina, nel tentativo di cercare la *ratio* di tale scelta legislativa tutt’altro che scontata, si è trovata concorde nel ritenere che essa debba essere individuata nella volontà del legislatore di eliminare alla radice il possibile imbarazzo, anche soltanto psicologico, dei magistrati del tribunale nel doversi pronunciare sul provvedimento emanato dal capo dell’ufficio cui sono addetti²⁵, ossia quel timore reverenziale che impedirebbe loro di giudicare liberamente²⁶.

A tale ragione dovrebbe aggiungersi, a detta di alcuni autori, l’intento di garantire, all’interno del medesimo distretto di Corte d’appello, uniformità di trattamento nell’applicazione della legge²⁷.

Seppur riconoscendo l’encomiabilità degli intenti che hanno animato il legislatore nella scelta del sopramenzionato criterio di individuazione del giudice competente, gli studiosi non hanno potuto fare a meno di evidenziare quali conseguenze pratiche negative essa possa comportare.

²⁴ Per tale definizione si veda TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia-Saletti, III ed., Padova, 2008, 524 e ss.

²⁵ Così, ad esempio, CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 238; G. FINOCCHIARO, *Sui reclami la parola alla Corte d’appello*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 46; VULLO, *Commento all’art. 708 c.p.c.*, in *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, 2011, 170.

²⁶ Il riferimento al timore reverenziale è di GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1872.

²⁷ Tale rilievo è di GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1872.

Ciò che maggiormente preoccupa gli operatori del diritto²⁸ è che le Corti d'appello, già sovraccariche di un ingente carico di lavoro, si ritrovino gravate dall'elevato numero di ricorsi che, in virtù della previsione del nuovo strumento impugnatorio, vengono oggi proposti, così rischiando il collasso. Non a caso, come è stato rilevato, le Corti d'appello italiane avrebbero già iniziato, proprio per evitare l'eccessivo congestionamento, a dare vita a quella che da molti è stata definita come una "giurisprudenza difensiva", volta a disincentivare il massiccio ricorso al reclamo per mezzo della restrittiva delimitazione del suo ambito di operatività, sia sotto il profilo dei motivi di ricorso, sia sotto quello probatorio.

Rinviando al prosieguo di questo lavoro l'esame di tale giurisprudenza, chi scrive non può esimersi dal constatare fin d'ora che l'atteggiamento restrittivo dei giudici di merito, sia esso giustificato o meno, comporta gravi conseguenze in termini di effettività di tutela per i coniugi che molto spesso vedono dichiarato inammissibile il proprio ricorso.

Non solo. Vi è chi²⁹ ha evidenziato ulteriori aspetti negativi che la scelta dei *conditores* in ordine all'organo competente a conoscere di questo rimedio presenta. In primo luogo, la proposizione del reclamo avanti alla Corte d'appello implica l'esistenza di notevoli costi aggiuntivi, tra i quali, ad esempio, quelli dovuti alla necessità di avvalersi di un domiciliatario nell'ipotesi in cui la sede distrettuale *ad quem* e l'ufficio circondariale *a quo* non coincidano. A ciò si aggiunga il pericolo che i tempi del giudizio

²⁸ Tale rischio è stato evidenziato da GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1872, nonché da LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1086.

²⁹ LUPOI, *Aspetti processuali*, cit., 1086.

si allunghino notevolmente, sia a causa della struttura della Corte d'appello e delle attribuzioni tabellari del collegio, sia a causa delle difficoltà pratiche che il giudice di secondo grado può incontrare nell'esame del materiale assertivo e probatorio e nella ricostruzione dei fatti di causa. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla circostanza che, necessariamente, il fascicolo del giudizio di primo grado deve essere trasmesso alla Corte d'appello per la decisione sul reclamo, nonostante vi sia la possibilità che il giudice istruttore, nel frattempo, assuma altri provvedimenti. Come si vedrà nel prosieguo di questo lavoro, infatti, piuttosto delicato è anche il tema dei rapporti tra reclamo alla Corte d'appello e revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali ad opera del giudice istruttore.

Del resto, la necessità di garantire alle parti la diversità del giudice del reclamo è un obiettivo che da tempo gli operatori del diritto si propongono: benché i più recenti interventi normativi non abbiano modificato la regola sulla competenza prevista dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., deve quantomeno darsi atto che gli studiosi hanno ipotizzato di attribuire alla Corte d'appello la competenza a decidere sul reclamo cautelare proposto avverso i provvedimenti cautelari emessi dal tribunale, sia in funzione monocratica che collegiale, ritenendo non sufficientemente assicurata l'alterità dell'organo giudicante dalla previsione che il provvedimento del giudice singolo si proponga al collegio³⁰.

Tra gli studiosi, vi è chi³¹ ha rilevato che sarebbe stato meglio affidare la competenza sul reclamo avverso i provvedimenti presidenziali al collegio del tribunale geograficamente più vicino a quello cui appartiene

³⁰ TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, cit., 525, richiamano, in proposito, il progetto di revisione organica del codice di procedura civile, predisposto dalla c.d. Commissione Tarzia e pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1996, 948 e ss., spec. al n. 41, 963 e al § XXVII, 1014, della relazione.

³¹ VULLO, *Commento*, cit., 171.

il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, ossia utilizzando il criterio già previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c. per l'ipotesi in cui debba essere reclamato un provvedimento emesso da una Corte d'appello non dotata di più sezioni. Tale soluzione potrebbe, in effetti, evitare alcuni dei problemi che l'attuale previsione normativa fa sorgere, primo tra tutti quello dell'eccessivo congestionamento delle Corti d'appello dovuto all'ingente numero di ricorsi proposti *ex art.* 708, quarto comma, c.p.c. Non sarebbe, però, idonea ad evitare gli inconvenienti pratici che derivano dall'individuazione, per la decisione sul reclamo, di una sede geografica diversa rispetto a quella ove si svolge il giudizio di prima istanza, tra i quali, si ricorda, la necessità di trasmissione del fascicolo di primo grado.

6. Il termine per la proposizione del reclamo: 10 giorni dalla notificazione del provvedimento.

Il quarto comma dell'art. 708 c.p.c., nella sua estrema concisione, si limita a fornire indicazioni, oltre che sulla competenza a conoscere del reclamo, sul termine per la sua presentazione, prevedendo che esso debba essere proposto “*nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento*”.

Anche sotto questo profilo, dunque, il legislatore ha dimostrato di volersi distaccare dalla disciplina dettata dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., ai sensi del quale, così come modificato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, il reclamo è oggi ammesso “*nel termine perentorio di quindici giorni dalla*

pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore”.

Prima dell'intervento riformatore del 2005, la menzionata norma si limitava a rinviare, quanto all'individuazione dei termini per la proposizione del reclamo, a quelli previsti dall'art. 739, secondo comma, c.p.c., disposizione ai sensi della quale *“il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dato in confronto di più parti”.*

La L. 14 maggio 2005, n. 80 ha dunque modificato la disciplina del termine del reclamo cautelare sotto due diversi profili: da un lato ha, infatti, ampliato da 10 a 15 i giorni di tempo a disposizione delle parti per la proposizione del reclamo; dall'altro ha provveduto a fornire alcune precisazioni in merito all'individuazione del *dies a quo*, così creando un sistema tale da assicurare sempre, sia stata l'ordinanza pronunciata in udienza, comunicata ad opera della cancelleria o notificata, la definitività del provvedimento cautelare³².

Appare evidente che la scelta del legislatore di discostarsi dal modello del procedimento cautelare uniforme è stata tutt'altro che casuale, soprattutto se si considera la differente lunghezza dei termini oggi previsti per le due distinte tipologie di reclamo: 15 giorni per quello cautelare e 10 giorni per quello avverso i provvedimenti presidenziali.

Si tenga, tra l'altro presente, che, nel corso dei lavori preparatori alla L. 8 febbraio 2006, n. 54, vi è stato chi³³ si è dimostrato preoccupato che il

³² Tale osservazione è di SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 69.

³³ Tale preoccupazione è stata esternata dal Senatore CALVI, nel corso della seduta n. 25.

termine ridotto di dieci giorni potesse essere penalizzante per l'esercizio del diritto di difesa delle parti, con la conseguenza che, essendo l'argomento in esame stato oggetto di attenzione da parte del legislatore, si deve escludere che la previsione di cui all'art. 708 c.p.c. sia stata il frutto di una svista ad opera dei *conditores*. Queste considerazioni impongono di escludere, come è stato correttamente osservato³⁴, che sia possibile fornire un'interpretazione volta ad uniformare i due differenti regimi del reclamo cautelare e di quello avverso i provvedimenti presidenziali.

Se nessun dubbio vi è, dunque, in merito alla lunghezza del termine per la proposizione del reclamo in esame, chiaramente fissato in dieci giorni, diverse questioni interpretative solleva l'individuazione del *dies a quo* per il computo di tale termine nel momento della notificazione del provvedimento impugnato.

Ai sensi dell'art. 709, primo comma, c.p.c., e dell'art. 4, nono comma, l. div., così come modificati dalla L. 14 maggio 2005, n. 80³⁵, è previsto un onere di notificazione dell'ordinanza presidenziale in capo al ricorrente esclusivamente nell'ipotesi in cui il convenuto non sia comparso all'udienza presidenziale. Qualora si verifichi tale evenienza, dunque, la notificazione dell'ordinanza, che, ai sensi dell'art. 170 c.p.c., dovrà essere fatta personalmente al convenuto non comparso se, come probabile³⁶, non si sia ancora costituito in giudizio, è idonea a far decorrere il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo.

³⁴ Questa osservazione è di G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 47.

³⁵ È tornata, infatti, in vita, la previsione di cui all'unico comma dell'art. 709 c.p.c., nella versione antecedente alla Novella del 2005, che si riteneva implicitamente abrogato dal legislatore del 1987, oggi invece applicabile anche ai procedimenti di divorzio.

³⁶ Come si è già avuto modo di sottolineare, la Novella del 2005 ha, infatti, disatteso il c.d. rito ambrosiano, prevedendo che la costituzione del convenuto avvenga in una fase successiva all'udienza presidenziale, nel termine assegnato in tale sede dal presidente.

Ma cosa accade nelle diverse ipotesi in cui l'udienza presidenziale sia stata celebrata in presenza di entrambi i coniugi e l'ordinanza contenente i provvedimenti presidenziali sia stata emessa in tale occasione ovvero in un momento successivo e poi comunicata alle parti?

Fermo restando che l'ordinanza presidenziale deve sempre essere comunicata al pubblico ministero, la dottrina e la giurisprudenza si domandano se l'intervento riformatore del 2006 abbia introdotto un onere di notificazione ulteriore rispetto a quello previsto dal legislatore del 2005 esclusivamente nei confronti del convenuto non comparso.

La risposta degli studiosi³⁷ a tale quesito pare essere perlopiù negativa, ossia nel senso che la notificazione non rappresenterebbe una *condicio iuris* per la proponibilità del reclamo, bensì esclusivamente il presupposto per la decorrenza del termine breve di dieci giorni previsto dall'art. 708 c.p.c. In mancanza di notificazione dell'ordinanza, dunque, il termine di riferimento per proporre reclamo dovrebbe essere quello lungo, *olim* annuale, oggi semestrale, di cui all'art. 327 c.p.c., decorrente dalla data dell'udienza in cui il provvedimento presidenziale è stato emesso, ovvero dal giorno in cui sia stato comunicato alle parti ad opera della cancelleria.

Di tale avviso pare essere anche la giurisprudenza formatasi sul punto.

³⁷ Di tale avviso sono CARNEVALE, *La fase presidenziale*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2008, 65; DANOVÌ, *Concorrenza e alternatività tra reclamo e revoca dell'ordinanza presidenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1195; DORONZO, *Commento*, cit., 584; G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 47; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, V ed., Milano, 2009, 300; LUPOI, *Il reclamo contro i provvedimenti provvisori e urgenti nel procedimento di separazione e di divorzio*, relazione per il convegno nazionale "Il processo di separazione e divorzio: prassi a confronto", organizzata dall'Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani a Bologna, l'8 aprile 2011, in www.judicium.it; VULLO, *Commento*, cit., 181. GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1873, aderisce soltanto in parte a tale opzione interpretativa, ritenendo che, laddove l'ordinanza sia pronunciata in udienza, il termine di dieci giorni decorra da tale data.

Significativa in tal senso è una pronuncia, di poco successiva all'entrata in vigore della Novella del 2006, con la quale la Corte d'appello di Milano³⁸ respingeva l'eccezione di tardività del reclamo sollevata da una delle parti in quanto l'impugnazione sarebbe stata proposta decorsi dieci giorni dalla pronuncia del provvedimento in udienza, provvedimento che non era stato notificato. In tale occasione la Corte milanese, dopo aver valorizzato la diversità di disciplina dettata per il reclamo avanti a sé proposto rispetto a quella in vigore per il reclamo cautelare, evidenziava come la notificazione dell'ordinanza presidenziale fosse “*strumentale alla decorrenza del termine per il reclamo*”, con la conseguenza che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, in assenza di notifica, il reclamo dovesse considerarsi tempestivamente proposto.

Si deve, peraltro, dare conto dell'esistenza di un orientamento minoritario secondo cui, laddove l'ordinanza sia pronunciata in udienza in presenza di entrambi i coniugi, il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo decorrerebbe dalla data dell'udienza stessa³⁹. Qualora, invece, l'ordinanza sia stata pronunciata fuori udienza e comunicata ai coniugi ad opera della cancelleria, il *dies a quo* per la proposizione del reclamo decorrerebbe dalla comunicazione stessa, fatta salva la possibilità che una delle parti proceda comunque alla notificazione al fine di far decorrere il termine senza dover attendere l'attivazione da parte del cancelliere⁴⁰.

³⁸ App. Milano, 30 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1189, con nota di DANOVI.

³⁹ Di tale avviso sono CARRATTA, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, 1486, nonché GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1873.

⁴⁰ Tale soluzione è prospettata esclusivamente da CARRATTA, *Commento*, cit., 1486.

A parere di chi scrive, l'inequivocabile volontà del legislatore di non fare riferimento, quale modello per delineare la struttura del nuovo strumento impugnatorio, alle norme del processo cautelare uniforme, impone agli interpreti di valorizzare le differenze tra le due distinte discipline, anziché cercare di appiattirle, con la conseguenza che non è possibile ignorare l'esplicita menzione che l'art. 708 c.p.c. fa della notificazione del provvedimento, quale presupposto per il decorso del termine di dieci giorni.

Del resto, anche una giurisprudenza consolidata formatasi in relazione all'art. 739 c.p.c. afferma che, nei procedimenti plurilaterali, il termine di dieci giorni per il reclamo inizia a decorrere solo dal momento in cui la parte soccombente si vede notificare il provvedimento su istanza della controparte⁴¹.

Ritenere, tuttavia, che tale notificazione sia *condicio iuris* della proponibilità del reclamo, anziché semplice presupposto per la decorrenza del termine breve, sarebbe eccessivo: tale soluzione imporrebbe, infatti, alla parte soccombente di notificare il provvedimento al coniuge vittorioso, ossia di porre in essere un adempimento che essa in realtà non ha alcun interesse a compiere. È, invece, più logico ritenere che sia la parte vittoriosa a notificare l'ordinanza presidenziale al coniuge soccombente, al fine di far decorrere il termine breve di dieci giorni e di accelerare la formazione della stabilità, seppur nel senso che si vedrà oltre, del provvedimento. In mancanza di tale notificazione, resta da chiedersi se valga il termine lungo, oggi semestrale, di cui all'art. 327 c.p.c., ovvero se il reclamo resti proponibile senza limiti di tempo.

⁴¹ Così Cass., S.U., 29 aprile 1997, n. 3670, in *Foro it.*, 1997, I, 3531; Id., 30 aprile 1997, n. 7118, in *Giur. it.*, 1998, 1377; Id., 27 aprile 1998, n. 4260, in *Giust. civ.*, 1999, I, 876.

Benché la dottrina sia compatta nell'ammettere l'applicabilità del termine lungo, vi è chi⁴² ha affermato che, essendo le ordinanze presidenziali sempre modificabili e revocabili e inidonee al giudicato sostanziale, non si avvertirebbe l'esigenza di non lasciare *sine die* aperto il termine per la proposizione di una impugnazione. Una soluzione di questo tipo contribuirebbe, a parere di chi scrive, a rendere ancora più incerti i confini, già fortemente labili, tra i due strumenti di controllo previsti avverso i provvedimenti presidenziali, ossia il reclamo alla Corte d'appello e la revocabilità e modificabilità degli stessi da parte del giudice istruttore, oggi possibile anche a prescindere da mutamenti nelle circostanze, così dando luogo a problemi di coordinamento tra i due istituti ulteriori rispetto a quelli che già sono stati individuati dagli studiosi e che verranno illustrati nel prosieguo di questo lavoro.

Un'ultima precisazione in ordine al termine per la proposizione del reclamo si rende opportuna. In virtù dell'applicazione dei principi generali individuati con riferimento ai procedimenti camerale, perché il termine sia rispettato è sufficiente che il ricorso sia stato depositato nella cancelleria del giudice, indipendentemente dall'avvenuta notifica all'altra parte⁴³.

⁴² D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 278. BIANCHI, *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 207, ritiene che, in caso di omessa notificazione del provvedimento, il reclamo sarebbe proponibile sino a quando l'ordinanza presidenziale non sia assorbita dalla sentenza di primo grado.

⁴³ Per gli opportuni riferimenti, si veda CIVININI, *Le impugnazioni. Il reclamo*, in *I procedimenti in camera di consiglio. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da Proto Pisani, I, Torino, 1994, 261.

7. Il procedimento in camera di consiglio.

La terza ed ultima informazione fornitaci dall'art. 708 c.p.c., oltre a quelle in ordine alla competenza ed al termine per la proposizione del reclamo, concerne lo svolgimento del procedimento avanti alla Corte d'appello che, come disposto, "*si pronuncia in camera di consiglio*".

L'espressione utilizzata dal legislatore è analoga a quella contenuta nell'art. 739 c.p.c., dettato in tema di reclamo camerale, con la conseguenza che il modello procedimentale cui si deve fare riferimento per individuare la disciplina del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, fatti salvi alcuni aspetti per i quali la specificità dei rapporti in questione impone di adottare soluzioni differenti, è quello dettato per i procedimenti camerale.

Analogia di espressioni vi è anche con l'art. 4, quindicesimo comma, l. div., ove è previsto che "*l'appello è deciso in camera di consiglio*", norma ritenuta applicabile anche con riferimento all'appello avverso le sentenze di separazione, in virtù di quanto disposto dall'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n. 74.

Il richiamo al rito camerale è stato oggetto di un acceso dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, entrambe impegnate a cercare di capire se la cameralizzazione prevista dalla citata norma riguardasse esclusivamente la fase decisoria dell'appello, ovvero tutto il procedimento. Com'è noto, tale quesito si inserisce nell'ambito della più generica problematica concernente la possibilità di utilizzare le forme camerale, introdotte nel nostro ordinamento quale *iter* processuale finalizzato ad approntare una tutela per la gestione di interessi nel settore della

giurisdizione volontaria, anche per procedimenti di giurisdizione contenziosa.

Il legislatore, infatti, indotto dalla snellezza e dalla celerità di questi procedimenti, idonei per tali caratteristiche a far fronte alla comprovata situazione di crisi dovuta alle lungaggini dell'ordinario processo di cognizione, ha, con il passare degli anni, fatto sempre maggiore ricorso alle forme camerali, anche in materie nelle quali si controverte di diritti e non di interessi. Solamente a titolo esemplificativo, si ricorda che tale tendenza legislativa ha iniziato a manifestarsi con la L. 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozione, nell'ambito della quale sono state previste le forme camerali per il procedimento di dichiarazione di adottabilità e di disposizione dell'affidamento preadottivo; essa ha poi subito un forte incremento con la L. 6 marzo 1987, n. 74, che ha introdotto nel nostro ordinamento il divorzio a domanda congiunta, il cui procedimento segue le forme camerali, ed ha previsto che l'appello avverso le sentenze di divorzio fosse deciso in camera di consiglio. Più di recente, con la L. 5 aprile 2001, n. 154, il legislatore ha deciso di utilizzare le forme camerali per il procedimento di nuova introduzione finalizzato all'emanazione dei cosiddetti ordini di protezione contro gli abusi familiari, nonché, come si è visto, per il procedimento di reclamo avverso le ordinanze presidenziali.

Tale tendenza legislativa, criticata aspramente da gran parte della dottrina⁴⁴, ha più volte superato il vaglio della giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità. Con una nota pronuncia del 1989⁴⁵, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale

⁴⁴ LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, 33 e ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e segg. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 392 e ss.

⁴⁵ C. cost., 14 dicembre 1989, n. 543, in *Dir. eccl.*, 1989, II, 481.

sollevata con riferimento alle norme che avevano previsto la decisione in camera di consiglio sull'appello proposto avverso le sentenze di separazione e di divorzio, affermando che *“l'adozione della procedura camerale, anche nei casi in cui si è in presenza di elementi della giurisdizione contenziosa, risponde a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il legislatore compie circa l'opportunità di adottare determinate forme processuali in relazione agli interessi da tutelare ed, in quanto tale, sfugge al sindacato della Corte stessa, nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza”* e precisando che *“il procedimento camerale non è di per sé in contrasto con il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo è variamente configurabile dalla legge, in relazione alle peculiari esigenze dei vari processi purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione”*.

Alcuni anni dopo, la Suprema Corte⁴⁶ ha avuto modo di rilevare che la giurisdizione camerale sarebbe divenuta una sorta di contenitore neutro in cui possono trovare spazio sia i provvedimenti di volontaria giurisdizione, sia i provvedimenti di natura contenziosa, con la precisazione che in materia di diritti o di *status* deve comunque essere rispettato quel minimo di garanzie procedurali che il rapporto in contestazione impone.

Con specifico riferimento all'utilizzo delle forme camerali per l'appello avverso le sentenze di separazione e di divorzio, senza alcuna pretesa di esaustività, si ricorda che i giudici di legittimità⁴⁷, in contrasto

⁴⁶ Cass., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Mass. giust. civ.*, 1996, 882.

⁴⁷ Tra le pronunce più recenti si segnalano, con riferimento al processo di divorzio, Cass., 13 ottobre 2011, n. 21161, in *Guida al diritto*, 2011, 47, 74 e, con riferimento al processo di separazione, Cass., 17 giugno 2009, n. 14081, *ivi*, 2009, 31, 68, ove viene specificato *incidenter tantum* che il giudizio di appello

con la dottrina maggioritaria⁴⁸, paiono ormai da alcuni anni fermi nel ritenere che la cameralizzazione debba riguardare non solo la decisione, bensì tutte le fasi del giudizio di appello, anche qualora esso abbia ad oggetto esclusivamente gli aspetti patrimoniali della decisione⁴⁹.

Tale soluzione dovrebbe trovare applicazione, dunque, come è stato correttamente osservato in dottrina⁵⁰, anche con riferimento al reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, il cui procedimento deve ritenersi integralmente assoggettato alle forme camerali.

Ad una conclusione di tal tipo si dovrebbe comunque pervenire, sempre a detta del medesimo studioso, anche in virtù dell'applicazione analogica di quanto disposto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., ove si stabilisce che il procedimento del reclamo cautelare è disciplinato dagli artt. 738 e 739 c.p.c.

Fermo restando che la valutazione dell'applicabilità o meno in via analogica del rito cautelare uniforme per colmare le lacune esistenti nella disciplina del reclamo avverso le ordinanze presidenziali costituirà oggetto di un successivo paragrafo del presente lavoro, appare condivisibile la soluzione di assoggettare l'intero giudizio di reclamo alle forme camerali.

Le esigenze di celerità e speditezza perseguite dal legislatore⁵¹, quanto mai impellenti in una materia quale quella della crisi familiare,

in materia di separazione dei coniugi si svolge con rito camerale, nonché Id., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 4, I.

⁴⁸ Per gli opportuni riferimenti si rinvia a SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 698.

⁴⁹ Così Cass., 2 ottobre 2007, n. 20704, in *Guida al diritto*, 2008, 1, 37, la cui massima specifica che la cameralizzazione del giudizio di appello avverso le sentenze di divorzio trova applicazione "anche nelle ipotesi di appello riguardante unicamente gli aspetti patrimoniali della decisione, posto che le esigenze di celerità che hanno determinato il legislatore nella scelta del rito camerale per l'appello non possono non ritenersi sussistenti anche per le richieste di ordine patrimoniale, in relazione alle quali si concentrano gli interessi delle parti e quindi maggiormente si manifesta la conflittualità".

⁵⁰ VULLO, *Commento*, cit., 182-183.

⁵¹ Esigenze evidenziate anche da Cass., 2 ottobre 2007, n. 20704, cit.

infatti, parrebbero essere maggiormente garantite dalla cameralizzazione dell'intero giudizio avanti alla Corte d'appello.

È evidente, tuttavia, che tali esigenze non debbono comportare un sacrificio dei principi fondamentali posti alla base del nostro ordinamento: laddove, infatti, l'utilizzo delle forme camerale, studiate dal legislatore per materie di giurisdizione volontaria, venga esteso, come nell'ipotesi del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., a materie di giurisdizione contenziosa, si rende sempre necessario, per garantire la pienezza del diritto di difesa, al contraddittorio ed alla prova, un adattamento delle “*disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio*” contenute al capo sesto del titolo secondo del libro quarto del codice di procedura civile. Tali norme debbono, infatti, ritenersi integralmente applicabili al procedimento che disciplina il controllo avverso le ordinanze presidenziali, fatto salvo per alcuni aspetti che la specialità della disciplina prevista per i procedimenti di separazione e di divorzio impone di regolare diversamente.

8. L'atto introduttivo del giudizio, l'instaurazione del contraddittorio ed il reclamo incidentale.

Come espressamente previsto dall'art. 708, quarto comma, c.p.c., l'atto introduttivo del procedimento di reclamo è il ricorso, che, così come previsto dalle disposizioni generali del codice di rito, deve contenere tutti i requisiti indicati dall'art. 125 c.p.c., ossia l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza.

Vi è chi⁵² ritiene che esso debba recare l'indicazione specifica dei motivi posti alla base della domanda, e chi preferisce, invece, aderire a quella soluzione interpretativa meno severa⁵³, che tale indicazione non impone, accolta da parte della dottrina con specifico riferimento al reclamo cautelare. Alcuni studiosi⁵⁴ paiono, infatti, orientati a ritenere che, avendo il reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. un effetto totalmente devolutivo, le ragioni adducibili al fine di ottenere una riforma della decisione cautelare possano essere anche del tutto generiche, al contrario di quanto avviene per l'appello, ove parte della giurisprudenza ritiene necessaria, in modo piuttosto rigoroso, l'enunciazione specifica dei motivi per cui la pronuncia di primo grado è reputata erronea o ingiusta⁵⁵.

A tale conclusione si dovrebbe pervenire, a detta della richiamata dottrina, sulla base di diverse considerazioni. In primo luogo, né l'art. 669 *terdecies* c.p.c., né l'art. 739 c.p.c. richiedono tale enunciazione, come, invece, fa l'art. 342 c.p.c. con riferimento all'appello. A ciò si aggiunga che il giudice del reclamo è senza dubbio munito dei medesimi poteri cognitivi del giudice di prime cure, potendo confermare, modificare o revocare il provvedimento del giudice di prima istanza, cui la rimessione del giudizio è sempre preclusa.

Altra parte della dottrina⁵⁶ ritiene, invece, che il giudice del reclamo cautelare possa conoscere della controversia soltanto nei limiti dei vizi

⁵² G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 50; LUPOI, *Aspetti processuali*, cit., 1087; Id., *Il reclamo*, cit., 5.

⁵³ VULLO, *Commento*, cit., 183.

⁵⁴ Di tale avviso sono CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 109 e ss., nonché RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 726 e ss.

⁵⁵ Tra le pronunce più recenti, si segnala Cass., 29 ottobre 2010, n. 22193, in *Guida al diritto*, 2010, 49-50, 53.

⁵⁶ Aderiscono a tale opzione interpretativa CONSOLO, *Commento all'art. 669 terdecies c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Consolo-Luiso-Sasani, Milano, 1996, 707; DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 229;

sollevati, sulla scorta di quanto previsto per l'appello dagli artt. 342 e 346 c.p.c., ritenuti analogicamente applicabili al reclamo anche da una parte della giurisprudenza⁵⁷. La semplificazione e la riduzione dell'ambito oggettivo del riesame derivanti dall'estensione della disciplina delle citate norme al reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. sarebbero, infatti, idonee a soddisfare le esigenze di rapida definizione del merito cautelare perseguite dal legislatore.

A parere di chi scrive, le esigenze di celerità e snellezza del procedimento che hanno indotto i *conditores* a prevedere che il reclamo alla Corte d'appello avverso le ordinanze presidenziali debba seguire le forme camerali dovrebbero imporre la necessità di indicare nel ricorso introduttivo i motivi specifici per i quali il provvedimento presidenziale viene censurato, per non costringere la Corte al riesame di tutto il materiale cognitivo del giudizio di primo grado. Nello stesso tempo, è evidente che difficilmente la mancata indicazione di tali motivi potrà essere sanzionata con l'inammissibilità del ricorso, benché, come è noto, la giurisprudenza sia orientata, con riferimento all'appello e alla previsione di cui all'art. 342 c.p.c., a ritenere che l'omissione in questione dia luogo ad un vizio insanabile⁵⁸.

Svolta, dunque, questa premessa in merito al contenuto del ricorso introduttivo, è pacifico che al deposito dello stesso presso la cancelleria del giudice competente – momento in relazione al quale deve essere verificata

TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, cit., 539, ove si legge che il reclamo investe il giudice del controllo sul provvedimento nei limiti nei quali esso viene richiesto.

⁵⁷ Trib. Padova, 13 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 460, nella cui massima si legge che “*il reclamo cautelare è un mezzo avente natura impugnatoria, idoneo a devolvere alla cognizione del giudice del gravame le sole questioni, oggetto di esame in prime cure, in relazione alle quali il reclamante abbia formulato motivi specifici di impugnazione*”.

⁵⁸ Così Cass., (S.U.), 29 gennaio 2000, n. 16, in *Mass. giust. civ.*, 2000, 172.

la tempestività dell'impugnazione - debba seguire il decreto di fissazione dell'udienza avanti al collegio che, unitamente al ricorso, sarà notificato dal reclamante alla controparte entro il termine all'uopo fissato dal presidente della Corte⁵⁹. Si ritiene, infatti, che in mancanza di diversa indicazione, questa debba essere la tecnica da utilizzarsi per l'instaurazione del contraddittorio nelle ipotesi in cui il giudizio venga introdotto con ricorso.

Il ricorso ed il decreto devono essere notificati nel domicilio eletto per il giudizio di primo grado. Laddove il convenuto non si sia costituito in tale giudizio, come è possibile in virtù delle nuove disposizioni dettate per la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e divorzio che hanno disatteso il c.d. rito ambrosiano, la notifica dovrà essergli fatta personalmente, fermo restando che la dottrina ritiene perlopiù obbligatoria la difesa tecnica nella fase del reclamo avanti alla Corte d'appello⁶⁰.

Il resistente potrà difendersi con una memoria scritta, da depositarsi prima o anche direttamente all'udienza⁶¹. È lasciato all'interprete il compito di verificare se detta memoria possa contenere un reclamo incidentale oltreché, in caso di risposta affermativa a tale quesito, quale sia il termine per la sua proposizione e se sia o meno ammissibile interporlo in via tardiva.

Ancora una volta, nel silenzio della norma, non può che farsi rinvio alla giurisprudenza formatasi con particolare riferimento al reclamo camerale ed a quello cautelare.

⁵⁹ Tale ricostruzione è di LUPOI, *Il reclamo*, cit., 5.

⁶⁰ Tale necessità è stata evidenziata da CARNEVALE, *La fase presidenziale*, cit., 65, nonché da D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 275.

⁶¹ Così LUPOI, *Il reclamo*, cit., 5.

Da alcune risalenti pronunce emerge che i giudici di legittimità⁶² sono stati in genere orientati nell'escludere la proponibilità del reclamo incidentale nell'ambito dei procedimenti camerati, giustificando tale scelta con la considerazione che, in tale settore, il resistente può "avanzare le proprie richieste di modifica del decreto impugnato indipendentemente dalla scadenza del termine per la proposizione del reclamo in via incidentale". L'orientamento ora menzionato ha subito le critiche della dottrina che ne ha sottolineato l'incongruità rispetto alla tendenza dei medesimi giudici di legittimità a riconoscere ad alcuni provvedimenti camerati una stabilità assimilabile al giudicato⁶³.

In materia cautelare, la giurisprudenza di merito⁶⁴, a seguito dell'intervento additivo con il quale la Corte costituzionale⁶⁵ ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 669 *terdecies* c.p.c. nella parte in cui non prevedeva la reclamabilità dell'ordinanza di rigetto della misura cautelare, pare compatta nell'ammettere la proponibilità del reclamo incidentale, fatta salva una pronuncia isolata di segno contrario⁶⁶. L'irreclamabilità del provvedimento negativo era, infatti, una delle principali argomentazioni che inducevano la giurisprudenza ad escludere l'ammissibilità del reclamo incidentale. In realtà, come è stato correttamente osservato⁶⁷, tale ricostruzione non teneva conto del fatto che una soccombenza reciproca avrebbe comunque potuto prospettarsi

⁶² Cass., (S.U.), 8 ottobre 1979, n. 5185, in *Mass. giust. civ.*, 1979, fasc. 10, nonché Id., 9 aprile 1983, n. 2514, *ivi*, 1983, fasc. 4, pronunciata in tema di procedimento *ex art.* 9 L. n. 898 del 1970.

⁶³ Per gli opportuni riferimenti si veda CIVININI, *Le impugnazioni*, cit., 255.

⁶⁴ Oltre alle pronunce richiamate alle successive note, si vedano Trib. Bergamo, 10 settembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 660; Trib. Parma, 11 giugno 1997, *ivi*, 1998, 50.

⁶⁵ Si tratta della nota pronuncia C. Cost., 23 giugno 1994, n. 253.

⁶⁶ Trib. Torino, 4 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 748.

⁶⁷ TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, cit., 532.

nell'ipotesi di accoglimento parziale, qualitativamente o quantitativamente, dell'istanza cautelare.

Perlopiù incline, dunque, a ritenere ammissibile il reclamo incidentale, la giurisprudenza non ha fornito segnali univoci quanto alla possibilità di interporlo tardivamente. Con riferimento al termine per la proposizione del reclamo incidentale, sono, infatti, state prospettate diverse soluzioni. Per l'ipotesi in cui il provvedimento cautelare impugnato non sia stato notificato ad istanza di parte, secondo un primo orientamento⁶⁸ il reclamo incidentale potrebbe essere proposto dal reclamato fino all'atto di costituzione davanti al giudice del reclamo, dovendosi mutuare la soluzione normativa del sistema delle impugnazioni in generale, e dell'appello in particolare, con la precisazione che la comparsa di costituzione può essere depositata fino all'udienza fissata per la comparizione delle parti innanzi al collegio. Secondo un diverso orientamento⁶⁹, sempre nell'ipotesi di omessa notificazione del provvedimento cautelare, il reclamo incidentale dovrebbe essere proposto nel termine di dieci giorni (oggi di quindici giorni), decorrente dalla notificazione del reclamo principale.

Parte della giurisprudenza di merito⁷⁰ ha, invece, ritenuto inammissibile il reclamo incidentale tardivo proposto dal ricorrente nei confronti dell'ordinanza di parziale accoglimento della domanda cautelare, sulla base del rilievo che il termine previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c.

⁶⁸ Trib. Rieti, 24 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 1121; Trib. Modena, 13 marzo 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 489; Trib. Trani, 6 novembre 1996, *ivi*, 1997, I, 2, 572.

⁶⁹ Trib. Torino, 25 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2, 291; Trib. Vallo della Lucania, 30 settembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 192; Trib. Bergamo, 10 settembre 1994, *cit.*

⁷⁰ Trib. Arezzo, 17 aprile 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2009; Trib. Reggio Emilia, 26 gennaio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 1434.

sarebbe perentorio e che l'art. 334 c.p.c. non sarebbe analogicamente applicabile al procedimento di reclamo.

Infine, con riferimento alla specifica fattispecie di cui all'art. 624 c.p.c., i giudici di merito⁷¹ si sono espressi nel senso che la parte risultata parzialmente vittoriosa sull'istanza di sospensione del processo esecutivo a seguito di opposizione all'esecuzione può, ove il provvedimento venga reclamato dalla controparte, a sua volta proporre reclamo incidentale, ma quest'ultimo deve essere proposto entro il termine perentorio di quindici giorni dal momento in cui sorge per essa l'interesse ad impugnare, ossia dalla notificazione del reclamo.

La varietà di soluzioni prospettate con riferimento alla materia cautelare non è, dunque, di aiuto agli interpreti impegnati nel tentativo di valutare l'ammissibilità o meno del reclamo incidentale, ed in particolare di quello tardivo, avverso le ordinanze presidenziali.

A parere di chi scrive, per fornire una risposta a tale quesito è necessario muovere dal presupposto che dall'emanazione dei provvedimenti temporanei e urgenti può scaturire la soccombenza reciproca di entrambi i coniugi. È, infatti, possibile che l'ordinanza presidenziale accolga soltanto parzialmente le prospettazioni di ciascun coniuge, disattendendole in parte, ovvero che il presidente adotti una soluzione officiosa, a fronte della quale potrebbe sorgere l'interesse ad impugnare di entrambe le parti.

Sia l'art. 708, terzo comma, c.p.c., che l'art. 4, ottavo comma, l. div., prevedono, infatti, che l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti

⁷¹ Trib. Monza, 23 gennaio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 7-8, 1896.

possa avvenire “*anche d’ufficio*”. Per molti anni, gli studiosi⁷² sono stati perlopiù fermi nel ritenere che l’officiosità potesse riguardare esclusivamente l’emanazione dei provvedimenti concernenti la prole, operando, invece, per quelli relativi ai rapporti tra i coniugi, il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato sancito dall’art. 112 c.p.c. A seguito dell’intervento riformatore del 2005, che ha profondamente modificato la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio disattendendo il c.d. rito ambrosiano e consentendo, quindi, alle parti di completare le proprie domande in un momento successivo a quello dell’udienza presidenziale, vi è stato chi⁷³ ha correttamente osservato che i poteri del presidente non debbano più necessariamente essere vincolati alle richieste delle parti, potendosi ammettere una deviazione dal principio dispositivo anche con riferimento ai diritti disponibili.

L’adesione a tale soluzione interpretativa è idonea ad incidere indirettamente sul tema dei controlli oggetto del presente lavoro: è, infatti, evidente che, quanto più sono estesi i poteri officiosi del presidente, tanto maggiori sono le possibilità che si verifichi la soccombenza reciproca di entrambi i coniugi.

Ciò premesso, la proponibilità del reclamo incidentale deve, a parere di chi scrive, necessariamente ammettersi in virtù del principio di portata generale, applicabile analogicamente anche ai procedimenti in esame, dell’unità dei giudizi di impugnazione. Del resto, anche i giudici di merito⁷⁴ paiono orientati in favore della ammissibilità di tale istituto.

⁷² Per tutti si veda DANOVI, *Principio della domanda e ultrapetizione nei procedimenti di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 e ss.

⁷³ SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 728.

⁷⁴ In tal senso si è espresso, *incidenter tantum*, Trib. Napoli, 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 302.

Quanto alla possibilità di interporre reclamo incidentale in via tardiva, la soluzione da preferirsi parrebbe essere, invece, quella negativa, non essendo analogicamente applicabili al reclamo avanti alla Corte d'appello né l'art. 334 c.p.c., che consente, in generale, l'impugnazione incidentale tardiva, né l'art. 343 c.p.c., dettato con specifico riferimento all'appello incidentale tardivo.

Come si avrà modo di vedere nel corso del presente lavoro, chi scrive ritiene che il legislatore, nel delineare la struttura del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., abbia voluto creare una figura di controllo autonoma, prevista appositamente per il riesame dei provvedimenti interinali resi nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio, la cui disciplina non può essere integrata con istituti mutuati dalla regolamentazione di altre forme di controllo.

In conclusione, il reclamo incidentale deve considerarsi tardivo, e quindi inammissibile, se proposto oltre i termini ordinari per la sua presentazione.

9. Il pubblico ministero: difetto di legittimazione ad impugnare e partecipazione obbligatoria.

La legittimazione a proporre reclamo spetta, come si è visto, ad entrambi i coniugi, i quali possono contestualmente impugnare il medesimo provvedimento, l'uno in via principale e l'altro in via incidentale.

Poiché la L. 8 febbraio 2006, n. 54 tace sul punto, occorre domandarsi se, fermo restando che, ai sensi dell'art. 709, primo comma,

c.p.c., l'ordinanza presidenziale deve sempre essere comunicata al pubblico ministero, tale soggetto sia legittimato a sollecitare il controllo della Corte d'appello su tale provvedimento.

Mentre ai sensi dell'art. 72, terzo comma, c.p.c., al pubblico ministero è preclusa la facoltà di impugnare le sentenze di separazione personale dei coniugi, l'art. 5, quinto comma, l. div., consente a tale organo di impugnare le sentenze di divorzio limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci⁷⁵. Fermo restando che la dottrina è ferma nel ritenere che una lettura costituzionalmente adeguata dell'art. 5, comma quinto, l. div., imporrebbe di non limitare il potere di impugnazione del pubblico ministero ai soli interessi patrimoniali dei figli, gli studiosi⁷⁶ tendenzialmente ritengono che la norma dettata con specifico riferimento ai procedimenti di divorzio non possa essere analogicamente applicata al reclamo, con la conseguenza che, con riguardo a quest'ultimo procedimento, dovrebbe essere esclusa la legittimazione ad impugnare del pubblico ministero.

Tale soluzione appare condivisibile, anche alla luce dell'orientamento dei giudici di legittimità⁷⁷ che hanno definito di “*carattere eccezionale*” il potere di impugnazione attribuito in materia civile al pubblico ministero, esercitabile esclusivamente nelle ipotesi tassative previste dall'art. 72 c.p.c., ossia avverso le sentenze relative a

⁷⁵ Si tenga presente che parte della dottrina ha ritenuto di fornire un'interpretazione estensiva dell'inciso “*limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci*”, ammettendo che il pubblico ministero debba essere legittimato ad impugnare altresì i capi della sentenza riguardanti interessi non patrimoniali della prole. In tal senso si vedano DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, Milano, 2000, 281; LUISO, *Questioni varie in tema di impugnazione dei provvedimenti di separazione e divorzio*, in www.judicium.it.

⁷⁶ Tale osservazione è di FIGONE, *Profili processuali*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008, 209.

⁷⁷ Cass., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Giust. civ.*, 2009, 1, I, 34.

cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi, avverso le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali, sempre salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi, nonché contro le sentenze rese nelle cause che egli stesso avrebbe potuto proporre *ex art. 69 c.p.c.*

Fermo restando che la questione parrebbe essere prettamente teorica, poiché, com'è stato ironicamente osservato in dottrina⁷⁸, nella prassi il pubblico ministero "*ha cose più importanti cui pensare*", allo stato pare che debba negarsi la legittimazione di questo soggetto ad interporre reclamo avverso le ordinanze presidenziali.

Ciò premesso, resta da valutare se la sua partecipazione sia necessaria o meramente facoltativa nel procedimento avanti alla Corte d'appello. Come è stato rilevato, la risposta a tale quesito varia a seconda della soluzione che si intenda dare al medesimo quesito formulato con riferimento all'udienza presidenziale⁷⁹.

Ai sensi dell'art. 70 c.p.c., il pubblico ministero ha, infatti, l'obbligo di intervenire nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione dei coniugi. Allo stesso modo, l'art. 5 l. div. prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nel procedimento di divorzio. Resta da stabilire se tale partecipazione sia necessaria anche con riferimento all'udienza presidenziale, ovvero esclusivamente durante la fase del procedimento che si svolge avanti al tribunale. Mentre parte della dottrina⁸⁰ ritiene che l'intervento di questo soggetto non debba esplicarsi nella fase presidenziale, ma soltanto nell'ulteriore svolgimento del giudizio avanti al

⁷⁸ CIPRIANI, *Processi*, cit., 143.

⁷⁹ Così VULLO, *Commento*, cit., 184.

⁸⁰ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XX ed., 90; G.F. RICCI, *Della separazione*, cit., 2091.

giudice istruttore, altra parte degli studiosi⁸¹ ravvisa in capo a questo organo l'obbligo di intervenire necessariamente fin dall'inizio del giudizio. Vi è poi chi⁸² aderisce alla soluzione intermedia secondo cui l'intervento del pubblico ministero nella fase presidenziale sarebbe da considerarsi meramente facoltativo.

Con specifico riferimento al giudizio di reclamo avanti alla Corte d'appello, le isolate opinioni espresse dagli studiosi⁸³ sono nel senso di ritenere obbligatorio l'intervento di tale organo, perlomeno laddove il provvedimento reclamato abbia ad oggetto previsioni concernenti la prole.

Vi è da dire che nelle decisioni dei giudici di legittimità si ravvisa un contrasto riguardo alla partecipazione del pubblico ministero nel giudizio di appello avverso le sentenze di separazione: talvolta tale partecipazione viene considerata obbligatoria a pena di nullità⁸⁴; talvolta viene, invece, esclusa la necessità dell'intervento di tale organo laddove in appello non si discuta del vincolo matrimoniale, bensì solo dei rapporti patrimoniali⁸⁵.

Ad ogni buon conto, pare fuori discussione che, affinché possano considerarsi rispettate le norme che prevedono l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, è sufficiente che gli siano comunicati gli atti per consentirgli di intervenire nel giudizio, mentre l'effettiva partecipazione e la formulazione delle conclusioni resterebbero rimesse alla sua diligenza⁸⁶.

⁸¹ A. FINOCCHIARO, in A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, sub art. 4, Milano, 1988, 250 e ss.

⁸² Con specifico riferimento al procedimento di divorzio, SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 738.

⁸³ Di tale avviso sono D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 277, nonché G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 50.

⁸⁴ Così Cass., 10 giugno 1998, n. 5756, in *Mass. giust. civ.*, 1998, 1269.

⁸⁵ Così Cass., 24 febbraio 1997, n. 1664, in *Mass. giust. civ.*, 1997, 298.

⁸⁶ Tale principio è stato espresso da Cass., 24 maggio 2005, n. 10894, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 5, nonché, in precedenza, da Id., 23 dicembre 2003, n. 10894, *ivi*, 2003, 12 e da Id., 19 gennaio 2000, n. 571, *ivi*, 2000, 92.

Ciò premesso, fermo restando l'obbligo di comunicazione al pubblico ministero dell'ordinanza presidenziale resa ai sensi dell'art. 708 c.p.c., deve ritenersi che rimanga affidata a tale organo la decisione di intervenire o meno nel giudizio di reclamo avanti alla Corte d'appello, decisione che non potrà prescindere dalla verifica circa la sussistenza di interessi pubblicistici di protezione dei minori.

10. I poteri cognitivi ed istruttori della Corte d'appello: vizi deducibili in sede di reclamo e limiti probatori.

Quanto ai vizi deducibili in sede di reclamo, la dottrina⁸⁷ è concorde nel ritenere che sono suscettibili di essere invocati avanti alla Corte d'appello sia gli errori commessi dal presidente nell'emanazione dei provvedimenti presidenziali concernenti l'affidamento della prole, l'*an* ed il *quantum* di eventuali contributi al mantenimento del coniuge o dei figli, ovvero l'assegnazione del godimento della casa coniugale, sia gli *errores in procedendo*.

Con specifico riferimento ai vizi di rito, si è già detto che non pare possa essere sottoposta a reclamo quella parte del provvedimento presidenziale che reca disposizioni per la prosecuzione del processo: l'eventuale mancato rispetto dei termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. ridotti a metà, nonché l'omesso avvertimento al convenuto in ordine alle conseguenze della intempestiva costituzione in giudizio sono, infatti, vizi

⁸⁷ D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 274; DORONZO, *Commento*, cit., 583; SIANI, *Le impugnazioni dei provvedimenti sommari tra garanzie di difesa, competenze funzionali ed esigenze di stabilità: in particolare, la revisione dei provvedimenti temporanei e urgenti nel procedimento di separazione e divorzio*, *Incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema: "I diversi riti del diritto della famiglia e dei minori"*, Roma, 14-16 gennaio 2008, 27.

che possono essere sanati alla prima udienza avanti all'istruttore nei modi previsti dall'art. 183, primo comma, c.p.c., disposizione applicabile ai procedimenti di separazione e di divorzio in virtù, rispettivamente, degli artt. 709 *bis* c.p.c. e 4, undicesimo comma, l. div.

Diversa risposta si è, invece, ritenuto di fornire con riferimento a vizi extraformali, quali il difetto di competenza: in tale ipotesi, come si è già avuto modo di evidenziare, si ritiene preferibile consentire ai coniugi la proposizione del reclamo avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti resi da un giudice incompetente, fermo restando che resta incerta la sorte di detti provvedimenti.

Per quanto concerne, invece, i vizi di merito, si segnala l'esistenza di un contrasto tra la giurisprudenza, incline a delimitare in modo piuttosto severo l'ambito di applicazione del nuovo strumento di controllo, e la dottrina⁸⁸, perlopiù propensa a ritenere che si tratti di un mezzo di gravame a critica libera, che apre le porte ad un riesame integrale dell'intero *thema decidendum*.

Varie pronunzie⁸⁹, già all'indomani dell'entrata in vigore della L. 8 febbraio 2006, n. 54, hanno ritenuto deducibili con il reclamo esclusivamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili e non da accertare a mezzo di complessa attività istruttoria, stante il carattere di delibazione necessariamente sommaria alla base dei provvedimenti presidenziali, destinata a non mutare in sede di reclamo.

⁸⁸ Ai riferimenti di cui alla nota precedente, si aggiunga TOMMASEO, *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla Corte d'appello*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 6, 617, nota critica di commento a App. Bologna, 8 maggio 2006.

⁸⁹ App. Bologna, 8 maggio 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, 1654; Id., 13 novembre 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 3, con nota di ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e*

Questo orientamento appare condivisibile, dovendosi preferire, come si avrà modo di spiegare nel corso del presente lavoro, la tesi che qualifica il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. come una forma di controllo allo stato degli atti, che si svolge esclusivamente sulla base del materiale cognitivo e probatorio utilizzato dal presidente per l'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti.

Altrettanto non può dirsi con riferimento a quell'orientamento formatosi presso i giudici dalla Corte d'appello di Firenze⁹⁰, al fine di restringere ulteriormente l'ambito di applicazione del nuovo istituto, secondo il quale *“la decisione della corte si giustifica solo in quanto, precedendo l'udienza di comparizione e trattazione davanti al giudice istruttore, abbia un apprezzabile margine temporale di applicazione, al fine di esplicare appieno la sua funzione cautelare”*. Se è pur vero, infatti, che non può non condividersi l'osservazione di uno studioso⁹¹ secondo cui la Corte d'appello è un giudice strutturalmente lontano dalle parti e per sua natura poco incline agli approfondimenti istruttori, tuttavia, una volta che il legislatore ha deciso di affidare alla competenza della Corte d'appello la decisione sul reclamo - scelta che, come si è visto in precedenza, può essere o meno condivisa – né le caratteristiche di questo giudice, né esigenze deflative possono essere invocate per limitare l'ambito di applicazione dello strumento di controllo di nuova introduzione.

Tale considerazione risulta, a parere di chi scrive, ulteriormente avvalorata dalla constatazione che, poiché a questa giurisprudenza delle Corti d'appello, che in dottrina è stata definita “difensiva”, si è affiancata

nel divorzio; App. Trento, 6 luglio 2006, in *www.minoriefamiglia.it*; Id., 24 agosto 2006, in *www.affidamentocondiviso.it*; App. Cagliari, 26 marzo 2011, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 6, 471.

⁹⁰ App. Firenze, 10 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, 4, I, 1216; Id., 9 aprile 2010, *ivi*, 2010, I, 2199.

⁹¹ LUPOI, *Aspetti*, cit., 1087.

quella altrettanto restrittiva dei giudici istruttori, che tendono a subordinare la possibilità di controllo sui provvedimenti presidenziali alla sopravvenienza di nuove circostanze sostanziali o processuali, si è venuta a creare una situazione di stallo, certamente imputabile al mancato coordinamento delle previsioni normative che si sono susseguite nel 2005 e nel 2006, la quale dà origine - nella sostanza - ad un diniego di giustizia per le parti, in contrasto sia con la lettera che con la *ratio* della legge.

Premessi questi brevi cenni sulla problematica concernente l'ampiezza dei poteri cognitivi della Corte d'appello, si rinvia al successivo capitolo di questo lavoro, interamente dedicato ai difficili rapporti tra reclamo e revoca e modifica, per l'individuazione di quale possa essere la soluzione da preferirsi.

È evidente che strettamente connesso al tema dell'ampiezza dei poteri cognitivi della Corte d'appello è quello dei limiti probatori imposti ai coniugi dalla struttura del reclamo: laddove, infatti, si ritenga che tale giudizio si debba svolgere sull'intero *thema decidendum* dedotto in primo grado e che le circostanze sopravvenute in pendenza del relativo procedimento debbano ivi essere fatte valere, deve necessariamente ammettersi la possibilità che la Corte svolga tutta quell'attività istruttoria necessaria a conoscere la situazione sottoposta alla sua attenzione, ivi compresa l'assunzione di prove costituende⁹². Del resto, come è stato osservato da coloro che aderiscono a questa tesi⁹³, la disciplina dettata con riferimento ai procedimenti camerale, richiamata dall'art. 708 c.p.c., prevede che il giudice del reclamo camerale sia dotato degli stessi poteri

⁹² G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 50, ammette la possibilità che la Corte d'appello assuma, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova e disponga l'audizione dei figli.

⁹³ TOMMASEO, *Provvedimenti*, cit., 18.

del giudice che ha pronunciato il decreto reclamato⁹⁴, con la conseguenza che limitazioni ai poteri probatori della Corte non si giustificerebbero.

Alla stessa soluzione si dovrebbe pervenire applicando analogicamente quanto perlopiù si afferma con riferimento al reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., procedimento nel quale si ritiene non operi alcuna restrizione con riferimento ai *nova*⁹⁵.

Diversamente, laddove si ritenga, come chi scrive ritiene preferibile, che la Corte debba limitarsi a correggere gli errori manifesti commessi dal presidente, rilevabili *ictu oculi* dal materiale già prodotto nel giudizio di primo grado, non si pone la necessità di procedere ad un'attività istruttoria che non sia sommaria⁹⁶.

Vi è chi⁹⁷ ha osservato che una soluzione di tal tipo sarebbe imposta dalla disciplina della fase introduttiva dei procedimenti di separazione e divorzio risultante dalle più recenti riforme, che consente alle parti di integrare le proprie domande in una fase successiva all'udienza presidenziale: la giurisprudenza restrittiva delle Corti d'appello sarebbe, infatti, finalizzata ad evitare che i coniugi, al fine di ottenere una modifica dei provvedimenti presidenziali, introducano elementi nuovi nel giudizio di reclamo, così trasformandolo in una sorta di anticipazione del giudizio di merito.

Come già anticipato, la questione dell'ampiezza dei poteri cognitivi ed istruttori della Corte d'appello, ivi compresa quella concernente

⁹⁴ Per gli opportuni riferimenti si veda CIVININI, *Le impugnazioni*, cit., 268.

⁹⁵ Il richiamo per analogia a quanto previsto in materia cautelare è di VULLO, *Commento*, cit., 185.

⁹⁶ Di tale avviso è LUPOI, *Aspetti*, cit., 1087. Ammette la produzione dei soli mezzi di prova precostituiti D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 279. ARCERI, *Sulla reclamabilità*, cit., 284, ritiene che in fase di reclamo avverso l'ordinanza presidenziale non possano trovare ingresso elementi cognitivi e mezzi istruttori propri della successiva fase di merito.

⁹⁷ CARNEVALE, *La fase presidenziale*, cit., 66.

l'ammissibilità o meno di prove costituende in sede di reclamo, non può essere trattata e risolta separatamente rispetto a quella dei rapporti tra reclamo e revoca e modifica: chi scrive si riserva, dunque, di prendere posizione su tale quesito nel capitolo del presente lavoro interamente dedicato a tali rapporti.

Una precisazione, tuttavia, si rende opportuna.

L'art. 738 c.p.c. dispone, con riferimento al procedimento camerale, che il giudice possa assumere informazioni, ossia che possa formare il suo convincimento attraverso procedimenti conoscitivi informali e atipici⁹⁸.

Ebbene, nonostante il richiamo operato dall'art. 708 c.p.c. alle forme del procedimento camerale, deve ritenersi che in sede di reclamo non trovi applicazione la disposizione che consente al giudice di assumere informazioni, essendo escluso altresì nella fase di primo grado il ricorso a mezzi informali di formazione della scienza del giudice. Come è stato correttamente osservato in dottrina⁹⁹, infatti, l'art. 155 *sexies* c.c. prevede che, prima dell'emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c., il giudice possa assumere, su istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova, locuzione questa che impone di ritenere integralmente richiamate le norme di cui agli artt. 202 e seguenti c.p.c., dettate con riferimento all'istruttoria ordinaria.

⁹⁸ Per una attenta disamina sul tema dell'atipicità della prova con specifico riferimento ai procedimenti camerali si veda G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim., dir. proc. civ.*, 2002, 2, 409.

⁹⁹ G.F. RICCI, *Della separazione*, cit., 2088.

11. Il provvedimento conclusivo: natura sostitutiva del reclamo, forma e stabilità.

Mentre con riferimento al reclamo cautelare la menzione, nell'art. 669 *terdecies*, comma quinto, c.p.c., accanto alla revoca del provvedimento, della sua possibile conferma o modifica, ha indotto gli interpreti a ritenere che il giudice del reclamo decida esso stesso sull'istanza cautelare, dalla semplice lettura dell'art. 708 c.p.c. è difficile desumere la portata del rimedio del reclamo, ossia stabilire se esso abbia natura meramente rescindente ovvero sostitutiva del provvedimento impugnato. Tale seconda soluzione, unanimemente accolta dalla dottrina¹⁰⁰, appare, senza dubbio, quella da preferirsi: se, infatti, si optasse per il carattere meramente rescindente del reclamo, verrebbe a crearsi un vuoto di tutela nella regolamentazione dei rapporti tra i coniugi e con la prole che, proprio nella fase iniziale della crisi della famiglia, richiedono un intervento immediato e urgente.

L'art. 708, quarto comma, c.p.c., tace anche con riguardo a quale forma debba assumere il provvedimento conclusivo del giudizio di reclamo. A fronte di tale silenzio, deve ritenersi applicabile l'art. 131, secondo comma, c.p.c., ai sensi del quale, laddove la legge non preveda se il giudice debba pronunciarsi con sentenza, ordinanza o decreto, i provvedimenti possono essere dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo.

¹⁰⁰ Sostengono la natura sostitutiva dello strumento di controllo in esame, BIANCHI, *I provvedimenti*, cit. 203; D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 274; TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2010, 411; VULLO, *Commento*, cit., 167.

Esclusa la possibilità che i provvedimenti della Corte d'appello siano resi con sentenza, sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise nel ritenere preferibile la forma del decreto, ovvero quella dell'ordinanza.

Indubbiamente, il rinvio alla disciplina del procedimento camerale dovrebbe far propendere per la prima opzione, disponendo l'art. 737 c.p.c. che, salvo diversa previsione di legge, i provvedimenti pronunciati in camera di consiglio hanno forma di decreto motivato¹⁰¹. Ed in effetti, le decisioni pronunciate dalle Corti d'appello in sede di reclamo assumono, perlopiù, tale forma¹⁰².

Tuttavia vi sono altrettante valide ragioni che inducono a ritenere che sia da preferirsi, come parte della dottrina¹⁰³ fa, la pronuncia con ordinanza. In primo luogo, infatti, la Corte pronuncia un provvedimento destinato a sostituire un'ordinanza rispetto alla quale non presenta alcuna differenza né quanto al contenuto, né quanto all'efficacia¹⁰⁴. In secondo luogo, appare opportuno che la regolamentazione interinale dei rapporti tra i coniugi e con la prole sia contenuta in un provvedimento che riveste sempre la medesima forma, sia esso emanato dal presidente del tribunale, dal giudice istruttore in sede di revoca o modifica, ovvero dalla Corte d'appello in sede di reclamo.

Ciò detto, e ferma restando la validità del provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo, assuma esso la forma del decreto

¹⁰¹ Ritengono che la Corte d'appello debba pronunciarsi con decreto, CARNEVALE, *La fase presidenziale*, cit., 66; CIPRIANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 199; LUPOI, *Aspetti*, cit., 1088.

¹⁰² Hanno deciso con decreto, App. Cagliari, 18 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3242; App. Milano, 6 luglio 2006, *ibidem*; App. Bologna, 8 maggio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 6, 617; Id., 13 novembre 2006, *ivi*, 3, 280; App. Milano, 30 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1187.

¹⁰³ Ritengono che la Corte d'appello debba pronunciarsi con ordinanza, CECHELLA, *Reclamo*, cit., 239; D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 281; DORONZO, *Commento*, cit., 586.

¹⁰⁴ LUIISO, *Diritto processuale*, cit., 300.

ovvero quello dell'ordinanza, non v'è dubbio che non possa essere ulteriormente reclamato e che sia insuscettibile di essere impugnato con ricorso straordinario *ex art. 111, comma settimo, Cost.*, stante la sua inidoneità al giudicato¹⁰⁵.

Una precisazione si rende, tuttavia, opportuna: chi ammette la possibilità che la decisione della Corte d'appello contenga un capo relativo alle spese – argomento del quale si tratterà nel paragrafo successivo – ritiene altresì che tale capo, ed esclusivamente esso, possa essere impugnato con ricorso straordinario in cassazione¹⁰⁶.

12. Il regime delle spese.

La scarsa disciplina contenuta nell'art. 708 c.p.c. lascia agli interpreti un'ulteriore questione interpretativa, ossia quella di stabilire se il provvedimento emesso in sede di reclamo dalla Corte d'appello debba o meno provvedere sulle spese.

Se, infatti, si ritiene che il giudizio di reclamo rappresenti una fase incidentale ed endoprocedimentale dei procedimenti di separazione e di divorzio, deve escludersi che le spese di tale fase vengano regolate al suo esito, dovendo ogni provvedimento ad esse relativo essere adottato a conclusione del giudizio di merito.

Se, invece, si valorizza il carattere impugnatorio del giudizio di reclamo, è preferibile ritenere che il provvedimento conclusivo di tale

¹⁰⁵ Tra le pronunce giurisprudenziali più recenti si vedano Cass., 26 settembre 2011, n. 19587, in *Guida al diritto*, 2011, 45, 56, nonché Id., 26 gennaio 2011, n. 1841, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 1, 119.

¹⁰⁶ Per gli opportuni riferimenti si veda VULLO, *Commento*, cit., 187.

giudizio, il quale si svolge avanti ad un giudice superiore che definisce il procedimento davanti a sé, debba statuire sulle spese.

Ad oggi, sia la dottrina¹⁰⁷ che la giurisprudenza¹⁰⁸ appaiono divise tra le due soluzioni.

Vi è da dire che tale contrasto esiste anche con riferimento al reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. proposto avverso provvedimenti cautelari resi in corso di causa: alcuni giudici¹⁰⁹ di merito ritengono che le spese del giudizio di reclamo debbano essere liquidate in conclusione del relativo procedimento; altri¹¹⁰ aderiscono, invece, alla tesi secondo cui la pronuncia sulle spese spetta esclusivamente al giudice investito della causa di merito.

Tutte le volte in cui, invece, la tutela cautelare sia richiesta *ante causam*, il giudice è tenuto, in virtù delle previsioni normative introdotte dalla L. 4 luglio 2009, n. 69, a pronunciare definitivamente sulle spese del procedimento cautelare: ciò sia che il provvedimento venga concesso, come previsto dal settimo comma dell'art. 669 *octies* c.p.c., sia che venga pronunciata ordinanza di incompetenza o di rigetto, come dispone il secondo comma dell'art. 669 *septies* c.p.c. È evidente che, se la *ratio* di tale scelta legislativa risiede nell'intento di evitare che le parti siano costrette ad instaurare un giudizio di merito esclusivamente al fine di ottenere la liquidazione delle spese della fase cautelare, tale principio deve trovare applicazione anche laddove venga proposto reclamo avverso un

¹⁰⁷ Ritiengono che le spese del giudizio di reclamo debbano essere liquidate solo con la sentenza definitiva, LUPOI, *Aspetti*, cit., 1088, nonché VULLO, *Commento*, cit., 187.

¹⁰⁸ Ha statuito sulle spese relative al giudizio di reclamo App. Milano, 30 marzo 2007, cit., mentre ha ritenuto di non provvedere sulle spese App. Bologna, 8 maggio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 6, 617.

¹⁰⁹ Trib. Belluno, 13 dicembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 4, 1013.

¹¹⁰ Trib. Roma, 25 marzo 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005.

provvedimento reso *ante causam*: anche in tale ipotesi, il giudice sarà, infatti, tenuto a pronunciarsi sulle spese.

Ciò detto, resta da chiedersi, con specifico riferimento al reclamo proposto avverso le ordinanze presidenziali, quale sia la soluzione preferibile.

Com'è noto, non è ipotizzabile la concessione dei provvedimenti temporanei ed urgenti a prescindere dall'instaurazione della causa di merito. Tuttavia, potrebbe avvenire, anche se il caso appare oggi più teorico che pratico, che, dopo l'emanazione dell'ordinanza presidenziale e la sua sottoposizione a reclamo, i coniugi, soddisfatti dell'assetto dei rapporti tra di loro e con la prole raggiunto a seguito della pronuncia della Corte d'appello, destinato a godere dell'ultrattività di cui all'art. 189 disp. att. c.p.c., siano disposti a lasciare estinguere il processo di separazione o di divorzio. Tale eventualità sarebbe senz'altro favorita dall'esistenza di una pronuncia sul reclamo che abbia statuito anche sulle spese del relativo procedimento. Ma, si ribadisce, tale argomentazione non pare essere decisiva, soprattutto in considerazione del fatto che difficilmente i coniugi si accontentano di un provvedimento interinale, non essendo questo idoneo a fondare, così come la sentenza di separazione, un ipotetico giudizio di divorzio.

13. La natura del reclamo. Inapplicabilità del rito cautelare uniforme per colmare le lacune della disciplina contenuta nell'art. 708 c.p.c. ed esclusione del potere di inibitoria in capo al giudice del reclamo.

In conclusione di questa disamina avente ad oggetto la struttura del procedimento di reclamo avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, sorge spontaneo domandarsi se tale strumento di controllo presenti maggiori aspetti di somiglianza con il reclamo camerale disciplinato dall'art. 739 c.p.c., con quello cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., ovvero se appaia, piuttosto, come una figura autonoma di impugnazione.

Sotto il profilo della competenza e del termine, sono già state messe in luce la volontà del legislatore di discostarsi dal modello procedimentale del rito cautelare uniforme, nonché la maggiore vicinanza del reclamo *de quo* a quello camerale, nel cui ambito parte della dottrina¹¹¹ ritiene di dover ascrivere il nuovo strumento di controllo.

Ciononostante vi è chi¹¹², pur riconoscendo gli elementi di specialità che il rimedio in esame presenta, attribuisce natura cautelare ai provvedimenti temporanei ed urgenti ed assimila il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali a quello di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Ciò anche in virtù della considerazione che il reclamo cautelare avrebbe oggi raggiunto il carattere di rimedio generale nei confronti dei

¹¹¹ Di tale avviso sono LUPOI, *Aspetti*, cit., 1085, nonché SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 731.

¹¹² VULLO, *Commento*, cit., 166.

provvedimenti sommari anche non cautelari: è immediato il riferimento all'art. 624, secondo comma, c.p.c., che ammette il reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. contro l'ordinanza che provvede sull'istanza di sospensione in sede di opposizione all'esecuzione, nonché all'art. 703 c.p.c., che prevede la reclamabilità delle ordinanze che decidono sulle domande di reintegrazione e manutenzione nel possesso¹¹³.

Parte della dottrina¹¹⁴ preferisce, infine, qualificare lo strumento di controllo di cui si discute come una nuova figura, specifica per i procedimenti di separazione e divorzio ed autonoma rispetto ai modelli procedurali del rito cautelare e di quello camerale, dal quale si distinguerebbe in quanto il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. *“si inserisce su provvedimenti intrinsecamente provvisori (salva l'ipotesi, peraltro eccezionale, dell'ultrattività prevista in caso di estinzione del giudizio), mentre il reclamo camerale rappresenta un segmento di un procedimento unico, chiamato a incidere su un provvedimento che, in sua assenza, è idoneo a definire il procedimento”*¹¹⁵.

Come si è già avuto modo di anticipare nel corso del presente lavoro, chi scrive ritiene che sia preferibile qualificare il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. come una forma di impugnazione autonoma, che presenta caratteristiche proprie sia rispetto al reclamo cautelare, che rispetto a quello camerale. Avuto riguardo alla disciplina del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., le differenze sono macroscopiche non solo in punto di competenza e di termini per la proposizione del reclamo, ma anche con

¹¹³ Tali considerazioni sono di BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 202.

¹¹⁴ DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 214; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XX ed., Torino, 2009, 100.

¹¹⁵ Tale osservazione è di DANOVI, *Reclamo*, cit., 215.

riferimento al tipo di controllo che il giudice del riesame è tenuto ad effettuare. Mentre nel reclamo cautelare può senza dubbio trovare ingresso ogni elemento sopravvenuto, si deve ritenere preferibile la tesi che consente alla Corte d'appello chiamata a decidere *ex art. 708 c.p.c.* di limitarsi ad un giudizio allo stato degli atti, che si basi esclusivamente sul materiale assertivo e probatorio già esaminato dal presidente, con esclusione, quindi, di ulteriore attività istruttoria.

Sono, invece, notevoli i punti di contatto tra la disciplina del reclamo camerale e quella del reclamo *ex art. 708 c.p.c.* non solo in punto competenza e di termini, ma, se si segue la tesi che chi scrive ritiene preferibile, anche con riferimento al tipo di riesame che il giudice superiore è chiamato a svolgere, in entrambi i casi allo stato degli atti. Questo pare, infatti, essere l'orientamento dei giudici di merito¹¹⁶ formatosi con riguardo al reclamo di cui all'art. 739 c.p.c., giudizio nel quale potrebbe essere valutata la sola legittimità del provvedimento impugnato, potendo i fatti sopravvenuti fondare esclusivamente l'eventuale revoca dello stesso.

Tra i due modelli procedimentali in esame esistono, tuttavia, alcune differenze. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla diversa incidenza che le due forme di reclamo rivestono con riferimento al regime di esecutività dei provvedimenti da sottoporre a controllo: mentre i provvedimenti temporanei ed urgenti sono, in virtù di quanto previsto dall'art. 189 disp. att. c.p.c., immediatamente esecutivi, con la conseguenza che la proposizione del reclamo non incide sul loro regime di esecutività, i provvedimenti da sottoporre al reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. non

¹¹⁶ Così App. Roma, 11 settembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 1379.

diventano efficaci, così come previsto dall'art. 741 c.p.c., fino a quando non sia inutilmente decorso il termine per la proposizione del reclamo stesso.

Del resto, le peculiarità si giustificano in considerazione della collocazione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. all'interno dei procedimenti di separazione e di divorzio, ossia nell'ambito di giudizi che, in ragione delle particolari esigenze di tutela dei coniugi e della prole che la disgregazione della famiglia origina, seguono un rito speciale.

In virtù di tali considerazioni pare preferibile ritenere che, con l'introduzione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., il legislatore abbia voluto creare un modello procedimentale nuovo ed autonomo, da utilizzarsi tutte le volte in cui, nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, i coniugi intendano sottoporre a riesame i provvedimenti interinali che regolano in maniera provvisoria l'assetto dei rapporti della famiglia in crisi.

Se la qualificazione del rimedio in questione quale reclamo camerale, cautelare, o quale figura autonoma di impugnazione assolve, tutto sommato, ad una funzione meramente teorica, di rilevante importanza pratica appare invece stabilire se la scarna disciplina di cui all'art. 708 c.p.c. possa essere integrata tramite il ricorso ad istituti previsti per altre forme di controllo esistenti nel nostro ordinamento.

Con riguardo ad aspetti ed istituti non espressamente disciplinati neppure dalle norme del procedimento cautelare uniforme e dalle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, quali, solo a titolo esemplificativo, il contenuto del ricorso introduttivo, il reclamo incidentale ed il regime delle spese, si è già avuto modo di evidenziare che il riferimento alla giurisprudenza formatasi in tali settori è inevitabile.

Ci si domanda, tuttavia, se possano essere analogicamente applicati, nei limiti della clausola di compatibilità contenuta all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., in sede di giudizio di reclamo avverso i provvedimenti presidenziali istituiti previsti dalla disciplina del rito cautelare, quali l'inibitoria di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., che consente al presidente del tribunale o della Corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, di disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione.

Come si è avuto modo di vedere poc'anzi, le ordinanze con le quali il presidente del tribunale emette i provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c. costituiscono titolo esecutivo ai sensi dell'art. 189 disp. att. c.p.c., con la conseguenza che ad esse non si applica l'art. 741 del codice di rito, norma che subordina, fatte salve ragioni di urgenza, l'efficacia dei decreti che concludono i giudizi camerale al decorso del termine per la proposizione del reclamo.

Ci si domanda, tuttavia, se l'esecuzione di detti provvedimenti possa essere sospesa dalla Corte d'appello investita del reclamo.

La dottrina sul punto è divisa tra chi¹¹⁷ ravvisa questa possibilità, in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 669 *terdecies*, ultimo comma, c.p.c., e chi¹¹⁸ ritiene che la specialità dei procedimenti di separazione e divorzio comporti che il vaglio di compatibilità cui l'applicazione del rito cautelare uniforme è subordinata non venga superato.

¹¹⁷ Tale tesi è sostenuta da CECHELLA, *Reclamo*, cit., 239, nonché da DORONZO, *Commento*, cit., 585, e da G. FINOCCHIARO, *Sui reclami*, cit., 49.

¹¹⁸ D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 280; LUPOI, *Aspetti*, cit., 1088.

Al di là del fatto che il silenzio del legislatore sul punto dovrebbe far propendere per una risposta negativa al quesito, in quanto *ubi lex voluit, dixit*, è stato osservato¹¹⁹ che la peculiarità dei rapporti regolati dall'ordinanza presidenziale conduce ad escludere che la sua efficacia possa essere sospesa in via generalizzata nelle more del giudizio di reclamo: non potrebbero, infatti, sussistere gravi motivi per sospendere l'efficacia esecutiva di un provvedimento temporaneo a tutela della prole o del coniuge economicamente più debole.

Ancora una volta, dunque, la peculiarità dei rapporti che nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio vengono in discussione, impone di qualificare il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. come una forma di controllo autonoma, la cui disciplina non può essere integrata tramite il ricorso ad istituti espressamente previsti con riguardo ad altri strumenti di riesame.

14. Conclusioni.

Le riforme del 2005 e 2006, lungi dall'aver sopito il dibattito concernente i controlli sui provvedimenti interinali emessi nel corso dei procedimenti di separazione e divorzio, lo hanno ulteriormente acceso e rinnovato nei contenuti. È, infatti, indubbio che la stratificazione normativa risultante da tali riforme è il frutto di una mancanza di coordinamento tra i due interventi legislativi susseguitisi a breve distanza di tempo, coordinamento che gli studiosi stanno cercando, non sempre con risultati soddisfacenti, di trovare.

¹¹⁹ D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 280.

La L. 8 febbraio 2006, n. 54, introducendo il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., ha avuto, indubbiamente, il merito di aver introdotto una forma di controllo, auspicata sia in dottrina che in giurisprudenza, avverso i provvedimenti presidenziali.

Nel dettare la disciplina di tale strumento di controllo, il legislatore ha dimostrato, a parere di chi scrive, di voler prendere le distanze dal modello del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., così privando di fondamento la tesi di coloro che ritenevano doversi attribuire ai provvedimenti presidenziali natura cautelare, e di voler introdurre una forma di reclamo autonoma rispetto a quella cautelare e camerale, dotata di caratteristiche proprie, la cui specialità si giustifica in ragione della peculiarità dei procedimenti nell'ambito dei quali può trovare applicazione. Del resto, anche la scelta di attribuire alla Corte d'appello la competenza a conoscere del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, benché possa essere, come si è visto, per certi aspetti criticabile, a causa della struttura di tale organo, è stata operata in considerazione della particolare struttura dei procedimenti nei quali il giudizio *de quo* si inserisce.

Se questa sembra essere la qualificazione da attribuirsi al nuovo istituto, numerosi sono i dubbi interpretativi, cui chi scrive ha cercato di fornire risposta nei paragrafi che precedono, che la disciplina positiva contenuta nell'art. 708 c.p.c. lascia agli interpreti: si pensi alla corretta individuazione del *dies a quo* per il computo del termine di dieci giorni entro cui il reclamo deve essere proposto, nonché alla necessità di stabilire se tutto il giudizio di appello si debba svolgere secondo le forme camerali, oppure se la cameralizzazione riguardi esclusivamente la fase decisoria.

E se su tali questioni la dottrina pare avere trovato un accordo, vi sono altrettanti interrogativi ai quali gli studiosi stanno cercando di fornire risposta, nulla prevedendo in proposito il testo normativo: il riferimento è alla individuazione dei provvedimenti reclamabili, alla determinazione del contenuto dell'atto introduttivo, all'ammissibilità del reclamo incidentale, al ruolo che il pubblico ministero deve rivestire nel giudizio di reclamo, alla delimitazione dei poteri cognitivi e istruttori della Corte d'appello, alla individuazione della forma che il provvedimento conclusivo del giudizio dovrebbe assumere, nonché, infine, alla individuazione del regime delle spese.

Come si è già avuto modo di evidenziare, benché la giurisprudenza formatasi con riferimento alla materia cautelare e camerale rappresenti il principale punto di riferimento per fornire risposta a tali interrogativi, si è più volte palesata, in ragione della peculiarità dei procedimenti nell'ambito dei quali il reclamo in esame si inserisce, l'inopportunità di ritenere applicabili al giudizio in questione istituti previsti per altre forme di controllo disciplinate dall'ordinamento, quali l'impugnazione incidentale tardiva, nonché il potere di inibitoria in capo al giudice del reclamo.

Se la previsione di cui all'art. 708 c.p.c. è, già di per sé, foriera di numerosi i dubbi per gli studiosi, le incertezze aumentano notevolmente laddove si cerchi di coordinare quanto previsto dalla citata norma con la disposizione contenuta all'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c., ai sensi del quale i provvedimenti del presidente possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore. La questione interpretativa sorge dal fatto che manca, nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, una disciplina, analoga a quella contenuta nelle norme che presiedono al rito cautelare uniforme, atta a regolare il rapporto tra i differenti strumenti di

controllo del reclamo avanti alla Corte d'appello e della revoca e modifica ad opera del giudice istruttore.

Gli studiosi non possono poi fare a meno di domandarsi se il provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo avverso i provvedimenti presidenziali possa essere ulteriormente revocato o modificato dal giudice istruttore a norma dell'art. 709 c.p.c. e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, con quali limiti.

Sorge infine spontaneo domandarsi, in assenza di una specifica previsione in tal senso, se anche i provvedimenti interinali emessi dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 709 c.p.c. possano essere sottoposti a qualche strumento di controllo, così come quelli pronunciati dal presidente.

Si rinvia al prosieguo di questo lavoro per una più approfondita disamina di tali questioni.

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA IL RECLAMO ALLA CORTE D'APPELLO E LA REVOCA E MODIFICA AD OPERA DEL GIUDICE ISTRUTTORE

1. L'evoluzione normativa.

L'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c., prima che intervenisse la L. 14 maggio 2005, n. 80, così disponeva con riferimento ai provvedimenti presidenziali emanati nel corso del procedimento di separazione personale dei coniugi: *“Se si verificano mutamenti nelle circostanze, l'ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell'art. 177”*.

La riforma del 2005, oltre ad aver mutato collocazione alla disposizione in questione, inserendola all'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c., ha eliminato l'inciso *“se si verificano mutamenti nelle circostanze”* ed il riferimento all'art. 177 del codice di rito, così estendendo al procedimento di separazione il regime di libera revocabilità e modificabilità dei provvedimenti presidenziali emanati nell'ambito dei procedimenti di divorzio: il settimo comma dell'art. 4 l. div. non subordinava, infatti, il potere di revoca o modifica del giudice istruttore al sopravvenire di nuove circostanze.

Vi è da dire che questo regime di libera revocabilità e modificabilità veniva, in realtà, ritenuto operante, già prima della novella del 2005, anche nell'ambito dei procedimenti di separazione personale, in virtù della previsione contenuta nell'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n. 74, che

estendeva a detti procedimenti la disciplina dettata per quelli di divorzio. Si riteneva, infatti, che una semplice valutazione di opportunità potesse giustificare, in un settore quale quello familiare ove le statuizioni hanno, per loro natura, efficacia *rebus sic stantibus*, l'esercizio del potere di revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali ad opera del giudice istruttore, rappresentando questo l'unica forma di controllo sulle ordinanze presidenziali.

All'indomani dell'entrata in vigore della L. 14 maggio 2005, n. 80, lo scenario che si profilava agli operatori del diritto era il seguente: il legislatore aveva dimostrato, nonostante le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, di non voler introdurre il reclamo avverso le ordinanze presidenziali, rispetto alle quali, tuttavia, il potere di revoca e modifica del giudice istruttore risultava fortemente ampliato, non essendo più subordinato al verificarsi di mutamenti nelle circostanze¹. Ciononostante, parte della dottrina riteneva che non si potesse dubitare della reclamabilità *ex art. 669 terdecies c.p.c.* dei provvedimenti in questione².

Com'è noto, tuttavia, il panorama normativo sarebbe di lì a poco mutato sensibilmente: con la L. 6 febbraio 2006, n. 54 il legislatore ha, infatti, introdotto lo strumento del reclamo alla Corte d'appello di cui all'art. 708 c.p.c., con la conseguenza che oggi le ordinanze presidenziali possono essere assoggettate a due diverse forme di controllo il cui ambito di applicazione appare, nel silenzio delle norme, di difficile individuazione e coordinamento.

¹ Evidenzia l'ampliamento dei poteri del giudice istruttore CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 143.

² Era di tale avviso CIPRIANI, *Processi*, cit., 143.

Tale situazione di incertezza ha sottoposto la dottrina, anche a fronte delle variegata e contrastanti soluzioni adottate dalla giurisprudenza, ad un notevole sforzo interpretativo, dal quale è emersa la prospettazione di diverse possibili forme di coordinamento tra i due istituti, delle quali si darà conto nei paragrafi che seguono.

2. La tesi dell'applicazione analogica della disciplina dettata in materia cautelare.

In assenza di una specifica regolamentazione dei rapporti tra reclamo e revoca e modifica nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, parte della dottrina³, confortata da alcune pronunce di merito⁴, ritiene che ad essi debba applicarsi analogicamente la disciplina dettata in materia cautelare.

Com'è noto, i rapporti tra i due istituti, risultanti dagli artt. 669 *decies* e 669 *terdecies* c.p.c., come modificati ad opera dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, sono oggi così regolati: laddove il giudizio di reclamo sia stato instaurato, le circostanze sopravvenute fino al momento della sua proposizione debbono essere fatte valere in quella sede e non possono essere poste a fondamento di una successiva istanza di revoca o modifica, ancorché non azionate in sede di reclamo. Diversamente, allorché il reclamo non venga proposto, i motivi che potrebbero giustificare

³ D'IPPOLITO, *Separazione personale dei coniugi: modificabilità, da parte del giudice istruttore, dei provvedimenti presidenziali adottati ad esito dell'udienza ex art. 708 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2007, 3, 708; G. FINOCCHIARO, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 50.

⁴ Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 3, 1228, nella cui massima si legge che i provvedimenti presidenziali "sono revocabili o modificabili solo nei limiti in cui sono revocabili o modificabili i provvedimenti cautelari, vale a dire solo se si verificano mutamenti nelle circostanze, o se

un'istanza di revoca o modifica, anche se sopravvenuti in pendenza del termine per reclamare, possono essere fatti valere nelle forme previste per la revoca e la modifica⁵. Depone, infatti, a favore di tale ricostruzione, che lascia impregiudicata la facoltà di rivolgersi al giudice del merito ovvero al giudice autore del provvedimento per ottenerne la revoca o la modifica anche in pendenza del termine per la proposizione del reclamo, il tenore letterale dell'art. 669 *decies* c.p.c., che prevede che tale potere possa essere esercitato “*salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies*”.

Occorre ricordare poi che la revoca e la modifica sono ammissibili, ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c., esclusivamente “*se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui è stata acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare*”.

Indubbiamente, la disciplina ora menzionata, che distingue nettamente l'ambito di applicazione dei due strumenti di controllo, ha il pregio di evitare inutili e pericolose sovrapposizioni tra i due giudizi, con la conseguenza che la soluzione di applicare in via analogica le norme dettate con riferimento ai procedimenti cautelari anche nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio parrebbe essere la più scontata.

Laddove si applicasse integralmente tale disciplina, in pendenza di reclamo avanti alla Corte d'appello non potrebbero essere richieste la revoca e la modifica al giudice istruttore; le circostanze sopravvenute al momento della proposizione del reclamo dovrebbero essere proposte in tale giudizio; nell'ipotesi di mancata instaurazione del reclamo, il giudice

si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare de quo”.

⁵ Tale ricostruzione è di SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 76.

istruttore potrebbe procedere a revocare o modificare il provvedimento presidenziale solo per motivi sopravvenuti, eventualmente anche in pendenza del termine per reclamare.

Tale soluzione non pare però essere la più rispettosa del dato normativo.

Laddove si volesse, infatti, ammettere la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, circostanza della quale si dubita, l'applicazione diretta delle norme che disciplinano il rito cautelare uniforme ai procedimenti di separazione e divorzio dovrebbe essere esclusa, non superando tali norme il vaglio di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.: i provvedimenti presidenziali sono infatti sottoposti ad una disciplina speciale tipica, che non può essere sostituita da quella dettata per i provvedimenti cautelari.

Per queste medesime ragioni non apparirebbe corretto neppure estendere analogicamente ai procedimenti *de quibus* la disciplina contenuta negli artt. 669 *decies* e 669 *terdecies* c.p.c. in virtù di una presunta funzione cautelare dei provvedimenti presidenziali.

L'applicazione, sia in via diretta che in via analogica, della disciplina cautelare ai procedimenti di separazione imporrebbe di ritenere, contro il tenore letterale dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., che l'introduzione del reclamo ad opera della Novella del 2006 abbia fatto rivivere l'inciso "*se si verificano mutamenti nelle circostanze*", abrogato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e che tale modifica debba valere anche per i procedimenti di divorzio, in forza di quanto previsto dall'art. 4, secondo comma, della L. 8 febbraio 2006, n. 54.

In realtà è già stato più volte evidenziato che il legislatore, nel dettare la disciplina del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., ha volutamente

preso le distanze dal modello cautelare, ritenendo che la peculiarità dei rapporti familiari coinvolti nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio richiedesse una tutela specifica. A ciò si aggiunga che, laddove i *conditores* hanno voluto richiamare tale modello, lo hanno fatto espressamente: si pensi alla nuova formulazione dell'art. 624, secondo comma, c.p.c., ovvero all'art. 703, terzo comma, c.p.c.

Evidentemente il legislatore si è discostato dalla disciplina di cui all'art. 669 *decies* c.p.c. ritenendo che, in una materia quale quella della crisi della famiglia, il giudice istruttore, ossia l'organo davanti al quale si svolge la parte più lunga dei procedimenti in questione, debba avere il potere di rivedere in qualsiasi momento i provvedimenti presidenziali, anche sulla base di una valutazione di semplice opportunità.

Infine, manca l'elemento fondamentale per poter ricorrere all'applicazione analogica, rappresentato dalla *lacuna legis*, che qui non sussiste.

Tali considerazioni impongono, a parere di chi scrive, che debba escludersi la trasposizione *de plano* delle norme dettate in materia cautelare nei procedimenti di separazione e divorzio.

Del resto, una nota studiosa⁶ ha in diverse occasioni escluso che possa essere estesa all'ordinanza presidenziale la disciplina tipica del rito cautelare uniforme, invocando a fondamento della propria posizione non solo la specialità della normativa dei procedimenti di separazione e di divorzio, ma anche la struttura della fase introduttiva di tali giudizi così come modificata ad opera della Novella del 2005.

⁶ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo-Luiso-Menchini-Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Assago, 2006, 145; ID., *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1287.

Ella ha, infatti, osservato che le ordinanze presidenziali possono oggi essere emesse in una fase del processo in cui il convenuto potrebbe anche non essersi ancora costituito, ossia esclusivamente sulla base delle prospettazioni dell'attore e di quelle acquisite oralmente dal convenuto nel corso dell'udienza presidenziale. Verrebbe, quindi, a delinarsi un sistema non sufficientemente garantistico laddove si consentisse al giudice istruttore di rivisitare l'ordinanza presidenziale solo sulla base dell'allegazione di nuove circostanze e non anche sulla base di una diversa valutazione, anche di mera opportunità, del materiale già acquisito in precedenza e delle successive difese del convenuto. Queste ultime non potrebbero infatti essere assimilate al verificarsi di nuove circostanze di fatto di cui all'art. 669 *decies* c.p.c., né alla sopravvenuta conoscenza di fatti anteriori avvenuta dopo la pronuncia del provvedimento cautelare di cui alla norma stessa.

In sostanza, dunque, dovrebbe ammettersi, secondo il ragionamento di questa studiosa, che il giudice istruttore possa revocare o modificare il provvedimento presidenziale a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze, sulla base di una differente valutazione che trovi il proprio fondamento nelle difese che i coniugi abbiano spiegato nel processo in un momento successivo rispetto all'udienza presidenziale.

Vi è poi un ulteriore aspetto, non sufficientemente tenuto in considerazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, a parere di chi scrive, impone di escludere l'applicabilità ai procedimenti in esame degli artt. 669 *decies* e *terdecies* c.p.c., dal cui combinato disposto il potere di revoca e modifica risulta essere paralizzato in pendenza di reclamo.

Come è stato correttamente osservato⁷, infatti, nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, a differenza di quanto avviene con riferimento al rito cautelare uniforme, il reclamo e la revoca e la modifica sono istituti legati a poteri processuali molto diversi tra loro: mentre il primo è attribuito al potere dispositivo delle parti, il secondo può anche appartenere all'*officium iudicis*, quantomeno con riferimento alle statuizioni presidenziali concernenti la prole.

Dell'officiosità del potere del giudice istruttore con i limiti anzi detti non si può, infatti, dubitare. Oltre ad essere ammessa dalla maggior parte della dottrina⁸, essa è imposta dal tenore letterale dell'art. 155 c.c., norma che autorizza il giudice ad adottare “*ogni altro provvedimento relativo alla prole*”, ossia ogni provvedimento, anche non richiesto dai coniugi, che sia necessario a perseguire l'interesse morale e materiale della prole stessa, nonché dell'art. 155 *sexies* c.c., che autorizza il giudice ad assumere, anche d'ufficio, i mezzi di prova necessari all'emanazione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c.

Ciò comporta che sarebbe contrario alle finalità di tutela dei minori che il legislatore ha perseguito attribuendo al giudice istruttore un illimitato potere di revisione dei provvedimenti presidenziali ammettere

⁷ TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2010, 415.

⁸ Ritengono che il giudice istruttore possa esercitare d'ufficio il potere di revoca e modifica BIANCHI, *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 213; CIPRIANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 192; DORONZO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in Cipriani-Monteleone, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 592; TOMMASEO, *La disciplina*, cit., 415; VULLO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, 2011, 199. *Contra*, nel senso di ritenere che l'ordinanza istruttoria possa essere adottata dal giudice istruttore solo su istanza di parte, si veda D'ALESSIO, *Sul regime di impugnabilità delle ordinanze adottate dal giudice istruttore a modifica dei provvedimenti presidenziali nel corso dei giudizi di separazione o di divorzio*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, 289.

che il reclamo proposto da una delle parti possa inibire l'esercizio officioso del potere che l'art. 709 c.p.c. attribuisce al giudice istruttore.

Appare dunque evidente che sono molteplici le ragioni che impongono di escludere l'applicabilità della disciplina dettata in sede cautelare per risolvere i problemi di coordinamento tra i due istituti in esame.

3. La tesi del carattere alternativo dei due rimedi, con prevalenza del reclamo.

I rapporti tra reclamo e revoca e modifica nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio sono stati ricostruiti anche in termini di alternatività degli stessi: in particolare, parte della giurisprudenza ha stabilito che il potere di revoca e modifica da parte del giudice istruttore presupporrebbe la consumazione del potere di reclamo, con la conseguenza che la notificazione dell'ordinanza presidenziale, idonea a far decorrere il termine per la proposizione del reclamo, rappresenterebbe una vera e propria condizione di procedibilità dell'istanza di revoca e modifica.

Tale ricostruzione, così come quella che prevede l'applicazione analogica del rito cautelare uniforme, muove dal presupposto che debba necessariamente essere esclusa qualsiasi possibilità di concorso tra i due rimedi, ossia che *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Essa, tuttavia, coniuga all'alternatività dei rimedi, la necessità che, perché possa essere proposta istanza di revoca o modifica al giudice istruttore, il provvedimento presidenziale sia stato notificato e, decorsi dieci giorni da

detta notifica, il potere di reclamo si sia consumato. Come è noto, invece, è opinione prevalente quella secondo la quale, in ambito cautelare, la mancata proposizione del reclamo non impedisce alle parti di proporre un'istanza di revoca o modifica del provvedimento, anche in pendenza del termine per reclamare.

In sostanza, la tesi in esame unisce alla alternatività dei rimedi, la prevalenza dello strumento del reclamo che si pone ad un livello gerarchicamente superiore rispetto alla revoca e alla modifica, che sarebbe ammissibile, purché sia consumato il potere di proporre reclamo, solo laddove vengano prospettati mutamenti nelle circostanze ovvero si alleghino fatti anteriori di cui si sia avuta conoscenza successivamente alla conclusione del giudizio di reclamo.

La tesi in esame si presta ad essere fortemente criticata. Si è già più volte sottolineato nel corso di questo lavoro che ritenere la notificazione del provvedimento presidenziale condizione di procedibilità del reclamo significherebbe attribuire a tale incombente una funzione che esso non ha e costringere paradossalmente la parte soccombente a porre in essere un'attività che non avrebbe, in realtà, alcun interesse a compiere. Lo stesso discorso vale dunque per l'ipotesi in cui si ritenga che la notificazione, oltre che condizione di procedibilità del reclamo, lo sia anche dell'istanza di revoca e modifica.

Appare senza dubbio preferibile ritenere, come gran parte della dottrina fa⁹, che tale incombente abbia esclusivamente la funzione di accelerare la formazione della stabilità del provvedimento presidenziale,

⁹ DANOVI, *Separazione e divorzio: i rapporti tra il "nuovo" reclamo avverso l'ordinanza presidenziale e la revoca/modifica da parte dell'istruttore*, nota critica a Trib. Modena, 5 ottobre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 03, 221.

con la conseguenza che esso è destinato ad essere perlopiù attuato dalla parte vittoriosa.

Nonostante, dunque, la tesi in esame sia stata criticata nella parte in cui subordina la possibilità di proporre istanza di revoca e modifica all'avvenuta notificazione del provvedimento presidenziale ed al conseguente decorso del termine per proporre reclamo, essa è stata da alcuni autori¹⁰ condivisa nella parte in cui attribuisce un ruolo gerarchicamente prevalente al reclamo.

È, infatti, stato osservato che il legislatore, introducendo il rimedio di cui all'art. 708 c.p.c., avrebbe voluto assicurare ai coniugi una garanzia di riesame maggiore rispetto a quella offerta dall'istanza di revoca o modifica al giudice istruttore¹¹.

La prevalenza del giudizio di reclamo comporta che fino a quando esso non sia concluso, ovvero fino a quando non sia esaurito il termine per la sua proposizione - che ciascuna delle parti potrebbe in ogni momento far decorrere provvedendo a notificare l'ordinanza presidenziale - l'istanza di revoca e modifica non possa essere proposta al giudice istruttore.

In sostanza, dunque, la facoltà per i coniugi di proporre istanza di revoca o modifica al giudice istruttore resterebbe sospesa non solo laddove il giudizio di reclamo sia stato introdotto e non si sia ancora concluso, ma anche laddove tale giudizio possa ancora essere instaurato.

Il summenzionato orientamento è stato seguito anche da alcuni giudici di merito¹², i quali hanno, tra l'altro, tratto da detto principio alcuni

¹⁰ BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 195.

¹¹ Tale osservazione è di BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 208.

¹² Trib. Modena, 5 ottobre 2006, cit., ha respinto l'istanza di modifica dell'ordinanza presidenziale non essendo ancora decorso il termine per la proposizione del reclamo, nonché Trib. Padova, 2 aprile 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1916 e Trib. Napoli, 9 novembre 2006, *ibidem*, 302.

corollari. In primo luogo, laddove l'ordinanza presidenziale non venga notificata, la proponibilità dell'istanza di revoca e modifica resterebbe sospesa durante tutto il periodo della pendenza del termine lungo, *olim* annuale oggi semestrale, per proporre reclamo¹³. In secondo luogo, qualora una delle parti abbia proposto reclamo principale, all'altra è preclusa la facoltà di proporre istanza di revoca e modifica avanti al giudice istruttore, avendo essa l'onere di proporre reclamo incidentale per far valere motivi di doglianza diversi da quelli proposti *ex adverso*¹⁴.

L'adesione a tale tipo di orientamento comporta, come, del resto, ammette anche chi ne è fautore¹⁵, che venga superata la lettera dell'art. 709 c.p.c., che sembrerebbe non porre alcuna limitazione, né dal punto di vista cronologico, né da quello dei presupposti, al potere di revoca e modifica del giudice istruttore.

¹³ Così Trib. Padova, 2 aprile 2007, cit., ove l'istanza di modifica dell'ordinanza presidenziale è stata dichiarata inammissibile dal giudice istruttore in quanto, sebbene fondata su circostanze sopravvenute, era ancora pendente il termine lungo per reclamare previsto dall'art. 327 c.p.c., nella specie applicabile non essendoci stata notifica del provvedimento presidenziale.

¹⁴ Così Trib. Napoli, 9 novembre 2006, cit., ove il giudice istruttore della separazione, adito anteriormente all'udienza di prima comparizione delle parti, ha dichiarato la propria incompetenza a provvedere sulla domanda avanzata ai sensi dell'art. 156, comma 6, c.c., di ordine di pagamento diretto dell'assegno fissato dall'ordinanza presidenziale, da parte del terzo datore di lavoro del coniuge obbligato al versamento dell'assegno, a seguito dell'inadempimento di quest'ultimo, essendo proponibile al riguardo reclamo in Corte d'appello, anche in via incidentale, atteso che il reclamo era già stato proposto, per diverse ragioni, dall'altra parte.

¹⁵ BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 211.

4. La tesi dell'alternatività dei due rimedi, secondo la regola della prevenzione.

Altra parte della dottrina¹⁶, non condividendo l'orientamento formatosi tra i giudici di merito che attribuisce alla notificazione del provvedimento presidenziale la funzione di condizione di procedibilità dell'istanza di revoca e modifica ed al reclamo una funzione prevalente, ha cercato di individuare, confortata da alcune pronunce di merito¹⁷, un diverso criterio per regolare i rapporti tra i due istituti. È, infatti, stato suggerito che i coniugi potrebbero liberamente scegliere, secondo un "concorso alternativo", quale dei due strumenti di controllo utilizzare, con la precisazione che la scelta di un rimedio, fondata sulla valutazione delle circostanze del caso e del grado di stabilità del rimedio stesso, costituirebbe causa di inammissibilità del ricorso all'altro fondata sui medesimi motivi.

A seguito della Novella del 2005, che ha eliminato il requisito del mutamento nelle circostanze cui l'intervento del giudice istruttore era subordinato, il potere di revoca e modifica avrebbe, infatti, subito una "mutazione genetica", perdendo *"l'originaria impostazione di mero «strumento di adeguamento» dello stato di diritto a quello di fatto per assumere la più pregnante caratteristica di mezzo di revisione e controllo delle statuizioni presidenziali"*¹⁸, con la conseguenza che non potrebbe

¹⁶ Il criterio che si analizzerà nel presente paragrafo è stato individuato ed esplicito da DANOVI, *Separazione e divorzio*, cit., nonché ID., *Concorrenza e alternatività tra reclamo e revoca dell'ordinanza presidenziale*, nota a App. Milano, 30 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1187.

¹⁷ App. Milano, 30 marzo 2007, cit., nella cui massima si legge che *"la concorrenza tra i due rimedi deve, peraltro, considerarsi unicamente potenziale, con il risultato che la scelta, in concreto, di uno di essi costituisce causa di inammissibilità della richiesta dell'altro fondata sui medesimi motivi"*.

¹⁸ Queste parole sono di DANOVI, *Separazione e divorzio*, cit., 221 e ss.

giustificarsi l'attribuzione di una corsia preferenziale allo strumento del reclamo.

Una volta che le parti abbiano scelto quale forma di revisione attivare, ossia *electa una via*, deve ritenersi preclusa la possibilità per le stesse di azionare, sulla base dei medesimi motivi di doglianza, l'altra forma di controllo, ossia il *recursus ad alteram*. Diversamente si correrebbe il rischio della formazione di due provvedimenti tra loro contrastanti, entrambi dotati della medesima efficacia esecutiva.

In sostanza, il reclamo sarebbe proponibile nel termine di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento presidenziale, ovvero nel termine lungo, oggi semestrale, decorrente dalla pronuncia dell'ordinanza in udienza, ovvero dalla sua comunicazione, se reso fuori udienza.

L'istanza di revoca e modifica potrebbe essere avanzata al giudice istruttore a prescindere dal fatto che siano o meno intervenuti mutamenti nelle circostanze, non potendosi diversamente opinare stante la chiara volontà del legislatore di mutare la natura dello strumento di controllo in questione.

Laddove una delle due forme di revisione venga azionata, resterebbe precluso il ricorso all'altra.

Il provvedimento emesso dalla Corte d'appello all'esito del giudizio di reclamo potrebbe essere revocato o modificato ad opera del giudice istruttore esclusivamente in presenza di un mutamento nelle circostanze, dal momento che il potere revocatorio generale e incondizionato previsto oggi dall'art. 709, ultimo comma, c.p.c., così come formulato ad opera della L. 14 maggio 2005, n. 80, concernerebbe esclusivamente, come risulta dal tenore letterale della norma, i provvedimenti temporanei ed

urgenti assunti dal presidente e non le statuizioni che tali provvedimenti sostituiscono.

L'assunto di partenza da cui la teoria ora esaminata muove deve essere ricercato nel fatto che il reclamo e l'istanza di revoca e modifica potrebbero essere attivati sulla base dei medesimi motivi di doglianza, ragione per cui deve necessariamente essere esclusa la sovrapposizione cronologica dei due strumenti di controllo.

5. Il criterio del diverso ambito di applicazione dei due rimedi.

Tale assunto, ossia quello della perfetta intercambiabilità dei due strumenti di controllo quanto all'ambito di applicazione degli stessi e dei motivi di doglianza che possono con essi essere fatti valere, è però proprio ciò che alcuni studiosi hanno ritenuto di criticare, così suggerendo ulteriori criteri sulla base dei quali regolare il concorso tra il reclamo alla Corte d'appello e la revoca e modifica ad opera del giudice istruttore.

Secondo una diversa prospettiva, i rapporti tra le due forme di controllo potrebbero essere regolati non tanto avendo riguardo alla prevalenza gerarchica dell'uno rispetto all'altro, ovvero al criterio della prevenzione, quanto con riferimento ai motivi di doglianza che con gli stessi possono farsi valere.

In giurisprudenza¹⁹ si è, infatti, delineato un orientamento in base al quale con il reclamo sarebbe possibile censurare esclusivamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili, mentre

¹⁹ App. Bologna, 13 novembre 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 3, 280, con nota di ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*; Id., 8 maggio 2006, in *Giur.*

con la richiesta di revoca e modifica all'istruttore sarebbe possibile dedurre l'opportunità di adeguare i provvedimenti resi all'esito dell'udienza presidenziale, ossia sulla base di una delibazione sommaria, alle risultanze acquisite nel corso della fase a cognizione piena.

Trattasi di quella "giurisprudenza difensiva" elaborata da alcune Corti d'appello, cui si è già fatto cenno nel corso del capitolo precedente del presente lavoro, che ha cercato, già all'indomani dell'entrata in vigore della Novella del 2006, di ridurre il numero di ricorsi *ex art. 708 c.p.c.*, delimitando l'ambito di applicazione del reclamo.

In dottrina²⁰ è stato sostenuto che, in assenza di una disciplina quale quella dettata nell'ambito del rito cautelare uniforme e di fronte alla chiara volontà del legislatore di svincolare la revoca e la modifica dalla sopravvenienza di nuove circostanze, solo regolando in questo modo il rapporto tra le due forme di controllo, ossia ritenendo che esse non possano condurre al medesimo risultato sulla base di motivi di doglianza identici, potrebbero evitarsi inutili e pericolose sovrapposizioni tra le stesse.

In particolare, il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. sarebbe uno strumento di controllo molto diverso rispetto a quello previsto in ambito cautelare: mentre quest'ultimo sarebbe un mezzo di revisione integrale, totalmente devolutivo, che attribuisce al giudice di seconda istanza una cognizione piena con possibilità di valutare tutti gli aspetti non trattati precedentemente e le sopravvenienze nel frattempo intervenute, il primo sarebbe un mezzo di gravame in senso proprio, con il quale possono essere

merito, 2007, 6, 1654; App. Trento, 6 luglio 2006, in www.minoriefamiglia.it; Id., 24 agosto 2006, in www.affidamentocondiviso.it.

²⁰ ARCERI, *Sulla reclamabilità*, cit., 284.

fatti valere esclusivamente errori decisionali evidenti, frutto di non corretta valutazione degli elementi acquisiti nella fase presidenziale del giudizio.

Il reclamo avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti dovrebbe, dunque, essere ammesso esclusivamente per far valere errori interpretativi o giuridici palesi e consentire un riesame allo stato degli atti, sulla base di elementi già acquisiti nella fase presidenziale e con l'attribuzione alla Corte d'appello di un potere cognitivo non più ampio di quello del presidente. In sostanza, i coniugi potrebbero lamentare esclusivamente l'omessa considerazione, il travisamento o l'erronea interpretazione di elementi cognitivi e probatori già a disposizione del presidente, con la conseguenza che il giudizio di reclamo potrebbe, per certi versi, essere assimilato ad un giudizio di legittimità²¹.

Laddove venisse così delimitato l'ambito di applicazione del reclamo, sarebbe possibile rispettare il tenore letterale dell'art. 709 c.p.c., che non subordina la possibilità di revoca e modifica al sopravvenire di nuove circostanze. Infatti, in caso di mancata proposizione del reclamo, sarebbe sempre e comunque possibile proporre istanza di revoca o modifica al giudice istruttore, sulla base di fatti e circostanze, anche non sopravvenuti, non allegati in precedenza.

Allo stesso modo, la pendenza del reclamo non precluderebbe l'istanza al giudice istruttore, non essendovi coincidenza tra i motivi di doglianza: com'è ovvio, tuttavia, l'intervenuta pronuncia della Corte d'appello imporrebbe al giudice istruttore di pronunciare la sopravvenuta cessazione della materia del contendere sull'istanza di revoca e modifica, essendo venuto meno il provvedimento sul quale pronunciarsi. E,

²¹ Anche questo paragone è di ARCERI, *Sulla reclamabilità*, cit., 288.

analogamente, laddove il giudice istruttore dovesse modificare o revocare il provvedimento presidenziale, il procedimento avanti alla Corte d'appello verrebbe ad esaurirsi per sopravvenuta mancanza dell'oggetto della controversia.

Secondo tale orientamento, che considera profondamente diversi i due strumenti di controllo, in sede di reclamo sarebbe precluso ogni tipo di attività istruttoria, non potendo il giudizio avanti alla Corte d'appello rappresentare una sorta di anticipazione del processo, che deve necessariamente svolgersi avanti al giudice istruttore.

Altra parte della dottrina, seppur anch'essa convinta che i rapporti tra reclamo e revoca e modifica debbano essere regolati tenendo in considerazione il diverso ambito di applicazione degli stessi, non essendo essi strumenti di controllo sovrapponibili ed assolvendo a funzioni diverse, giungono a conclusioni differenti.

Vi è chi²² ha evidenziato che la previsione di una competenza speciale per il reclamo, ossia quella della Corte d'appello, unitamente alla previsione di un termine perentorio per la proposizione dello stesso, imporrebbero di ritenere che l'istanza di revoca e modifica non rappresenti un surrogato del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., con la conseguenza che i coniugi non potrebbero scegliere liberamente a quale dei due strumenti di controllo fare ricorso per fare valere gli errori del presidente, dovendo questi essere dedotti necessariamente in sede di giudizio di reclamo.

La prevalenza del reclamo proposto da uno dei coniugi comporterebbe, tra l'altro, la sospensione del procedimento di revoca e modifica eventualmente attivato ad opera dell'altro coniuge, il quale

²² CEA, *Il controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra corti d'appello e giudici istruttori*, in *Foro it.*, 2010, I, 2199.

potrebbe decidere se trasferire le proprie istanze in sede di reclamo, ovvero se attendere la pronuncia della Corte d'appello per riproporre la questione al giudice istruttore.

In sostanza, mentre il reclamo sarebbe finalizzato ad una rivisitazione illimitata dell'ordinanza presidenziale, il potere di revoca e modifica sarebbe attivabile esclusivamente in caso di mutamenti delle circostanze, ovvero se si allegano fatti anteriori al provvedimento presidenziale di cui si sia acquisita conoscenza solo successivamente, fermo restando che, per ragioni di economia processuale, le sopravvenienze dovrebbero essere conosciute dal giudice del reclamo, laddove questo sia stato proposto.

Nonostante, secondo la tesi che si sta riportando, la Corte d'appello possa e, anzi, debba, conoscere delle sopravvenienze, essa dovrebbe avvalersi esclusivamente di prove precostituite, non potendosi ammettere in sede di reclamo un'istruttoria orale, ovvero la richiesta di consulenza tecnica.

Tale soluzione – si anticipa fin d'ora – non convince poiché attribuisce alla Corte d'appello un potere cognitivo non supportato da un corrispondente potere istruttorio: se si ammette che il giudizio di reclamo sia aperto ai *nova*, deve necessariamente consentirsi al giudice di seconda istanza di espletare tutta quell'attività istruttoria, senza alcun tipo di distinzione, che sia necessaria al fine di conoscere delle circostanze e dei motivi sopravvenuti; diversamente, si deve escludere che elementi cognitivi differenti da quelli già valutati dal presidente possano trovare ingresso in sede di giudizio di reclamo.

6. Il criterio del dedotto e del deducibile in sede di reclamo.

Parte della dottrina²³, al fine di individuare un criterio idoneo a regolare i rapporti tra reclamo alla Corte d'appello e revoca e modifica ad opera dell'istruttore, ha fatto ricorso alle categorie del dedotto e del deducibile.

Com'è noto, nell'ambito del procedimento cautelare uniforme l'istanza di cui all'art. 669 *decies* c.p.c., laddove il giudizio di reclamo sia stato instaurato, è ammissibile esclusivamente per motivi che non potessero essere dedotti in sede di reclamo, o perché sopravvenuti successivamente alla sua proposizione, o perché basati su fatti di cui si sia avuto conoscenza in epoca successiva alla sua instaurazione. La preclusione copre, infatti, non soltanto il dedotto ma anche il deducibile: anche ciò che non sia stato concretamente azionato in sede di reclamo, benché ve ne fosse la possibilità, non può essere posto a fondamento di una richiesta di revoca e modifica.

È stato, invece, affermato²⁴ che, diversamente da quanto avviene in sede cautelare, il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. non avrebbe alcuna portata preclusiva, nel senso che sia il dedotto sia il deducibile in quella sede potrebbero essere oggetto di una successiva istanza di revoca o modifica.

Quanto al dedotto, si è osservato che il provvedimento della Corte d'appello non potrebbe, infatti, avere una portata preclusiva maggiore rispetto a quello emesso dal presidente, avendo le medesime caratteristiche

²³ D'ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti-Rossi Carleo, Milano, 2006, 282.

²⁴ D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 284.

dell'ordinanza che va a sostituire²⁵, con la conseguenza che esso potrebbe essere modificato ad opera del giudice istruttore anche a prescindere da mutamenti nelle circostanze. Ma dei poteri del giudice istruttore rispetto al provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo si dirà oltre.

Quanto, invece, al deducibile, è stato escluso che sussista per le parti l'onere di fare valere con il reclamo i fatti e le ragioni di diritto già invocabili al momento della sua proposizione, ovvero sopravvenuti nel corso di tale giudizio, e pertanto ivi spendibili: diversamente – è stato affermato – il legislatore avrebbe fatto riferimento alla disciplina dettata in ambito cautelare.

Altra parte della dottrina²⁶ ha, invece, ammesso che il provvedimento della Corte d'appello avrebbe per il giudice istruttore un limitato effetto preclusivo, in relazione alle sole questioni di cui la Corte abbia conosciuto: i capi sui quali il giudice di seconda istanza non si sia pronunciato potrebbero, infatti, essere riesaminati dal giudice istruttore, anche a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze. In particolare, l'istanza di revoca e modifica potrebbe essere proposta al giudice istruttore anche in pendenza del termine per la proposizione del reclamo, sussistendo un rapporto di alternatività tra i due rimedi. Laddove, però, il giudizio di reclamo sia già stato instaurato, la revoca e la modifica sarebbero possibili esclusivamente in presenza di nuove circostanze: la pronuncia del giudice

²⁵ Osserva che il provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo può essere modificato dal giudice istruttore alle stesse condizioni del provvedimento presidenziale LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, V ed., Milano, 2009, 300.

²⁶ LUIPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1090.

istruttore comporterebbe, in tal caso, la cessazione della materia del contendere nel reclamo.

Secondo un'impostazione di tal tipo, la preclusione riguarderebbe, dunque, esclusivamente le circostanze dedotte in sede di reclamo ed esaminate dalle Corti, mentre non coprirebbe il deducibile.

7. L'orientamento della giurisprudenza.

Si è già più volte richiamata, nel corso del presente lavoro, quella giurisprudenza cosiddetta "difensiva" formatasi presso le Corti d'appello a mezzo della quale i giudici di seconda istanza hanno cercato di limitare il numero dei ricorsi *ex art. 708 c.p.c.*, utilizzando due differenti argomentazioni.

Da un lato, in diverse occasioni i collegi hanno ristretto l'ambito di applicazione del reclamo, asserendo che tale strumento può essere utilizzato per far valere unicamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili, con la conseguenza che il relativo giudizio non potrebbe essere aperto ai *nova* né all'espletamento di alcuna attività istruttoria²⁷.

I margini di utilizzabilità del reclamo sarebbero, sempre secondo l'orientamento dei giudici di seconda istanza, ulteriormente ridotti dalla circostanza che la possibilità di intervento del giudice istruttore sarebbe oggi, per esplicita volontà legislativa, non più subordinata al verificarsi di un mutamento nelle circostanze.

²⁷ Così App. Bologna, 8 maggio 2006, cit.; Id., 13 novembre 2006, cit.; App. Trento, 6 luglio 2006, cit.; Id., 24 agosto 2006, cit.; App. Cagliari, 26 marzo 2011, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 6, 471.

Dall'altro, la Corte d'appello di Firenze²⁸ ha individuato un ulteriore e diverso espediente finalizzato ad evitare un ricorso massiccio allo strumento del reclamo, osservando che la pronuncia della Corte potrebbe giustificarsi esclusivamente laddove preceda di un apprezzabile margine temporale l'udienza di comparizione e trattazione avanti al giudice istruttore. In sostanza, come è stato osservato in dottrina²⁹, il reclamo sarebbe sottoposto, secondo il collegio fiorentino, ad una condizione risolutiva di natura cronologica: laddove, nelle more del relativo giudizio, la causa transiti avanti al giudice istruttore, o sia destinata a transitarvi di lì a poco³⁰, essendo l'udienza avanti all'istruttore fissata a breve, la pronuncia della Corte non avrebbe più alcuna ragione di essere, con la conseguenza che il ricorso *ex art. 708 c.p.c.* dovrebbe essere dichiarato inammissibile.

La decisione della Corte avrebbe dunque, da quel che pare emergere dalle pronunce in esame, la funzione cautelare di evitare che, nel tempo che separa l'udienza presidenziale da quella avanti all'istruttore, i provvedimenti temporanei ed urgenti che siano viziati da abnormità o non rispondenza alle emergenze della causa già evidenziate possano danneggiare le parti³¹.

Dall'esame della citata giurisprudenza parrebbe, dunque, emergere che gli errori manifesti del presidente, di norma sottoponibili all'attenzione del giudice istruttore laddove la causa sia in procinto di transitare avanti a

²⁸ App. Firenze, 10 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, 4, I, 1216, con nota di CEA, *Il difficile rapporto tra reclamo e revoca dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi*; Id., 9 aprile 2010, *ivi*, 2010, I, 2199.

²⁹ CEA, *Il difficile rapporto*, cit., 1218.

³⁰ Nel caso di specie su cui App. Firenze, 10 luglio 2008, cit., si è pronunciata, il reclamo è stato dichiarato inammissibile il 4 luglio 2008 e l'udienza di comparizione e trattazione era fissata per il 23 settembre 2008.

³¹ Questo principio si trova chiaramente espresso in entrambe le pronunce di App. Firenze menzionate.

questi, possano essere fatti valere con lo strumento del reclamo solo qualora l'udienza di comparizione e trattazione sia fissata ad una data eccessivamente distante rispetto all'udienza presidenziale, dispiegando l'intervento della Corte una funzione cautelare.

Il potere di revoca e modifica del giudice istruttore sarebbe, invece, incondizionato, ossia sollecitabile non solo quale unico strumento per adeguare i provvedimenti temporanei ed urgenti al mutare della situazione di fatto, ma anche per far valere eventuali errori decisionali commessi dal presidente, laddove l'urgenza non imponga un intervento anticipato della Corte d'appello.

In sostanza, lo strumento "ordinario" di controllo avverso i provvedimenti presidenziali sarebbe, a prescindere dalla circostanza che si vogliano fare valere dei vizi del provvedimento ovvero delle sopravvenienze, il potere di revoca o modifica che l'art. 709 c.p.c. attribuisce al giudice istruttore. Nei casi di particolare urgenza e laddove l'intervento dell'istruttore sia previsto decorso un lasso temporale eccessivamente lungo rispetto all'udienza presidenziale, gli errori commessi dal presidente, e solo questi, possono essere fatti valere con il reclamo.

La mancata proposizione del reclamo non avrebbe, dunque, alcuna portata preclusiva, neppure con riferimento ai vizi del provvedimento *ictu oculi* rilevabili, nonostante la previsione del termine di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento entro il quale l'art. 708 c.p.c. impone che il reclamo venga proposto.

L'orientamento "difensivo" delle Corti d'appello, che, a parere di chi scrive, appare condivisibile nella parte in cui qualifica il reclamo *ex* all'art. 708 c.p.c. come una forma di riesame allo stato degli atti, ma non laddove

introduce quella che la dottrina ha definito una condizione risolutiva di natura cronologica, desta notevoli preoccupazioni se si considera che fortemente restrittiva è altresì la posizione dei Tribunali sulle istanze di revoca e modifica presentate dai coniugi.

Com'è stato osservato in dottrina³², volendo parlare in termini scacchistici, la partita tra Corti di appello e giudici istruttori è in fase di stallo. I giudici di seconda istanza, infatti, utilizzando gli espedienti di cui sopra, tendono a rigettare i ricorsi dei coniugi, senza neppure esaminarli nel merito, ritenendo le parti sufficientemente tutelate dalla possibilità di ottenere in qualsiasi momento la revoca o la modifica dei provvedimenti presidenziali ad opera del giudice istruttore, il cui potere di intervento dovrebbe, a detta delle Corti d'appello, considerarsi illimitato e non più subordinato al verificarsi di un mutamento nelle circostanze.

I coniugi sarebbero in effetti sufficientemente garantiti se i giudici istruttori si ritenessero legittimati ad utilizzare il potere loro attribuito dall'art. 709 c.p.c. senza alcuna limitazione, sulla base di una semplice valutazione di opportunità ed a prescindere da eventuali sopravvenienze. Tuttavia è assolutamente prevalente tra i giudici di prima istanza³³ la tesi secondo la quale la revoca e la modifica dei provvedimenti presidenziali sarebbero ammissibili esclusivamente in presenza di circostanze sopravvenute, o laddove si alleghino, come previsto in ambito cautelare, fatti anteriori di cui si sia avuta conoscenza successivamente al provvedimento presidenziale. In particolare, i giustificati motivi che potrebbero essere addotti al fine di ottenere la revoca o la modifica di un

³² Queste parole sono di CEA, *Il controllo*, cit., 2203.

³³ Trib. La Spezia, 25 novembre 2006, in *www.affidamentocondiviso.it*; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 3, 1228; Trib. Pistoia, 7 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 2199; Trib. Busto Arsizio, 17 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 3, 714.

provvedimento presidenziale potrebbero essere non solo di tipo sostanziale, ossia fatti nuovi, ma anche di tipo processuale, ossia nuove allegazioni o prove³⁴.

Consta, invece, una pronuncia, peraltro isolata, che si discosta parzialmente dall'orientamento della giurisprudenza ora menzionata: secondo il Tribunale di Modena³⁵, l'istanza di revoca sarebbe ammissibile solo in presenza di un mutamento nelle circostanze esclusivamente laddove il giudizio di reclamo sia stato instaurato; il requisito delle sopravvenienze non sarebbe invece necessario laddove la via del reclamo non sia stata coltivata e sia quindi ormai perenta.

È evidente che, questi essendo gli orientamenti formati tra i giudici di prima e di seconda istanza, viene a crearsi un inaccettabile vuoto di tutela per quei coniugi che vedano il proprio ricorso per reclamo, instaurato per fare valere un errore decisionale del presidente, dichiarato inammissibile dalla Corte d'appello perché la causa è destinata a transitare a breve avanti ad un giudice istruttore che, in realtà, non potrà considerare l'istanza di revoca o modifica in quanto non fondata su nuove circostanze.

Il sistema restrittivo delineato dai collegi di seconda istanza potrebbe, infatti, essere efficace e sufficientemente garantistico se effettivamente accompagnato da un potere incondizionato di revoca e modifica avanti all'istruttore. Ma, ad oggi, la giurisprudenza dei Tribunali non pare essere orientata in questo senso, con la conseguenza che l'incertezza lasciata agli interpreti dalla scarna e mal coordinata normativa delle L. 14 maggio 2005, n. 80 e L. 8 febbraio 2006, n. 54 diventa fonte di un secco rifiuto di tutela per i coniugi, ancor più inaccettabile se si

³⁴ Così si legge nella massima di Trib. Pisa, 3 marzo 2010, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 2199.

³⁵ Trib. Modena, 5 ottobre 2006, cit.

considera la delicatezza degli aspetti trattati con i procedimenti di separazione e di divorzio.

8. Il regime di stabilità del provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo.

Fermo restando che, ad oggi, il coordinamento operato dalla giurisprudenza tra gli strumenti del reclamo alla Corte d'appello e della revoca e modifica ad opera del giudice istruttore non appare per nulla soddisfacente in termini di garanzie e tutela per le parti, gli interpreti non possono non interrogarsi su una ulteriore questione che le lacune normative lasciano aperta, ossia quale sia il grado di stabilità del provvedimento emesso dalla Corte d'appello in sede di reclamo di cui all'art. 708 c.p.c.

Come si è già avuto modo di evidenziare, il provvedimento reso dal giudice di seconda istanza non è ulteriormente reclamabile, né ricorribile in cassazione, né assoggettabile a regolamento di competenza.

Ci si domanda, tuttavia, se esso possa essere sottoposto al potere di revoca e modifica che l'art. 709 c.p.c. attribuisce al giudice istruttore con specifico riferimento ai provvedimenti presidenziali e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, se tale potere sia illimitato e incondizionato, ovvero sia subordinato al verificarsi di un mutamento nelle circostanze.

In dottrina sono state prospettate diverse soluzioni. Vi è chi³⁶ ritiene che il giudice istruttore possa esercitare il potere di revoca e modifica a

³⁶ D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 284; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 300; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XX ed., Torino, 2009, 101; SALVANESCHI, *I procedimenti*, cit., 145; ID., *Alcuni profili*, cit., 1287.

prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze, semplicemente sulla base di una diversa valutazione dei fatti. A sostegno di questa tesi è stata invocata, oltre alla specificità del reclamo introdotto *ex art. 708 c.p.c.*, che non lascerebbe spazio all'applicabilità delle norme dettate con riferimento al rito cautelare, la peculiare struttura della fase introduttiva dei procedimenti di separazione e di divorzio, che consente alle parti di delineare il *thema decidendum* in un momento successivo rispetto all'udienza presidenziale³⁷. È stato altresì rilevato che il provvedimento della Corte d'appello avrebbe la medesima efficacia di quello presidenziale, con la conseguenza che dovrebbe essere assoggettato al medesimo regime di stabilità³⁸.

Laddove si aderisse a tale orientamento, si dovrebbe ammettere che il provvedimento emesso dal giudice di secondo grado sarebbe privo di ogni efficacia preclusiva, potendo esso in ogni momento essere rivisitato dal giudice istruttore, anche sulla base di una mera valutazione di opportunità.

Altri autori³⁹ ritengono, invece, che la pronuncia della Corte d'appello possa essere revocata e modificata dal giudice istruttore solo laddove vengano prospettate nuove circostanze. Tale soluzione sarebbe – a detta dei sostenitori di questa tesi – rispettosa del dato normativo che letteralmente svincola dal sopravvenire di nuove circostanze esclusivamente il potere di revoca e modifica avente ad oggetto i provvedimenti emessi dal presidente, e non dal giudice di seconda istanza.

³⁷ Tali considerazioni sono di SALVANESCHI, *I procedimenti*, cit., 145; ID., *Alcuni profili*, cit., 1287.

³⁸ Tale osservazione è di LUISO, *Diritto processuale*, cit., 300.

³⁹ DANОВI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 222; GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, 1856; LUPOI, *Aspetti*, cit., 1091; TOMMASEO, *La disciplina*, cit., 418.

L'art. 709 c.p.c. non sarebbe, infatti, applicabile ai provvedimenti emessi dalla Corte d'appello, stante la natura sostitutiva del reclamo che farebbe venire meno i provvedimenti presidenziali, per i quali la norma è stata specificamente dettata. Laddove, diversamente, si ammettesse la libera modificabilità e revocabilità del provvedimento reso dalla Corte d'appello, soprattutto nell'eventualità in cui il presidente assegni a se stesso la causa in qualità di istruttore, si frustrerebbe di fatto, a detta dei sostenitori della tesi in esame, la funzione del reclamo.

Si discosta parzialmente da tale orientamento l'opinione⁴⁰, già richiamata in precedenza, secondo la quale la pronuncia della Corte d'appello avrebbe un effetto preclusivo limitato per il giudice istruttore, il quale non potrebbe quindi revocare o modificare, senza che siano intervenuti nuovi elementi, i provvedimenti contenuti nei capi che siano stati oggetto di pronuncia da parte del giudice di seconda istanza, mentre potrebbe esercitare liberamente il proprio potere, anche a prescindere da eventuali sopravvenienze, su tutti quegli aspetti eventualmente dedotti in sede di reclamo, ma non oggetto di una espressa previsione del giudice di seconda istanza.

Vi è, infine, la posizione intermedia di quella parte della dottrina⁴¹ che ritiene che si debba operare una distinzione tra i provvedimenti della Corte d'appello concernenti i coniugi, revocabili e modificabili dal giudice istruttore esclusivamente in presenza di nuove circostanze, e quelli concernenti la prole, sui quali il potere del giudice istruttore potrebbe essere liberamente ed incondizionatamente esercitato, semplicemente *re melius perpensa*, essendo esso finalizzato a garantire l'interesse del

⁴⁰ LUPOI, *Aspetti*, cit., 1091.

⁴¹ BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 219, nota n. 68; VULLO, *Commento*, cit., 196.

minore. A fondamento di questa tesi è stata invocata⁴² la disciplina in materia di revisione delle condizioni contenute nella sentenza di separazione: mentre l'art. 155 *ter* c.c. prevede, infatti, la modificabilità delle disposizioni concernenti la prole senza condizionarla alla presenza di particolari presupposti, l'art. 156 c.c. subordina la revisione delle condizioni relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi al sopravvenire di “giustificati motivi”.

In effetti, se i provvedimenti concernenti la prole contenuti nella sentenza di separazione possono essere modificati a prescindere dall'emergere di nuovi elementi, non si vede perché ciò non dovrebbe essere possibile con riferimento ai provvedimenti emessi all'esito del giudizio incidentale di reclamo, dotati, senza dubbio, di un grado di stabilità inferiore.

9. Conclusioni.

Esaurita la disamina delle tesi dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali formatisi con riferimento al difficile coordinamento degli istituti del reclamo e della revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio, e preso atto delle non del tutto soddisfacenti soluzioni prospettate, non resta che trarre qualche conclusione sul tema.

La giurisprudenza cosiddetta “difensiva” formatasi presso le Corti d'appello appare condivisibile nella parte in cui qualifica il reclamo *ex art.* 708 c.p.c. come una sorta di giudizio di legittimità con il quale i coniugi

⁴² VULLO, *Commento*, cit., 196.

possono far valere esclusivamente errori decisionali evidenti, nel quale non possono trovare ingresso elementi cognitivi e probatori nuovi e diversi rispetto a quelli esaminati dal presidente, dovendo il controllo svolgersi esclusivamente allo stato degli atti, con esclusione, quindi, di ogni valutazione delle sopravvenienze.

Questa pare essere, a parere di chi scrive, la qualificazione da attribuirsi al nuovo istituto. Il reclamo avanti alla Corte d'appello rappresenterebbe, infatti, una forma di tutela ulteriore ed aggiuntiva rispetto a quella garantita ai coniugi dalla possibilità di proporre istanza di revoca e modifica avanti all'istruttore, che servirebbe per far valere avanti ad un giudice superiore unicamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili. Tale impostazione consentirebbe, tra l'altro, di evitare quella anticipazione del processo avanti alla Corte d'appello che gran parte della dottrina, come si è visto in precedenza, ritiene doveroso escludere, non potendosi prescindere, nei procedimenti in esame, dalle preclusioni istruttorie esistenti nel giudizio avanti al giudice istruttore.

Se, dunque, appare da condividersi l'orientamento che delimita l'ambito di applicazione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. sulla base dei motivi che con lo stesso possono essere fatti valere, escludendo che le sopravvenienze possano essere dedotte con tale strumento, lo stesso non può dirsi con riguardo all'espedito, utilizzato dai collegi fiorentini al fine di ridurre il numero di ricorsi *ex art. 708 c.p.c.*, di consentire ai coniugi l'utilizzo del reclamo esclusivamente laddove vi sia un apprezzabile margine temporale tra l'udienza presidenziale e quella fissata avanti all'istruttore: esso introduce, infatti, una limitazione all'accesso al nuovo strumento di tutela del tutto arbitraria, che non trova alcun tipo di riscontro

normativo. Del resto, è evidente che il parametro cui la Corte d'appello di Firenze fa riferimento per ricorrere a tale espediente, ossia quello dell'esistenza di un "apprezzabile margine temporale" tra l'udienza presidenziale e quella avanti all'istruttore, si fonda su un criterio assolutamente soggettivo che, laddove dovesse essere utilizzato da tutti i giudici di seconda istanza, potrebbe condurre a soluzioni particolarmente inique per i coniugi, diversificate su tutto il territorio nazionale.

Come si è avuto modo di evidenziare, quest'ultimo orientamento dà origine ad un secco rifiuto di tutela per i coniugi, in quanto ad esso si accompagna l'atteggiamento altrettanto restrittivo, assolutamente non condivisibile a parere di chi scrive, formatosi presso i giudici di prima istanza, che subordina l'ammissibilità dell'istanza di revoca e modifica da presentarsi al giudice istruttore al sopravvenire di nuove circostanze. Esso si pone in aperto contrasto con il tenore letterale dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., soprattutto in considerazione dell'evoluzione normativa che tale norma ha subito nel tempo: gli interpreti non possono non considerare che, con la riforma del 2005, il legislatore ha deliberatamente eliminato il riferimento ai "*mutamenti nelle circostanze*", con la conseguenza che ogni soluzione che condiziona il potere di revoca e modifica dell'istruttore al sopravvenire di nuove circostanze non può che apparire *contra legem*. Non può, tra l'altro, dimenticarsi che, già prima che la L. 14 maggio 2005, n. 80 entrasse in vigore, si riteneva che il giudice istruttore godesse di un potere modificativo incondizionato non solo nell'ambito dei procedimenti di divorzio, per i quali operava l'ottavo comma dell'art. 4, l. div., che non conteneva alcun riferimento alle sopravvenienze, ma anche nel corso dei procedimenti di separazione, in virtù di quanto previsto dall'art. 23 della L. 6 marzo 1987, n. 74.

Tale considerazione, a cui si aggiunge la già più volte ribadita esclusione della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali, impone di escludere che possa essere analogicamente applicato a detti provvedimenti il regime che regola i rapporti tra reclamo e revoca e modifica in ambito cautelare.

Fermo restando che il tenore letterale dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., impone di considerare il potere di revoca e di modifica del giudice istruttore svincolato dalla necessità che vi siano elementi sopravvenuti, ulteriori considerazioni impongono di pervenire a tale soluzione interpretativa. Un aspetto non sufficientemente considerato, ma, a parere di chi scrive, di fondamentale importanza con riferimento alla problematica che si sta studiando, è la possibilità per il giudice istruttore di esercitare il potere di revoca e modifica anche officiosamente, ossia a prescindere da un'istanza dei coniugi, quantomeno con riferimento alle statuizioni concernenti la prole.

Si è già, infatti, avuto modo di sottolineare nel corso del presente lavoro che i provvedimenti presidenziali possono essere adottati anche d'ufficio, sia nell'ambito dei procedimenti di separazione, come dispone l'art. 708 c.p.c., sia con riferimento ai procedimenti di divorzio, in virtù di quanto previsto all'art. 4, ottavo comma, l. div. Se gli studiosi non hanno mai avuto alcuna incertezza nel riconoscere che l'officiosità riguardasse le statuizioni concernenti la prole, di recente è stato addirittura ipotizzato⁴³ che essa concerna anche quelle relative ai rapporti tra i coniugi, dovendo il presidente provvedere in una fase processuale in cui le parti non hanno ancora completato le proprie difese.

⁴³ SALETTI – VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II ed., I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 729.

Deve, dunque, ammettersi, come del resto gran parte della dottrina sostiene e come impone il tenore letterale degli artt. 155 e 155 *sexies* c.c., che la revoca e la modifica ad opera del giudice istruttore possa essere, quantomeno con riferimento ai provvedimenti relativi alla prole, oltre che sollecitata dai coniugi, officiosa, rispondendo essa alla finalità di perseguire l'interesse morale e materiale della prole, finalità che certamente non muta a seconda che i provvedimenti temporanei e urgenti siano assunti dal presidente, ovvero dal giudice istruttore.

Ciò comporta, come è stato correttamente osservato⁴⁴, l'inapplicabilità alla materia in esame dell'art. 669 *decies* c.p.c., norma che impedisce, in pendenza del giudizio di reclamo, l'esercizio del potere di revoca. Del resto, mentre in ambito cautelare gli artt. 669 *decies* e *terdecies* c.p.c. disciplinano il rapporto tra due rimedi attribuiti alle parti, nel settore che ci occupa si tratta di regolare il concorso tra due istituti processuali non omogenei: il reclamo, attribuito al potere dispositivo delle parti, e la revoca e la modifica, appartenente anche all'*officium iudicis*.

È evidente che, se l'attribuzione di un potere di tal tipo risponde all'esigenza di tutelare gli interessi dei minori, non potrebbe certo ammettersi un sistema nel quale l'intervento del giudice istruttore venga limitato per mezzo dell'introduzione di presupposti, quali il sopravvenire di nuove circostanze, non previsti dalla legge.

Non v'è quindi dubbio che il potere officioso di revoca e modifica di cui il giudice istruttore è dotato con riferimento alle statuizioni sulla prole possa essere esercitato semplicemente *re melius perpensa*, ossia sulla base di una diversa valutazione dei fatti già conosciuti dal presidente, anche a

⁴⁴ Tale riflessione è stata formulata da TOMMASEO, *La disciplina*, cit., 415, con specifico riferimento ai procedimenti di divorzio, ma è senz'altro valida anche per i procedimenti di separazione.

prescindere da mutamenti nelle circostanze. Né tale potere potrebbe essere paralizzato da eventuali iniziative delle parti, quali l'instaurazione del reclamo: in pendenza di tale giudizio, al giudice istruttore, davanti al quale il procedimento di separazione o di divorzio continua, dovrebbe essere consentito di esercitare il potere officioso di revoca e modifica attribuitogli, così facendo eventualmente venire meno il provvedimento sul quale la Corte d'appello è chiamata a pronunciarsi e determinando la cessazione della materia del contendere avanti al giudice di seconda istanza.

Vi è chi⁴⁵ ha suggerito che in pendenza di reclamo il potere officioso di revoca o modifica potrebbe essere esercitato, anziché dal giudice istruttore, dalla Corte d'appello. Tale soluzione, benché abbia il pregio di evitare sovrapposizioni e possibili contrasti di giudizio, non convince per le ragioni che più volte sono state esposte nel corso del presente lavoro: non solo perché manca ogni previsione normativa che possa giustificarla, ma anche e soprattutto perché il giudice di seconda istanza non appare il più idoneo a garantire la tutela dei diritti delle parti e, a maggior ragione, della prole coinvolta nei procedimenti di separazione e di divorzio, in considerazione della sua struttura collegiale e della sua distanza, anche territoriale, dal giudice *a quo*, che pare invece essere il soggetto che più celermente e con cognizione di causa può intervenire a tutela dei diritti dei minori.

Del resto, alla conclusione che i provvedimenti temporanei ed urgenti aventi ad oggetto statuizioni sulla prole possano essere sempre modificati a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze,

⁴⁵ BIANCHI, *I provvedimenti*, cit., 213.

eventualmente in pendenza del giudizio di reclamo instaurato da uno dei coniugi, anche se l'intervento del giudice istruttore non sia officioso ma sollecitato da una delle parti, si deve pervenire in base alle considerazioni svolte in precedenza, laddove si è evidenziato che, ai sensi dell'art. 155 *ter* c.c., le disposizioni concernenti la prole contenute nella sentenza di separazione possono essere oggetto di revisione senza che sia necessario il sopravvenire di particolari presupposti. È evidente che una soluzione di tal tipo si impone in considerazione della specificità degli interessi in gioco nei procedimenti in esame: se il fine primario del legislatore è quello di tutelare i minori coinvolti da situazioni di crisi della famiglia, esso deve prevalere anche a costo di sacrificare il principio di economia processuale e di incorrere nel rischio di una sovrapposizione di giudizi.

Con riferimento ai provvedimenti presidenziali che contengano statuizioni concernenti i rapporti tra coniugi, la questione si pone in termini parzialmente diversi rispetto all'ipotesi in cui siano adottati provvedimenti con riferimento alla prole, per i quali vige senz'altro il principio dell'officiosità. Se, infatti, nel corso della fase presidenziale, potrebbe giustificarsi una pronuncia officiosa del presidente anche con riferimento alle statuizioni che concernono i rapporti tra coniugi, in considerazione della struttura dei procedimenti di separazione e divorzio nei quali il *thema decidendum* viene a delinearsi anche in un momento successivo rispetto all'udienza presidenziale, tale possibilità parrebbe da escludersi una volta che il giudizio sia transitato avanti all'istruttore, ossia dopo che la specialità del procedimento venga meno per essere esso destinato a svolgersi come un ordinario giudizio di cognizione, nel quale non può che tornare ad operare il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Vi è da dire, tuttavia, che, fatta salva l'ipotesi in cui i procedimenti di separazione e di divorzio si svolgano tra coniugi senza prole, le statuizioni concernenti i rapporti tra coniugi e quelle che regolano quelli con i figli sono difficilmente scindibili, disciplinando aspetti tra loro strettamente connessi, con la conseguenza che l'opzione interpretativa di ritenere il potere di revoca e modifica, laddove debba essere esercitato su statuizioni concernenti i soli rapporti tra coniugi, subordinato al sopravvenire di nuove circostanze, oltre a disattendere apertamente il tenore letterale dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., non farebbe altro che suscitare ulteriori problemi. L'adozione di una soluzione omogenea, che prescindendo dalla verifica del tipo di rapporto regolato dal provvedimento che le parti intendono sottoporre a controllo, anche al fine di evitare di creare nuove fonti di contenzioso, pare, dunque, senza dubbio da preferirsi.

A tali considerazioni potrebbe obiettarsi che i "giustificati motivi" cui l'art. 156 c.c. subordina la possibilità per i coniugi di ottenere la revoca e la modifica dei provvedimenti concernenti i rapporti patrimoniali tra gli stessi mediante il procedimento di revisione delle condizioni di separazione di cui all'art. 710 c.p.c. sono intesi dalla giurisprudenza quali "*fatti nuovi sopravvenuti, modificativi della situazione*" in relazione alla quale i provvedimenti erano stati assunti⁴⁶. Tuttavia può senz'altro ammettersi che i provvedimenti temporanei ed urgenti abbiano, per loro natura, un grado di stabilità inferiore rispetto a quello della sentenza dalla quale sono destinati ad essere assorbiti, rappresentando il risultato dei primi tentativi di fornire un assetto soddisfacente degli interessi della

⁴⁶ Si veda per tutte, Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, 1198.

famiglia in fase di disgregazione, soprattutto laddove vengano emanati nell'ambito dei procedimenti di separazione dei coniugi.

L'intervento modificativo del giudice istruttore potrebbe, infatti, trovare fondamento anche nella semplice opportunità di valutare nuovamente le medesime circostanze tenute in considerazione al momento dell'adozione del provvedimento, alla luce, magari, dei risultati ottenuti in sede attuativa. Del resto, quello della famiglia è un settore in cui l'attuazione dei provvedimenti riveste una enorme importanza, tale da poter suggerire eventuali modificazioni dell'assetto esistente, anche eventualmente sulla sola base di difficoltà verificatesi nell'esecuzione delle statuizioni, siano esse rese dal presidente, dall'istruttore o dalla Corte d'appello in sede di reclamo *ex art. 708 c.p.c.*

A parere di chi scrive, infatti, anche i provvedimenti resi dalla Corte d'appello in sede di reclamo possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore a prescindere da mutamenti delle circostanze, semplicemente *re melius perpensa*. Tutti i provvedimenti interinali pronunciati nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, siano essi resi dal presidente, dal giudice istruttore⁴⁷, ovvero dalla Corte d'appello, oltre a dover rivestire, come si ritiene preferibile, la stessa forma⁴⁸, hanno la medesima funzione di approntare una regolamentazione provvisoria dell'assetto della famiglia in fase di disgregazione ed il medesimo contenuto, con la conseguenza che debbono essere considerati equivalenti anche sotto il profilo del regime di stabilità.

⁴⁷ Il tema concernente il regime di stabilità di tali provvedimenti sarà affrontato nel Capitolo successivo del presente lavoro.

⁴⁸ Si rinvia, sull'argomento, al Capitolo II, § 11, del presente lavoro.

La necessità di adeguare i provvedimenti interinali alle esigenze della famiglia in crisi, anche alla luce dei risultati ottenuti in sede attuativa, si pone, infatti, anche con riferimento alle statuizioni assunte dalla Corte d'appello in sede di reclamo: la circostanza che sia un giudice di seconda istanza a dettare la regolamentazione dei rapporti familiari non offre, infatti, garanzie maggiori in termini di adeguatezza dei provvedimenti alle esigenze dei membri della famiglia in fase di disgregazione. Anzi, è stato più volte sottolineato che la Corte d'appello, sia per la sua struttura, sia per il fatto di non essere l'organo avanti al quale si svolge il giudizio di merito, è un giudice per sua natura lontano dalle parti, certamente meno incline a conoscere a fondo le dinamiche familiari, con la conseguenza che la soluzione di consentire all'istruttore di porre in discussione la decisione di un giudice superiore appare giustificata dalla necessità di perseguire il prevalente interesse dei coniugi e della prole.

Così delineato l'ambito di applicazione dei due strumenti di controllo previsti avverso i provvedimenti presidenziali, occorre svolgere qualche considerazione conclusiva.

Non ci si nasconde che, apparentemente, la potenziale sovrapposizione del potere incondizionato del potere di revoca e modifica del giudice istruttore e della proponibilità del reclamo avanti alla Corte d'appello, potrebbe sembrare inconciliabile.

In realtà, il rapporto tra i due strumenti di controllo non deve necessariamente essere coordinato in modo da evitare la sovrapposizione degli stessi, rappresentando essi due forme di tutela differenti che il legislatore ha inteso garantire ai coniugi. In particolare, con il reclamo alla Corte d'appello i coniugi potrebbero far valere errori manifesti contenuti nella statuizione provvisoria ed urgente, la cui valutazione appare

preferibile rimettere ad un giudice terzo e superiore, mentre sollecitando il potere di revoca e modifica le parti potrebbero ottenere anche un riesame del provvedimento non solo perché fondato su una errata valutazione dei fatti di causa, quanto (e soprattutto) perché inadeguato rispetto alle esigenze dei membri della famiglia in crisi, vuoi perché le circostanze di fatto siano mutate, vuoi perché, indipendentemente da eventuali sopravvenienze, si siano, ad esempio, presentate delle difficoltà in sede attuativa che rendano opportuno un adattamento del provvedimento. Rappresentando la proponibilità del reclamo alla Corte d'appello una garanzia aggiuntiva, non è escluso che i coniugi possano decidere, anche a fronte di un errore decisionale commesso nell'emanazione dei provvedimenti interinali, di accontentarsi della tutela offerta dal potere di revoca e modifica ad opera del giudice istruttore.

Così ricostruendo i rapporti tra i due strumenti di controllo, ossia riconoscendo che il reclamo alla Corte d'appello rappresenta una forma di tutela ulteriore rispetto a quella offerta dalla revoca e dalla modifica ad opera del giudice istruttore, alla quale si affianca, trova una spiegazione anche la previsione di un termine perentorio per la sua proposizione, che parrebbe essere in contrasto con il potere di libera modificabilità attribuito all'istruttore: laddove i coniugi ritengano che il provvedimento presidenziale sia viziato da un errore decisionale evidente e vogliano che sia un giudice superiore ad effettuare il controllo immediato su detto provvedimento, essi sono tenuti a proporre reclamo avanti alla Corte d'appello nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione, ovvero di sei mesi dalla pronuncia in udienza o dalla sua comunicazione. Viceversa, laddove si accontentino di sottoporre il provvedimento viziato al riesame del giudice istruttore, possono farlo liberamente, sia in pendenza

del termine per proporre reclamo, sia qualora detto termine sia inutilmente decorso.

È evidente che, laddove i due giudizi del reclamo e della revoca e della modifica dovessero venire a sovrapporsi cronologicamente, potrebbe darsi l'evenienza che la definizione dell'uno comporti la cessazione della materia del contendere dell'altro, venendo meno il provvedimento sottoposto a controllo.

Obiettivamente l'opzione interpretativa che si ritiene preferibile può originare un contenzioso endoprocessuale potenzialmente infinito, possibile fonte di un inasprimento dei rapporti tra i coniugi. Ciononostante, essa appare la più rispettosa del dato normativo e quella che, seppur nel rispetto del principio di economia processuale, dal momento che preclude l'anticipazione in sede di reclamo del processo che deve necessariamente svolgersi avanti al giudice istruttore, maggiormente risponde all'obiettivo di garantire una tutela quanto più possibile pronta ed effettiva non solo ai minori coinvolti nei procedimenti di separazione e di divorzio, ma a tutti i membri della famiglia, in quanto istituzione che deve essere tutelata anche nella fase della sua disgregazione.

Ciò detto, appare opportuno affrontare nel successivo capitolo del presente lavoro un'ulteriore questione che la scarsa disciplina contenuta nelle norme che regolano i procedimenti di separazione e di divorzio lascia agli interpreti, ossia quella di stabilire se i provvedimenti interinali con i quali il giudice istruttore revochi o modifichi le statuizioni presidenziali siano assoggettabili a qualche forma di controllo avanti ad un giudice diverso, ovvero se possano essere oggetto di revisione esclusivamente ad opera dell'istruttore stesso e, in tal caso, con quali limitazioni.

CAPITOLO IV

IL REGIME DI STABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI INTERINALI RESI DAL GIUDICE ISTRUTTORE

1. La questione della reclamabilità dei provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore.

Come è stato già più volte osservato nel corso del presente lavoro, il legislatore nel 2006, nell'introdurre lo strumento del reclamo avanti alla Corte d'appello avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente e nel non prevedere, viceversa, un analogo strumento di controllo avverso i provvedimenti interinali resi dal giudice istruttore nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio, ha lasciato agli interpreti una rilevante questione da risolvere, ossia quella di stabilire quale debba essere il regime di stabilità dei summenzionati provvedimenti.

Ci si domanda, infatti, se essi possano essere rivisitati esclusivamente sulla base dell'esercizio dello *ius poenitendi* del giudice istruttore, con riferimento al quale resta da verificare se esso sia o meno subordinato al verificarsi di un *quid novi*, ovvero se a tale potere attribuito all'istruttore si accompagni quello delle parti di sollecitare un controllo ad opera di un giudice terzo, diverso da quello che ha emanato il provvedimento.

Occorre tenere presente che l'esigenza di prevedere uno strumento che garantisca l'alterità del giudice deputato al controllo sui provvedimenti

interinali era stata avvertita dalla dottrina¹ non tanto con riferimento ai provvedimenti emanati dal presidente, destinati in breve tempo ad essere assoggettati al vaglio del giudice istruttore, ossia di un soggetto terzo, fatta salva l'ipotesi in cui il presidente nomini istruttore se stesso, quanto a quelli resi dal giudice istruttore, in quanto idonei a regolare i rapporti tra i coniugi e con la prole per un periodo di tempo potenzialmente molto lungo, ossia fino all'emanazione della sentenza conclusiva del giudizio.

Non a caso, le prime pronunce giurisprudenziali che, ancora prima dell'introduzione del reclamo avverso le ordinanze presidenziali, si erano occupate della questione della reclamabilità dei provvedimenti temporanei ed urgenti, lo avevano fatto con specifico riferimento a quelli emanati dal giudice istruttore, per i quali, anche nella prassi, l'esigenza di un controllo ad opera di un giudice terzo era maggiormente sentita.

Si rinvia, per la disamina degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati prima delle riforme del 2005 e 2006, al Capitolo primo del presente lavoro.

2. L'attuale quadro normativo.

Alla luce dell'attuale quadro normativo, l'unico strumento a mezzo del quale sarebbe possibile ottenere il riesame dei provvedimenti del giudice istruttore parrebbe essere quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c. Si è già evidenziato nel corso del presente lavoro che gli studiosi sono perlopiù, anche se non unanimemente, inclini a ritenere che la nuova formulazione della norma, anche in considerazione

¹ CEA, *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, V, 98.

dell'evoluzione che essa ha subito nel tempo, imponga di qualificare il potere di revoca e modifica attribuito all'istruttore come libero ed incondizionato, quantomeno quando abbia ad oggetto i provvedimenti presidenziali o dell'istruttore stesso. Laddove, invece, questo potere debba essere utilizzato per incidere su un provvedimento reso dalla Corte d'appello in sede di reclamo, la dottrina maggioritaria afferma, con una soluzione che chi scrive non ritiene di condividere, che esso possa essere esercitato solo in presenza di un *quid novi*, che giustifichi l'intervento del giudice istruttore.

Benché, dunque, l'ultimo comma dell'art. 709, ultimo comma, c.p.c., individui espressamente, quali provvedimenti sui quali il giudice istruttore può esercitare il potere di revoca o modifica, i soli "*provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 708*", è opinione dominante² quella secondo cui l'istruttore sarebbe dotato di tale potere di rivisitazione, da ritenersi libero e incondizionato alla luce del tenore letterale della norma che lo prevede, anche con riferimento ai propri provvedimenti, assolutamente equivalenti quanto alla natura, alla funzione ed al contenuto a quelli presidenziali.

Del resto, è proprio a causa di questa completa assimilabilità tra i provvedimenti temporanei ed urgenti del presidente e quelli dell'istruttore che la L. 8 febbraio 2006, n. 54, nel prevedere la reclamabilità avanti alla Corte d'appello dei primi, nulla disponendo, invece, con riferimento ai secondi, ha lasciato delusa la maggior parte degli studiosi.

Ci si domanda se l'omessa previsione di uno strumento di controllo avanti ad un giudice terzo sia il frutto di una svista del legislatore, ovvero

² Si veda, in tal senso, TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 4, 372.

se rappresenti una scelta consapevole dei *conditores*, dettata dal fatto che i provvedimenti interinali del giudice istruttore sarebbero sempre sottoponibili allo *ius poenitendi* di tale soggetto, che potrebbe revocare e modificare in ogni momento le proprie statuizioni sulla base di una mera valutazione di opportunità.

Sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise tra la tesi della inammissibilità *tout court* di uno strumento di controllo avanti ad un giudice terzo per i provvedimenti interinali del giudice istruttore e quella della necessaria assoggettabilità degli stessi a reclamo. Ma il contrasto tra gli interpreti sussiste anche con riferimento a quale debba essere lo strumento da utilizzare per sottoporre a riesame i provvedimenti *de quibus*: vi è chi ritiene analogicamente applicabile il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. e chi, invece, preferisce fare ricorso al reclamo cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

3. La tesi dell'inammissibilità del reclamo.

La tesi che esclude *in toto* la possibilità di assoggettare a reclamo i provvedimenti temporanei ed urgenti resi dal giudice istruttore gode di maggiore successo sul versante giurisprudenziale che su quello dottrinale, quest'ultimo indubbiamente meno preoccupato di limitare il carico di lavoro degli organi giudicanti e più sensibile alle esigenze di tutela dei soggetti deboli nelle situazioni di crisi della famiglia.

La prima argomentazione addotta a fondamento della tesi in esame viene individuata nel dato letterale dell'art. 708 c.p.c., che espressamente

prevede la reclamabilità avanti alla Corte d'appello dei soli provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente³.

L'assenza di una forma di controllo avanti ad un giudice terzo avverso i provvedimenti del giudice istruttore sarebbe, infatti, il frutto di una consapevole scelta legislativa, con la conseguenza che, in considerazione del principio generale di tassatività dei mezzi di impugnazione, il regime dettato con specifico riferimento all'ordinanza presidenziale, da considerarsi un *unicum* nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, non potrebbe essere esteso alle statuizioni interinali dell'istruttore⁴.

Dalla lettura *a contrario* dell'art. 708 c.p.c. dovrebbe, tra l'altro, pervenirsi alla seguente conclusione: il legislatore avrebbe eliminato ogni possibilità di assimilare i provvedimenti *de quibus* a quelli cautelari, con la conseguenza che i provvedimenti del giudice istruttore, oltre a non poter godere dello speciale strumento di controllo previsto in via esclusiva per i provvedimenti presidenziali, non potrebbero neppure essere assoggettati al reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

A ciò dovrebbe aggiungersi il rilievo⁵ che i provvedimenti interinali del presidente e quelli dell'istruttore vengono assunti in due fasi processuali molto diverse: i primi a seguito di una cognizione meramente superficiale e sommaria, basata esclusivamente sul ricorso introduttivo dell'attore e sulle informazioni acquisite all'udienza presidenziale; i secondi sulla base di una valutazione notevolmente più approfondita del

³ DE ANGELIS, *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, in *Giur. it.*, 2006, 3.

⁴ Questi principi sono espressi da Trib. Bari, 23 settembre 2008, in www.giurisprudenzabarese.it.

⁵ Tale rilievo è di G.F. RICCI, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Codice della famiglia*, I, a cura di Sesta, Milano, 2007, 2108.

materiale di causa, il che giustificherebbe la disparità di trattamento che viene a crearsi in tema di controlli tra i due provvedimenti.

Del resto, come è stato osservato in dottrina⁶, i coniugi sarebbero sufficientemente garantiti dal potere amplissimo ed illimitato di revoca e di modifica attribuito al giudice istruttore, sulla base di una ponderata valutazione del legislatore, non solo con riguardo ai provvedimenti del presidente, ma anche con riferimento alle statuizioni rese dal medesimo giudice istruttore.

Il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. sarebbe, infatti, un rimedio di carattere eccezionale previsto esclusivamente per l'ordinanza presidenziale in deroga al principio generale della non impugnabilità dei provvedimenti caratterizzati da provvisorietà e revocabilità, sancito per le ordinanze, in via generale, dall'art. 177 c.p.c.⁷.

Vi è poi chi suggerisce una soluzione intermedia, che esclude la reclamabilità dell'ordinanza dell'istruttore meramente confermativa dell'ordinanza presidenziale: diversamente opinando, è stato osservato, si darebbe vita ad un facile espediente per eludere il termine perentorio previsto per la proposizione del reclamo contro l'ordinanza presidenziale⁸. Diversamente, pare di capire, le ordinanze non confermativa, contenendo un *quid novi* rispetto alla statuizione del presidente, potrebbero essere assoggettate a reclamo.

Come si è anticipato, la tesi della inammissibilità del reclamo gode di grande successo tra i giudici di merito, divisi tra coloro che escludono

⁶ Le osservazioni che seguono sono di ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 284.

⁷ Anche tale osservazione è di ARCERI, *Sulla reclamabilità*, cit., 291, e trova conferma in Trib. Lucera, 31 gennaio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 3, 685.

⁸ La tesi esposta è di GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, 1873.

tout court la ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti del giudice istruttore⁹, e tra le Corti d'appello¹⁰ ed i Tribunali¹¹ che si limitano a dichiarare inammissibile il reclamo avanti a sé proposto.

Le principali argomentazioni addotte dalla giurisprudenza per escludere la reclamabilità dei provvedimenti dell'istruttore sono il tenore letterale dell'art. 708 c.p.c., il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione¹², il timore che il concorso tra un ipotetico giudizio di reclamo e la richiesta di revoca e modifica generi un contenzioso infinito tra le parti¹³, nonché il regime di libera revocabilità e modificabilità previsto per le ordinanze dell'istruttore¹⁴.

È, in ogni caso, evidente che la ragione principale che induce i giudici di merito ad escludere la reclamabilità dei provvedimenti resi dall'istruttore deve essere rinvenuta nella preoccupazione di essere sovraccaricati della ingente mole di lavoro che potrebbe derivare dalla previsione del reclamo avverso i provvedimenti in questione. Si è, infatti, già avuto modo di evidenziare in altre occasioni la tendenza delle Corti d'appello a porre in essere un atteggiamento difensivo, atto a trovare espedienti diversi per limitare il numero di ricorsi alle stesse proposti ai

⁹ Tale esclusione è sancita da Trib. Brindisi, 20 maggio 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Trib. Foggia, 4 marzo 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3334; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 3, 1228; Trib. Brindisi, 4 ottobre 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2007; Trib. Venezia, 17 ottobre 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2008.

¹⁰ App. Napoli, 2 febbraio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 3, 683, dichiara inammissibile il reclamo sulla base della considerazione che la previsione del reclamo avverso le ordinanze presidenziali costituisce una norma singolare; App. Roma, 18 giugno 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1, 173; App. Trento, 21 settembre 2006, in *www.affidamentocondiviso.it*; App. Cagliari, 18 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3242; App. Roma, 10 luglio 2006, *ibidem*; App. Milano, 6 luglio 2006, *ibidem*.

¹¹ Trib. Roma, 8 febbraio 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 4, 1795.

¹² Così Trib. Bari, 23 settembre 2008, cit.; Trib. Lucera, 31 gennaio 2007, cit.

¹³ Questo timore è palesato da App. Napoli, 5 marzo 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007.

¹⁴ Trib. Lucera, 31 gennaio 2007, cit.

sensi dell'art. 708 c.p.c., ossia per limitare l'esperibilità di uno strumento di tutela che la legge espressamente attribuisce alle parti.

Non deve dunque stupire, nonostante possa essere criticabile, l'atteggiamento di chiusura dei giudici di merito nei confronti di uno strumento di tutela non espressamente previsto dalla legge, dalla cui ammissibilità deriverebbe senz'altro un significativo aumento di lavoro per gli organi giudicanti.

4. La tesi dell'ammissibilità del reclamo.

La dottrina maggioritaria, confortata da un numero esiguo di pronunce giurisprudenziali, è incline a ritenere che non sussista nessuna ragione tale da giustificare una disparità di trattamento, quanto al tema dei controlli, tra i provvedimenti temporanei ed urgenti emanati dal presidente e quelli resi dall'istruttore nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio, avendo essi la medesima natura, il medesimo oggetto e la medesima funzione¹⁵, con la conseguenza che la mancata previsione del rimedio del reclamo avverso i provvedimenti istruttori apparirebbe essere il frutto di una dimenticanza da parte del legislatore¹⁶.

¹⁵ TOMMASEO, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone (in particolare, nella disciplina della separazione di cui alla legge n. 54 del 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 1, 97, rileva, infatti, che la funzione dei provvedimenti interinali, siano essi resi dal presidente o dal giudice istruttore, è quella di regolare i rapporti familiari e patrimoniali tra i coniugi in crisi durante il tempo del processo ed eventualmente, in caso di estinzione dello stesso, anche dopo, in quanto dotati del requisito dell'ultrattività.

¹⁶ Ritengono che il legislatore si sia semplicemente dimenticato di prevedere il reclamo avverso i provvedimenti dell'istruttore CIPRIANI, *Translatio iudicii e poteri del giudice ad quem (a proposito del reclamo avverso i provvedimenti del g.i. nell'interesse dei coniugi e della prole)*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 1215; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063.

La discussione in ordine alla esperibilità o meno del reclamo avverso i provvedimenti dell'istruttore sarebbe, quindi, una inutile disputa accademica, non potendosi più dubitare della ammissibilità di un controllo sui provvedimenti *de quibus* ad opera di un giudice terzo ed imparziale, negando la quale verrebbe a determinarsi una ingiustificata ed irrazionale disparità di trattamento tra provvedimenti analoghi, in contrasto con gli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, primo comma, della nostra Carta costituzionale¹⁷.

Il regime di libera revocabilità e modificabilità delle ordinanze dell'istruttore non sarebbe, infatti, idoneo a fornire ai coniugi un livello di garanzie e di tutela sufficienti, essendo il riesame ad opera dello stesso giudice che ha emanato il provvedimento, per sua natura incline a confermare le proprie determinazioni, cosa ben diversa rispetto al controllo posto in essere ad opera di un organo giudicante terzo o, addirittura, un "finto controllo"¹⁸, in quanto carente dell'alterità tra soggetto controllato e soggetto controllante. Tale principio risulta espresso in modo inequivocabile in una nota pronuncia con la quale la Consulta¹⁹ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. nella parte in cui non ammetteva il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza con la quale fosse stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare. In tale occasione la Corte precisava che i rimedi del reclamo e

¹⁷ Evidenziano la potenziale incostituzionalità del diverso regime riservato ai provvedimenti del presidente ed a quelli dell'istruttore CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 241; DORONZO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in Cipriani-Monteleone, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 576; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, V ed., Milano, 2009, 300; SALETTI – VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II ed., I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 731.

¹⁸ Tale espressione è di CEA, *L'affidamento*, cit., 99.

¹⁹ C. Cost., 23 giugno 1994, n. 254, in *Giust. civ.*, 1995, I, 659.

della riproposizione dell'istanza al medesimo giudice che avesse respinto la domanda cautelare ai sensi dell'art. 669 *septies* c.p.c. non potevano essere considerati equivalenti in termini di tutela delle parti, rappresentando l'alterità del giudice un fattore di maggiore garanzia.

Tra l'altro, escludendo la reclamabilità delle ordinanze dell'istruttore, si creerebbe un *deficit* di garanzie proprio in un settore in cui le parti sono già meno tutelate: mentre, infatti, per i provvedimenti presidenziali, l'attuale quadro normativo prevede, accanto al reclamo alla Corte d'appello, la possibilità di revoca e modifica da parte di un soggetto diverso da quello da cui promanano, i provvedimenti del giudice istruttore resterebbero assoggettati esclusivamente allo *ius poenitendi* del medesimo soggetto che li emana per tutta la durata del procedimento²⁰.

Non a caso è stato osservato²¹ che, anche in ambito cautelare, a seguito della menzionata pronuncia della Corte costituzionale, si è pervenuti alla conclusione della reclamabilità dei provvedimenti resi ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c.: quelli di revoca e che riducano il contenuto del provvedimento emesso, in quanto equiparabili ai provvedimenti negativi; quelli che amplino il contenuto della cautela, in quanto assimilabili al provvedimento positivo, già in precedenza reclamabile.

I principi espressi dalla Consulta, successivamente recepiti e codificati dal legislatore, farebbero assurgere al reclamo il ruolo di rimedio generale avverso tutti quei provvedimenti idonei ad incidere, quali quelli del giudice istruttore, sui diritti delle parti²².

²⁰ Si ritrova questo ragionamento in CEA, *L'affidamento*, cit., 99.

²¹ SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1291, nota 9).

²² Qualifica il reclamo come rimedio generale SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo-Luiso-Menchini-Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Assago, 2006, 149.

La circostanza, poi, che le ordinanze presidenziali e quelle dell'istruttore siano rese in due fasi processuali molto diverse tra loro, non sarebbe di per sé sufficiente ad imporre un diverso regime impugnatorio per i provvedimenti in questione ma avvalorerebbe, anzi, la teoria della reclamabilità delle statuizioni dell'istruttore, destinate a regolare i rapporti tra i coniugi e con la prole per un lasso di tempo ben più lungo, potendo la fase istruttoria dei giudizi di separazione e di divorzio durare anche alcuni anni.

Infatti, come è stato osservato²³, non necessariamente i provvedimenti dell'istruttore di revoca e modifica vengono adottati in una fase processuale molto più avanzata rispetto a quella dell'udienza presidenziale, potendo essere resi in *limine litis*, ossia non appena il procedimento inizi a seguire le regole della cognizione ordinaria, senza che il giudice abbia avuto il tempo di svolgere attività istruttoria della quale possa tenere conto, attività che, peraltro, si ritiene possa essere svolta anche dal presidente al fine dell'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti²⁴.

Le argomentazioni addotte dagli studiosi al fine di fondare la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore appaiono tutte molto convincenti, al punto che difficilmente si può oggi dubitare che essi siano sottoponibili al controllo avanti ad un giudice terzo.

Del resto anche la Consulta²⁵, con una recente pronuncia, pur dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità

²³ D'ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti-Rossi Carleo, Milano, 2006, 288.

²⁴ Di tale avviso è DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 224.

²⁵ C. Cost., 11 novembre 2010, n. 322, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2710, ha deciso su due ordinanze di rimessione in pari data del Tribunale di Cagliari.

costituzionale sollevata dal Tribunale di Cagliari con riferimento all'art. 709, quarto comma, c.p.c., nella parte in cui non consente di sottoporre a reclamo avanti al tribunale in composizione collegiale le ordinanze del giudice istruttore che revochino o modifichino i provvedimenti presidenziali, ha rilevato la necessità per i giudici di merito di “*pervenire ad una doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della norma che consenta di colmare la dedotta carenza di tutela*” con riferimento ai provvedimenti del giudice istruttore, così implicitamente confermando che oggi non può più dubitarsi della reclamabilità di tali provvedimenti.

Non pare possa essere, infine, giustificabile una disparità di trattamento tra ordinanze che revochino o modifichino i provvedimenti presidenziali ed ordinanze che rigettino l'istanza di revoca e modifica presentata al giudice istruttore: in virtù dell'applicazione della giurisprudenza dominante formatasi con riferimento alla reclamabilità dei provvedimenti resi ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c. sopra menzionata, deve ritenersi reclamabile ogni provvedimento che incida nella sfera giuridica del soggetto interessato²⁶.

Resta, tuttavia, da stabilire se lo strumento di revisione debba essere individuato nel reclamo alla Corte d'appello disciplinato dall'art. 708 c.p.c., ovvero se sia preferibile ritenere applicabile il reclamo cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. Sul punto, sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise. Si darà conto nei paragrafi che seguono degli argomenti addotti a sostegno di ciascuna delle due tesi.

²⁶ Tale considerazione è di VULLO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, 2011, 176.

5. La tesi della reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Tutti coloro che, anche prima delle riforme del 2005 e 2006, avevano ritenuto che avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal giudice istruttore potesse proporsi reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. hanno continuato ad aderire a questa tesi, anche dopo che il legislatore ha previsto esclusivamente per i provvedimenti presidenziali il reclamo alla Corte d'appello.

Il presupposto dal quale questa teoria trae origine è che i provvedimenti temporanei ed urgenti, siano essi resi dal presidente o dal giudice istruttore, hanno natura cautelare²⁷, quantomeno con riferimento alla funzione da essi svolta, con la conseguenza che essi possono essere assoggettati alle norme dettate per il procedimento cautelare uniforme, prima tra tutte l'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Com'è noto, infatti, due sono gli aspetti che storicamente debbono essere verificati al fine di stabilire se un provvedimento abbia o meno natura cautelare: quello della funzione, in quanto deve trattarsi di una statuizione finalizzata a tutelare il diritto azionato nel lasso di tempo necessario perché intervenga la pronuncia di merito, e quello della struttura, dal momento che caratteristica tipica dei provvedimenti cautelari

²⁷ Sono sostenitori della natura cautelare dei provvedimenti temporanei ed urgenti ANNUNZIATA, *Il problema del controllo dei provvedimenti del giudice istruttore*, in *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005, 94; CECHELLA, *Reclamo*, cit., 241; D'ALESSIO, *Sul regime di impugnabilità delle ordinanze adottate dal giudice istruttore a modifica dei provvedimenti presidenziali nel corso dei giudizi di separazione o di divorzio*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino 2008, 286; DORONZO, *Commento*, cit., 591; GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II (Aiuti familiari e reclamabilità delle ordinanze date nel giudizio di separazione)*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 3, 1202; ID., *Mandare da Erode a Pilato: ancora sulla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore date nel giudizio di separazione*,

è sempre stata, fino all'introduzione della regola della strumentalità attenuata dapprima in ambito societario e poi generalizzata ad opera della L. 14 maggio 2005, n. 80, quella di essere strumentalmente collegati al giudizio di merito.

Proprio nel venir meno della regola della necessaria strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al procedimento di merito, così come previsto dai citati interventi normativi, quella parte della dottrina che già si era espressa nel senso di attribuire natura cautelare ai provvedimenti del giudice istruttore ha trovato una ulteriore conferma: pareva, infatti, essere venuta meno la principale argomentazione sulla base della quale altra parte della dottrina aveva escluso l'applicabilità del rito cautelare uniforme ai provvedimenti *de quibus*.

Se alcuni dubbi poteva far sorgere la mancanza nei provvedimenti temporanei ed urgenti del requisito strutturale, potendo essi sopravvivere anche all'estinzione del giudizio di merito, nessuna incertezza tale parte della dottrina aveva mai ravvisato con riguardo alla funzione cautelare di tali provvedimenti, essendo essi preordinati ad assicurare una tutela provvisoria ed immediata per evitare che nel tempo occorrente per la definizione del giudizio i diritti vantati dalle parti potessero essere pregiudicati in maniera significativa o restassero privi di una regolamentazione tempestiva²⁸.

Si ricorda per completezza, tuttavia, che l'affermata natura cautelare dei provvedimenti in questione non è per tutti gli studiosi ragione sufficiente per ritenere ad essi applicabile la normativa dettata in materia

ivi, 2007, 1, 216; PROTO PISANI, *In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali*, in *Foro it.*, 2010, I, 2199; TOMMASEO, *Riflessioni*, cit., 97 e ss.

²⁸ Così ANNUNZIATA, *Il problema*, cit., 97.

cautelare: vi è chi ritiene che la specialità dei procedimenti di separazione e di divorzio sia tale da impedire che sia superato il vaglio di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.²⁹.

La previsione del reclamo avanti alla Corte d'appello per i provvedimenti presidenziali, anch'essi dotati di natura cautelare, rappresenterebbe, quindi, una regola eccezionale³⁰, dettata esclusivamente da ragioni di opportunità e da esigenze di imparzialità non sussistenti per i provvedimenti del giudice istruttore, fatta salva l'ipotesi in cui il presidente nomini se stesso istruttore³¹. L'attribuzione della competenza alla Corte d'appello quale giudice del reclamo troverebbe la propria giustificazione nella peculiarità dell'organo che adotta il provvedimento da sottoporre a controllo: l'innegabile posizione di supremazia del presidente rispetto agli altri giudici del tribunale non consentirebbe, infatti, a questi ultimi di giudicare con imparzialità.

L'applicabilità del reclamo cautelare indurrebbe, infine, conseguenze che, a detta di parte della dottrina³², sarebbero da preferirsi: si eviterebbe che la decisione sia presa dalla Corte d'appello ed il regime del termine per la proposizione del rimedio sarebbe quello di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., il che farebbe venire meno la necessità della notificazione del provvedimento ad istanza di parte.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, la tesi della reclamabilità dei provvedimenti interinali del giudice istruttore ai sensi dell'art. 669

²⁹ Di tale avviso è SALVANESCHI, *Alcuni profili*, cit., 1289.

³⁰ Tale espressione è usata da TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano 2010, 418, con specifico riferimento ai procedimenti di divorzio.

³¹ Tale considerazione è di VULLO, *Commento*, cit., 176.

³² BIANCHI, *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 217.

terdecies c.p.c. ha trovato conferma esclusivamente in un numero esiguo di pronunce³³, la maggior parte delle quali rese dalle Corti d'appello al fine di escludere la propria competenza sul reclamo.

6. La giurisprudenza del Tribunale di Genova.

Come si è più volte avuto modo di evidenziare nel corso del presente lavoro, la giurisprudenza del Tribunale di Genova ha svolto un ruolo fondamentale nel dibattito in ordine alla ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore, avendo i giudici genovesi sostenuto, ancor prima dell'introduzione del reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, la tesi della loro reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., con un orientamento in contrasto con quello di tutti gli altri giudici di merito.

Muovendo dal presupposto che i provvedimenti del giudice istruttore *“non sono emessi nella funzione ordinatoria propria dei provvedimenti istruttori quali le ordinanze ex art. 177 e 178 c.p.c. (...), ma con la funzione di assicurare la dovuta tutela ai soggetti della famiglia in crisi nel sempre possibile verificarsi di eventi che rendano inadeguati i provvedimenti assunti preventivamente”*, i giudici genovesi pervengono alla conclusione che la risposta di tutela, nella materia *de qua*, sia tale solo quando possa essere pronta ed adeguata e, di conseguenza, effettiva.

³³ Ammettono la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., App. Genova, 10 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, 2, I, 590; App. Bari, 29 agosto 2007, in *Foro it.*, 2008, 11, 3334. Tra i giudici di prima istanza, esamina nel merito un ricorso per reclamo presentato ex art. 669 *terdecies* c.p.c., Trib. Genova, 6 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 946.

È interessante ricordare in questa sede quali siano le argomentazioni principali che hanno indotto i magistrati liguri, guidati dal pensiero del Presidente della Sezione famiglia ed estensore di numerosi provvedimenti sul tema, dott. Paolo Martinelli, ad assumere questo atteggiamento di apertura nei confronti del reclamo³⁴.

Per la prima volta, infatti, la questione della reclamabilità è stata affrontata in un'ottica non più soltanto nazionale, bensì di più ampio respiro, ossia alla luce dei principi sovranazionali e convenzionali.

Impongono, secondo il Tribunale di Genova, di non aderire alla configurazione del giudice istruttore quale *dominus* incontrastato della sorte dei minori per tutta la durata della causa i principi contenuti nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, alla quale la L. 27 maggio 1991, n. 176 ha dato piena esecuzione in Italia, nonché il regolamento comunitario 2201/2003 in tema di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che richiama a sua volta l'art. 24, rubricato "*I diritti del bambino*"³⁵, della Carta europea dei diritti fondamentali del cittadino, firmata a Nizza nel 2000.

Secondo i giudici genovesi, peraltro, dovrebbero essere assoggettati a controllo avanti ad un giudice terzo non solo i provvedimenti concernenti i minori, i cui diritti devono sempre considerarsi preminenti nella ponderazione degli interessi effettuata dal giudice, bensì tutti i

³⁴ Tali motivazioni sono dettagliatamente esplicate in Trib. Genova, 6 febbraio 2007, cit.

³⁵ Questo articolo recita: "1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse".

provvedimenti che intervengono sugli assetti della famiglia in crisi, in quanto formazione sociale qualificata, cui il legislatore ha riservato un trattamento speciale.

A ciò si aggiunga, continuando con il ragionamento dei magistrati liguri, che è oggigiorno indubbia la precettività e la coerenza per i giudici italiani delle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, delle quali essi non possono non tener conto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto nazionale.

Dal momento che l'intervento del giudice istruttore comporta sempre un'ingerenza nella vita familiare, la prima norma che viene in considerazione è l'art. 8 CEDU, rubricato "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*", ai sensi del quale "*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione di reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui*".

E l'intervento del giudice istruttore nella vita della famiglia in crisi rientra proprio, secondo i giudici genovesi, tra le ingerenze e le misure previste dalla legge in una società democratica per proteggere i diritti e le libertà degli stessi membri della famiglia in disgregazione.

Alla menzionata disposizione si affianca quella contenuta nell'art. 13 CEDU, rubricato "*Diritto ad un ricorso effettivo*", ove è sancito che "*ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente*

Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

Da tali principi deriva, secondo il Tribunale genovese, che il titolare di un diritto fondamentale, che veda compressa la propria posizione da un provvedimento esecutivo di un organo giudiziario nazionale, ha diritto a rivolgere un ricorso ad altro giudice diverso dal primo per la tutela dell'effettività del suo diritto e che il giudice nazionale ha il dovere di interpretare le norme dell'ordinamento nazionale in modo da assicurare una simile tutela.

Quanto all'individuazione dell'organo giudicante cui rimettere la decisione sul reclamo, i magistrati liguri ritengono che essa debba spettare al tribunale in composizione collegiale, così come previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., norma che sarebbe applicabile ai provvedimenti del giudice istruttore in virtù di una interpretazione non analogica, bensì estensiva, dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., avendo tali provvedimenti natura anche cautelare.

Così si conclude la parte motiva della pronuncia del Tribunale di Genova che si sta esaminando: *“in virtù delle ragioni sopra richiamate e dei doveri di adeguamento dell'ordinamento interno al principio di effettività delle garanzie dei diritti inviolabili della persona, in quanto singolo e quanto parte di una formazione sociale quale è anche la famiglia in corso di disgregazione, deve ritenersi applicabile al caso di specie la garanzia del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c.”.*

Vi è da dire che, se tanto appare condivisibile il percorso argomentativo che conduce i giudici genovesi a ritenere necessaria la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore avanti ad un giudice

terzo, incidendo essi sugli assetti della famiglia in disgregazione ed essendo l'alterità del giudice garanzia di effettività della tutela delle parti, non altrettanto può dirsi per la parte della motivazione che individua quale organo competente a decidere sul reclamo, così come prevede l'art. 669 *terdecies* c.p.c., il tribunale in composizione collegiale, limitandosi a sostenere la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus*, senza neppure prendere in considerazione l'ipotesi che il legislatore abbia voluto introdurre con il reclamo alla Corte d'appello un modello procedimentale *ad hoc* per i controlli nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio.

7. La tesi della reclamabilità avanti alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 708 c.p.c.

Molti studiosi³⁶, benché muovano dal presupposto, condiviso quasi unanimemente dalla dottrina, della necessaria ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore, individuano nello strumento di cui all'art. 708 c.p.c. il modello procedimentale cui fare riferimento.

Trattasi, perlopiù, di quella parte degli autori da sempre contrari a riconoscere natura cautelare ai provvedimenti *de quibus*, ovvero di coloro che, benché attribuiscono natura latamente cautelare ai provvedimenti temporanei ed urgenti, ritengono che essi non possano essere assoggettati alle previsioni del rito cautelare uniforme, in quanto incompatibili con

³⁶ Riconoscono la reclamabilità avanti alla Corte d'appello dei provvedimenti del giudice istruttore, DANOVI, *Reclamo*, cit., 225; D'ALESSANDRO, *Profili*, cit., 289; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 300; LUPOI, *Aspetti processuali*, cit., 1089; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XX ed., Torino, 2009, 101; SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 731; SALVANESCHI, *Alcuni profili*, cit., 1289.

quelle dettate per i procedimenti di separazione e di divorzio, giudizi caratterizzati da un elevato livello di specialità e di tipicità, in considerazione della peculiarità degli interessi in gioco, ossia quelli dei membri della famiglia in fase di disgregazione³⁷.

Al di là del fatto che il vaglio di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. non sortirebbe esito positivo con riferimento ai procedimenti in esame³⁸, la soluzione di ritenere applicabile in via analogica³⁹ lo strumento di controllo previsto dall'art. 708 c.p.c. sarebbe imposta dal ruolo che il legislatore ha inteso attribuire al reclamo alla Corte d'appello, ossia quello di nuovo rimedio tipizzato, e non di figura eccezionale il cui ambito di applicazione sarebbe limitato ai provvedimenti presidenziali, per approntare le necessarie garanzie di tutela nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio. Del resto, non può dubitarsi che fosse tra le intenzioni dei *conditores* quella di evitare il rinvio al reclamo cautelare, dal quale hanno manifestamente preso le distanze con riferimento ai provvedimenti presidenziali.

Com'è stato osservato da uno studioso⁴⁰, il legislatore delle riforme del 2005 e 2006, benché abbia mantenuto la bipartizione della disciplina dei procedimenti di separazione e di divorzio quanto alle fonti, ha inteso

GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1874, esclude la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore meramente confermativi di quelli presidenziali.

³⁷ Esclude l'assoggettabilità dei provvedimenti temporanei ed urgenti al rito cautelare uniforme, benché ne riconosca la natura cautelare, SALVANESCHI, *Alcuni profili*, cit., 1289. Afferma la natura speciale ed autosufficiente della disciplina dei procedimenti di separazione e di divorzio MANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 101.

³⁸ Secondo SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia-Saletti, III ed., Padova, 2008, 655, la tesi dell'esclusione della natura cautelare dei provvedimenti temporanei ed urgenti, con conseguente inapplicabilità agli stessi del rito cautelare uniforme, sarebbe avvalorata dal fatto che "il reclamo oggi previsto dall'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. sembra apparentato più che all'analogo istituto cautelare, a quello camerale, di cui all'art. 739 c.p.c."

³⁹ Il riferimento all'applicazione analogica è di SALETTI-VANZ, *Procedimento*, cit., 731.

⁴⁰ DANOVI, *Reclamo*, cit., 225.

creare un modello processuale unitario, atto a disciplinare le differenti ipotesi di crisi della famiglia, con la conseguenza che il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. avrebbe il ruolo di rimedio tipico nell'ambito dei giudizi in esame.

Tale soluzione interpretativa consentirebbe altresì di evitare la frammentazione della disciplina dei controlli avverso provvedimenti che, si è più volte sottolineato, sono analoghi sia sotto il profilo della natura, sia sotto quello del contenuto che sotto quello delle finalità perseguite. Sono, infatti, già state ampiamente esaminate le differenze tra il rimedio di cui all'art. 708 c.p.c. e quello disciplinato all'art. 669 *terdecies* c.p.c., prima tra tutte quella, di enorme rilevanza pratica, concernente il termine per la proposizione del reclamo, sotto il duplice aspetto della lunghezza dello stesso e del *dies a quo* con riferimento al quale computarne la decorrenza.

Ma non solo. La discrepanza tra i due rimedi è evidente anche con riguardo ad altri istituti: basti pensare alla disciplina dei rapporti tra reclamo e revoca e modifica, che si è visto essere profondamente diversa nei due settori, nonché al potere di sospensiva attribuito al giudice del reclamo in sede cautelare, ma negato nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Assoggettando i provvedimenti temporanei ed urgenti a due differenti strumenti di controllo, in ragione della loro diversa provenienza, si creerebbe un sistema assolutamente irrazionale, in contrasto con le esigenze di semplificazione e di simmetria che sono fortemente avvertite dagli operatori del diritto.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, esistono sporadici provvedimenti di Tribunali⁴¹ che, nel dichiararsi incompetenti a conoscere del reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore di cui siano stati investiti, individuano nella Corte d'appello l'organo competente per il riesame.

8. L'applicabilità dell'istituto della *translatio iudicii* a fronte della pronuncia di incompetenza del giudice adito con il reclamo.

Dalla disamina delle pronunce giurisprudenziali edite sul tema dei controlli avverso i provvedimenti del giudice istruttore nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio risulta essersi innescato un meccanismo che è stato definito in dottrina di “scaricabarile” tra Tribunali e Corti d'appello nell'ambito dello stesso distretto⁴², entrambi impegnati ad evitare di dover esaminare nel merito i ricorsi per reclamo di cui vengano investiti.

In particolare, alcune Corti d'appello, nel dichiarare la propria incompetenza, hanno assegnato alle parti un termine per la riassunzione del giudizio di reclamo, da proporsi ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., avanti al tribunale, applicando quanto previsto dall'art. 50 c.p.c., che disciplina l'istituto della *translatio iudicii*.

⁴¹ Nel senso dell'ammissibilità del reclamo avanti alla Corte di Appello si sono espressi Trib. Roma, 7 luglio 2006, in *Dir. fam.*, 2007, 1, 210, nonché Trib. Messina, 16 novembre 2006, in www.affidamentocondiviso.it.

⁴² Il riferimento è ad App. Bari, 29 agosto 2007, e a Trib. Foggia, 4 marzo 2008, nonché ad App. Firenze, 7 luglio 2006 e a Trib. Pistoia, 9 settembre 2006, tutte in *Il Giusto processo civile*, 2008, 1213: in entrambi i casi, dopo che la Corte d'appello aveva dichiarato la propria incompetenza a decidere sul

Vi è stato chi ha indagato sulla correttezza di tale soluzione, domandandosi a tale fine se l'istituto in questione possa o meno trovare applicazione nel reclamo cautelare⁴³.

Com'è noto, in virtù di quanto previsto dall'art. 50 c.p.c., laddove il processo venga tempestivamente riassunto avanti al giudice dichiarato competente da quello che si sia dichiarato incompetente, esso, invece di ricominciare *ex novo*, continua, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda. Poiché la lettera della citata norma non distingue tra giudizio di primo grado e giudizi d'impugnazione, in dottrina è stato sostenuto, benché non unanimemente, che il principio della *translatio iudicii* sia applicabile anche in caso di impugnazione proposta a giudice incompetente, purché l'incompetenza non dipenda dalla proposizione di una impugnazione inammissibile o diversa da quella prevista dalla legge e purché non sia stato adito un giudice del tutto incompetente a decidere sulla impugnazione.

Esigenze di economia dei giudizi hanno indotto la giurisprudenza a ritenere applicabile l'istituto in questione anche nell'ambito dei procedimenti speciali, quale l'opposizione a decreto ingiuntivo.

È poi noto che, a seguito delle fondamentali pronunce della Cassazione S.U., 22 febbraio 2007, n. 4109 e della Corte costituzionale, 12 marzo 2007, n. 77, che hanno introdotto nel nostro ordinamento la c.d. "*perpetuatio jurisdictionis*", e dell'intervento legislativo avvenuto con L. 18 giugno 2009, n. 69, che ha individuato le modalità della *translatio* a

reclamo e aveva indicato il tribunale quale giudice competente, i giudici di prima istanza *ad quos* hanno dichiarato inammissibile il reclamo.

⁴³ Per tutti i riferimenti che seguono si rinvia a LOSAPPPIO, *Impugnazione dei provvedimenti del giudice istruttore nell'interesse dei coniugi e della prole e translatio iudicii*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 245.

seguito della pronuncia di difetto di giurisdizione, l'istituto in esame è applicabile anche tra giudici appartenenti a giurisdizioni diverse, seppur con i dubbi che la nuova disciplina lascia agli interpreti.

A maggior ragione, è stato osservato⁴⁴, deve ammettersi l'applicazione dell'istituto in esame tra giudici entrambi forniti di competenza a conoscere del reclamo: la Corte d'appello avverso i provvedimenti presidenziali; il tribunale in composizione collegiale, avverso quelli del giudice istruttore.

Tutte queste ragioni hanno indotto parte della dottrina a ritenere l'istituto della *translatio* applicabile anche in ambito cautelare.

Tale conclusione, peraltro, non è unanimemente condivisa. Vi è chi esclude che tale meccanismo possa trovare applicazione con riferimento al reclamo cautelare: l'assoluta provvisorietà ed instabilità del diniego della misura cautelare per motivi di competenza impedirebbe di ritenere che l'organo adito *ex art. 669 terdecies* c.p.c. possa indicare in modo vincolante il giudice competente a conoscere della lite cautelare. A ciò si aggiunga che la *translatio* è legata all'esperibilità del regolamento di competenza, che si ritiene non essere proponibile in ambito cautelare.

Ad ogni modo, e senza potersi soffermare più a lungo sul tema della *translatio iudicii*, che esula dall'oggetto del presente lavoro, ad oggi la tendenza delle Corti d'appello investite dei giudizi di reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore è quella di indicare, nel provvedimento con il quale declinano la propria competenza, quale sia il giudice competente. Tale indicazione, peraltro, non pare essere tenuta in considerazione dai giudici *ad quos* che, a loro volta, declinano la propria

⁴⁴ NARDELLI, *Delle separazioni, del reclamo e dei film in bianco e nero, ovvero quando la prevedibilità della decisione dipende dalla residenza*, in *Giur. merito*, 2008, 3, 689.

competenza, dichiarando i provvedimenti del giudice istruttore non impugnabili, incontrando le critiche di alcuni studiosi⁴⁵.

Il risultato di questo atteggiamento dei giudici di merito è il secco rifiuto di tutela per le parti, ancor più inaccettabile se si considera che esso interviene in un momento, quello della disgregazione della famiglia, nel quale le esigenze di una tutela pronta ed effettiva sono maggiormente avvertite.

9. Conclusioni.

Con riguardo al tema della reclamabilità dei provvedimenti temporanei e urgenti resi dal giudice istruttore, risulta evidente che lo stato attuale della giurisprudenza, caratterizzato da un atteggiamento di forte chiusura nei confronti della ammissibilità di tale strumento di controllo, si pone in netto contrasto con il pensiero della dottrina, quasi tutta orientata nell'ammettere il riesame di detti provvedimenti ad opera di un giudice terzo.

Si è già avuto modo di sottolineare che l'atteggiamento restrittivo dei giudici di merito è senz'altro dettato dal timore che dalla ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti dell'istruttore possa originarsi un contenzioso endoprocessuale potenzialmente pericoloso per il funzionamento degli organi giudicanti, che vedrebbero notevolmente aumentare il proprio carico di lavoro.

⁴⁵ CIPRIANI, *Translatio iudicii*, cit., 1217, critica tale tendenza dei giudici istruttori, rilevando che questi ultimi non potrebbero considerare la pronuncia delle Corti d'appello *tamquam non esset*, ma, se del caso, chiedere il regolamento di competenza.

Se questa ragione può essere comprensibile, essa non pare sufficiente per negare il reclamo avverso i provvedimenti del giudice istruttore. Deve, infatti, ritenersi che la mancata previsione del reclamo avverso tali provvedimenti dia luogo ad una lacuna che deve essere colmata mediante l'applicazione analogica dello strumento di controllo previsto per le statuizioni del presidente, sussistendo il requisito che tale operazione interpretativa presuppone, ossia l'*eadem ratio*.

Nessun dubbio pare esistere circa l'identità di natura, funzione e contenuto, oltre che di forma, tra i provvedimenti temporanei ed urgenti resi dal presidente e gli analoghi provvedimenti emessi dal giudice istruttore: entrambi sono, infatti, deputati ad approntare una regolamentazione provvisoria dell'assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei membri della famiglia in fase di disgregazione. Tale considerazione sarebbe di per sé sufficiente ad imporre, al fine di garantire il rispetto dei basilari principi costituzionali che regolano il nostro processo, uniformità di trattamento, quanto al regime dei controlli, tra i due provvedimenti.

Ma, a ben vedere, l'esigenza di garantire ai coniugi un controllo ad opera di un giudice superiore avverso i provvedimenti resi dall'istruttore ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c. è ancora più forte rispetto a quella che ha indotto il legislatore a prevedere una forma di riesame per i provvedimenti presidenziali: infatti, mentre questi ultimi, anche a prescindere dalla previsione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., possono essere in ogni tempo revocati e modificati dal giudice istruttore, ossia da un soggetto diverso rispetto a quello che ha emanato il provvedimento, gli analoghi provvedimenti dell'istruttore resterebbero assoggettati, per tutta la durata del processo, ossia per un lasso di tempo ben più lungo rispetto a

quello in cui le statuizioni presidenziali spiegano la propria efficacia, al solo *ius poenitendi* del soggetto da cui promanano.

Dalle considerazioni anzi esposte emerge a chiare lettere che, a parere di chi scrive, una volta affermata la necessità di colmare la lacuna esistente nel tessuto normativo tramite la previsione di una forma di controllo avanti ad un giudice terzo avverso i provvedimenti *de quibus*, la scelta non possa che cadere sul reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., da ritenersi analogicamente applicabile anche alle statuizioni rese dall'istruttore, in considerazione della *eadem ratio* che sorregge l'opportunità di sottoporre a controllo avanti ad un giudice superiore tutti i provvedimenti temporanei ed urgenti resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Ma vi sono anche ulteriori ragioni che rendono preferibile percorrere questa strada, anziché quella, suggerita da parte della dottrina, di colmare la lacuna esistente mediante l'applicazione analogica dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. Si è, infatti, più volte dimostrato che i provvedimenti temporanei ed urgenti resi nell'interesse della prole e dei coniugi, oltre a non avere alcun nesso di strumentalità rispetto al giudizio di merito - caratteristica che, peraltro, oggi ha perso di rilevanza - non hanno neppure funzione cautelare, dovendo essere pronunciati, anche a prescindere dalla presenza del *periculum in mora*, per il solo fatto che, essendo pendente un giudizio di separazione o di divorzio, attestante una situazione di crisi della famiglia, il legislatore ha ritenuto di dover prevedere un intervento giudiziale atto a regolare in via provvisoria l'assetto dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e con la prole.

Del resto, come è stato correttamente osservato⁴⁶, la tesi che esclude la natura cautelare dei provvedimenti *de quibus* ha trovato una ulteriore conferma nella recente introduzione dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c., che ha previsto, quale strumento di controllo avverso i provvedimenti presidenziali, una forma di riesame apparentata più al reclamo camerale di cui all'art. 739 c.p.c., che all'analogo istituto cautelare.

A tali considerazioni si aggiunga che esigenze di simmetria e razionalità vietano di assoggettare a rimedi diversi, ossia al reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. ed a quello previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., provvedimenti che, benché resi da soggetti differenti, si è visto essere analoghi quanto alla natura, alla funzione ed al contenuto, oltre che emanati nel corso dei medesimi procedimenti di separazione e di divorzio.

Sono, infatti, più volte state sottolineate le profonde differenze esistenti nella disciplina dei due procedimenti di reclamo, non solo con riferimento al termine per la proposizione del gravame, ma anche con riguardo, ad esempio, al potere di sospendere l'esecuzione del provvedimento, potere che l'art. 669 *terdecies* c.p.c. prevede in capo al giudice del reclamo e di cui la Corte d'appello adita *ex art.* 708 c.p.c. non pare, invece, essere dotata, nulla prevedendo la norma sul tema.

Ma i maggiori problemi di coordinamento tra i due regimi di controllo deriverebbero dalla profonda differenza insita nella disciplina dei rapporti tra reclamo e revoca e modifica: per tutte le ragioni che sono state in precedenza esposte, prime tra tutte il tenore letterale e l'evoluzione normativa dell'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c., pare infatti inevitabile aderire alla tesi che, prendendo le distanze dal modello cautelare, consente

⁴⁶ SALETTI, *L'ambito di applicazione*, cit., 656.

al giudice istruttore di revocare e modificare i provvedimenti del presidente a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze, anche, eventualmente, sulla base di una valutazione di mera opportunità, sia che abbiano ad oggetto statuizioni concernenti la prole, sia che riguardino esclusivamente i rapporti tra i coniugi.

Allo stesso modo, mentre il giudizio di reclamo avverso i provvedimenti presidenziali potrebbe essere utilizzato, in base alla ricostruzione interpretativa che chi scrive ritiene sia da preferirsi, solo al fine di far valere errori decisionali evidenti, potendo essere esaminato dal giudice di seconda istanza esclusivamente il materiale assertivo e probatorio sottoposto all'attenzione del presidente, il reclamo avverso i provvedimenti dell'istruttore darebbe luogo ad un giudizio interamente devolutivo, aperto ai *nova*, e nel quale le sopravvenienze debbono necessariamente essere dedotte, originando così una disparità di trattamento tra provvedimenti analoghi, in contrasto con le esigenze di razionalità e simmetria del sistema, con la necessità di rispettare il principio di uguaglianza, di dare attuazione al diritto di difesa ed a quello di effettività della tutela avanti ad un giudice terzo e imparziale.

Vi è poi da tenere in considerazione l'evenienza, non così remota, che il presidente nomini istruttore se stesso, con la conseguenza che l'applicabilità dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. sarebbe da evitarsi in considerazione di tutte le ragioni che, a detta di gran parte della dottrina, avrebbero indotto il legislatore a prevedere la competenza della Corte d'appello, anziché del tribunale in composizione collegiale, per la decisione sul reclamo avverso i provvedimenti presidenziali, prima tra tutte quella del possibile imbarazzo in cui verrebbero a trovarsi i magistrati del collegio nel dover riesaminare un provvedimento del presidente. E ciò a

prescindere dal fatto che provvedimenti emessi dallo stesso soggetto sarebbero sottoposti a rimedi diversi in ragione del momento processuale in cui venissero pronunciati.

Né sarebbe più razionale ritenere che, nella sola ipotesi in cui il presidente nomini istruttore se stesso, i provvedimenti temporanei ed urgenti resi nella fase del giudizio a cognizione piena siano reclamabili avanti alla Corte d'appello, vigendo invece la regola della reclamabilità al collegio tutte le volte in cui il ruolo di istruttore sia attribuito ad un magistrato diverso dal presidente: dalla individuazione del soggetto deputato all'istruzione della causa, che normalmente avviene in funzione della struttura del tribunale presso il quale il giudizio di separazione e divorzio è radicato, dipenderebbe il diverso regime dei controlli dei provvedimenti che regolano in via provvisoria l'assetto della famiglia in crisi. E ciò senza dimenticare che di tale diverso regime non v'è alcuna traccia nel sistema normativo.

Tutte le ragioni anzi esposte devono indurre a ritenere che le ordinanze interinali del giudice istruttore, oltre ad essere rimesse allo *ius poenitendi* del soggetto da cui promanano, esercitabile liberamente ed incondizionatamente, anche a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze, possano essere oggetto di reclamo avanti alla Corte d'appello ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c.

CAPITOLO V

I PROGETTI DI RIFORMA

1. Il DDL Senato n. 957 – XVI Legislatura.

I problemi di cui si è detto non sono obliterati neppure in sede legislativa. Esistono due disegni di legge, comunemente denominati “*affido condiviso bis*”, susseguiti a brevissima distanza di tempo e recanti modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso, entrambi arrestatisi ad uno stadio embrionale dell’*iter* legislativo.

In questa sede verranno esaminate esclusivamente le modifiche di carattere processuale contenute in tali progetti di riforma, idonee ad incidere sul tema oggetto del presente lavoro.

Il primo dei due disegni di legge, ossia il DDL Senato n. 957, presentato durante la XVI Legislatura, prevedeva, all’art. 7, che all’art. 178 c.p.c., dopo il primo comma, fosse inserito il seguente: “*L’ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e affidamento dei figli è impugnabile dalle parti con reclamo al collegio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla pronuncia dell’ordinanza se avvenuta in udienza, o altrimenti decorrente dalla comunicazione dell’ordinanza medesima*”.

Il ricorso ad una soluzione di tal tipo veniva così giustificato nella relazione che accompagnava il disegno di legge: “*l’art. 7 rende possibile reclamare i provvedimenti del giudice istruttore, che a volte creano*

situazioni invivibili, per modificare le quali occorre attendere la sentenza, anche per anni. La scelta del reclamo al collegio è dovuta al desiderio di tenere conto delle difficoltà logistiche che si potrebbero incontrare in talune zone optando per il reclamo in corte d'appello”.

Al di là del fatto che il disegno di legge in esame ha avuto vita brevissima, dal momento che è stato immediatamente superato dal successivo DDL 2454, sempre presentato al Senato nel corso della XVI Legislatura, si impongono alcune considerazioni.

In primo luogo, a prescindere da quale sia stata la soluzione individuata dai *conditores* con riguardo allo strumento da utilizzare per sottoporre a controllo i provvedimenti dell'istruttore, trova conferma la tesi secondo la quale la mancata previsione di una forma di riesame avanti ad un giudice terzo avverso detti provvedimenti sarebbe il frutto di una svista del legislatore, e non di una scelta consapevole dettata dalla sussistenza, in capo all'istruttore, di un potere incondizionato di revoca e modifica, di per sé sufficiente ad offrire idonee garanzie di tutela ai coniugi.

Il disegno di legge in esame conferma poi la fondatezza della tesi che esclude la natura cautelare dei provvedimenti interinali resi dall'istruttore. Il legislatore ha infatti evitato, ancora una volta, di individuare nel reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. lo strumento da utilizzare per sottoporre a controllo detti provvedimenti: piuttosto che operare un rinvio alle norme del procedimento cautelare uniforme, ha individuato nel reclamo istruttorio, istituto di ormai scarsa rilevanza nel nostro ordinamento, lo strumento cui ricorrere per sottoporre a controllo i provvedimenti interinali dell'istruttore.

Per quanto concerne gli aspetti ora menzionati, ossia la conferma dell'esistenza di una lacuna normativa e l'esclusione della natura cautelare

dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi, a cui si aggiunga la specifica individuazione del *dies a quo* con riferimento al quale computare il termine per la proposizione del reclamo, il disegno di legge in esame merita una valutazione positiva. Lo stesso non può dirsi con riguardo all'individuazione dello strumento da utilizzare per assoggettare a controllo i provvedimenti dell'istruttore.

Da quanto emerge nella relazione che accompagna il progetto di riforma, l'applicazione analogica del reclamo disciplinato dall'art. 708 c.p.c. sarebbe stata esclusa al solo fine di evitare le difficoltà logistiche che potrebbero incontrarsi in talune zone, ossia, pare di capire, laddove vi sia un'apprezzabile distanza tra il giudice circondariale e quello distrettuale.

In compenso, la previsione di uno strumento di controllo diverso rispetto a quello creato per i provvedimenti presidenziali non avrebbe contribuito a risolvere alcuno dei problemi che sono stati prospettati con riferimento all'eventuale ammissibilità del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso i provvedimenti *de quibus*, primo tra tutti quello dell'esistenza, nell'ambito di un medesimo procedimento, di due forme di reclamo profondamente diverse quanto agli aspetti fondamentali della disciplina, da esperirsi nei confronti di provvedimenti analoghi quanto a natura, funzione e contenuti.

A ciò si aggiunga che, come è stato osservato dalla Camera Minorile Nazionale, tale previsione “*si applicherebbe solo in separazione e divorzio, oltre che annullamento: infatti nei procedimenti camerali non c'è giudice istruttore e, inoltre, attualmente non è nemmeno prevista la possibilità di reclamo dei provvedimenti provvisori (in quanto non si applica l'art. 708 c.p.c)*”, con la conseguenza che “*la previsione va*

reformulata, salvo a voler introdurre nuove e odiose discriminazioni”, che esporrebbero l’Italia ad una condanna da parte della CEDU.

Non è un caso che della soluzione individuata nel DDL 957 non vi sia più alcuna traccia nel DDL 2454, ad esso immediatamente successivo.

2. Il DDL Senato n. 2454 – XVI Legislatura.

Nel successivo progetto di riforma i *conditores* paiono avere mutato radicalmente la propria impostazione. L’art 9 del DDL 2454, anch’esso presentato al Senato nel corso della XVI Legislatura, propone, infatti, di sostituire il quarto comma dell’art. 708 c.p.c. con il seguente: “*Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, nel termine e nelle forme di cui all’art. 669 terdecies del codice di procedura civile*”, mentre l’art. 10 prevede di aggiungere all’art. 709 c.p.c., dopo il quarto comma, il seguente: “*Avverso i provvedimenti nell’interesse della prole e dei coniugi emessi dal giudice istruttore è ammissibile il reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, ai sensi dell’art. 669 terdecies del codice di procedura civile*”.

Appare interessante, al fine di comprendere quali siano state le ragioni che hanno indotto i *conditores* a suggerire l’adozione di una soluzione di questo tipo, riportare integralmente il testo della relazione che accompagna il progetto di riforma: “*Per quanto attiene alle novità di tipo processuale (ma solo apparentemente solo di tal tipo), si è voluto rendere possibile reclamare i provvedimenti del giudice istruttore, a volte decisamente inopportuni e tali da creare situazioni invivibili, ma che per*

essere modificati occorre attendere la sentenza, anche per anni. Allo stesso tempo è apparso opportuno modificare anche l'art. 708 del codice di procedura civile, quarto comma, che rende attualmente possibile solo il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali provvisori ed urgenti secondo una procedura che rinvia la decisione alle corti d'appello. Queste, infatti, nella più che quadriennale esperienza, hanno inteso sposare una linea di estremo rigore, in forza della quale sogliono valutare i reclami «allo stato degli atti», ponendosi nella stessa posizione in cui si trovava il Presidente al momento dell'udienza presidenziale e non accettando alcun novum allegativo ed istruttorio: ne deriva una percentuale altissima di rigetti dei reclami, frustrando le aspettative e le necessità dei ricorrenti, spesso più che legittime. Per tale motivo è stata cercata un'altra via, comune alle due possibilità di reclamo, certamente più logica una volta affermata la natura cautelare dei provvedimenti de quibus: ossia attraverso l'art. 669 terdecies del codice di procedura civile. Si è voluto, con ciò, tenere conto delle riforme attuate dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, in tema di processo societario (articolo 23) e, soprattutto, dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 (articolo 669 octies, commi 6 e 7 del codice di procedura civile), nell'ambito del rito cautelare uniforme. È caduto infatti l'ostacolo più consistente che era stato frapposto, a livello teorico, per negare la natura cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e la conseguente applicabilità della disciplina cosiddetta uniforme degli articoli 669 bis e seguenti del codice di procedura civile (mancanza di carattere strumentale e conseguente ultrattività all'estinzione del processo), tenuto conto che – a seguito della novella processuale – l'ultrattività caratterizza anche una

parte dei provvedimenti cautelari (cosiddetti anticipatori o a strumentalità attenuata: quelli previsti dal sesto comma dell'art. 669 octies del codice di procedura civile), i quali sono in grado di sopravvivere all'estinzione del processo essendo venuta meno la strumentalità strutturale rispetto al giudizio di merito. Pertanto, l'esistenza di caratteristiche identiche (mancanza di strumentalità e presenza di ultrattività) ha fatto ritenere indispensabile attribuire anche alle ordinanze in materia di famiglia natura cautelare e reclamabilità. D'altra parte, una volta valutata l'opportunità, per non dire la necessità, di riconoscere reclamabili anche le decisioni del giudice istruttore (non avendo le parti possibilità di trasferire la questione ad altro giudice, come accade invece a fronte dell'ordinanza presidenziale), è apparso indispensabile sottoporre ad identica disciplina sia le ordinanze presidenziali che quelle del giudice istruttore in materia di separazione ed affidamento dei figli, non giustificandosi differenti regimi alla luce dell'identità di natura delle stesse (che non muta nel passaggio dal presidente al giudice istruttore). In definitiva, è apparso necessario non solo rendere del tutto impossibile una interpretazione riduttiva della normativa e la sua sostanziale disapplicazione, ma al tempo stesso cogliere l'occasione per completare la riforma, per introdurre quelle novità, assolute o relative, che possono dare maggiore compiutezza alla rilettura del 2006 delle norme sulla separazione".

La soluzione proposta dal DDL 2454 prevede, dunque, che tutti i provvedimenti temporanei ed urgenti, sia quelli emanati dal presidente, sia quelli resi dal giudice istruttore, siano assoggettabili allo strumento del reclamo di cui all'art. 669 terdecies c.p.c., anch'esso implicitamente riconoscendo, come il precedente disegno di legge, l'esistenza di una

lacuna normativa da colmare, ma individuando, a differenza di quanto avvenuto nel progetto di riforma di cui rappresenta lo sviluppo, un diverso strumento da utilizzare per colmare tale lacuna.

Alla scelta di operare un rinvio al reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., i *conditores* giungono sulla base dell'assunto che non potrebbe più dubitarsi della natura cautelare dei provvedimenti temporanei ed urgenti, per essere oggi le caratteristiche della mancanza di strumentalità e dell'ultrattività proprie anche di alcune misure cautelari. In realtà, tale assunto non pare possa essere condiviso, dal momento che non tiene in considerazione che, per poter qualificare un provvedimento come cautelare, non è sufficiente verificarne l'aspetto strutturale, ma occorre altresì che, anche dal punto di vista della funzione, esso presenti caratteristiche tali da consentirne l'inquadramento nell'ambito della tutela cautelare. E, come si è più volte visto nel corso del presente lavoro, tale funzione cautelare non pare sussistere con riferimento ai provvedimenti *de quibus*, non essendo la loro emanazione necessariamente condizionata alla presenza del *periculum in mora*, così come inteso in ambito cautelare: giustifica l'esistenza dei provvedimenti temporanei e urgenti non tanto il pericolo che nelle more del giudizio i diritti dei membri della famiglia in fase di disgregazione possano subire delle compressioni, quanto la necessità di anticipare, anche a prescindere da ragioni di urgenza, il regolamento dei rapporti della famiglia in crisi, oggettivamente non più in grado di autoregolarsi. Del resto, si è più volte rilevato che la specialità della disciplina dettata per i procedimenti di separazione e di divorzio impedisce che possa sortire esito positivo il vaglio di compatibilità di cui all'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

A ciò si aggiunga che, dall'esame della relazione al DDL 2454, emerge che l'unica ragione che indurrebbe i *conditores* a ritornare sui propri passi, eliminando lo strumento di cui all'art. 708 c.p.c. e prevedendo la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. dei provvedimenti interinali del presidente e dell'istruttore, sarebbe da rinvenirsi nell'atteggiamento di forte chiusura posto in essere dalle Corti d'appello che, individuando vari espedienti finalizzati a delimitare fortemente l'ambito di applicazione del reclamo, tra i quali quello di ritenere che il controllo possa svolgersi esclusivamente allo stato degli atti, ne hanno sostanzialmente comportato la disapplicazione.

Una motivazione di questo tipo non appare, tuttavia, sufficiente ad imporre la soluzione suggerita dal DDL in questione. Se è pur vero che la situazione di stallo creatasi tra i giudici di merito è inaccettabile, dal momento che crea un secco rifiuto di tutela per i membri della famiglia in crisi, la scelta di applicare le norme del procedimento cautelare uniforme non appare la soluzione più adeguata per risolvere il problema, neppure volendo attribuire natura cautelare agli stessi, dal momento che essa implicherebbe una regolamentazione dei rapporti tra reclamo e revoca e modifica che non tiene in considerazione alcuni aspetti peculiari della disciplina dei procedimenti di separazione e di divorzio, primo tra i quali il potere officioso di cui dispone il giudice istruttore con riferimento ai provvedimenti concernenti la prole. Quest'ultimo potrebbe, infatti, procedere a revocare o modificare un provvedimento interinale esclusivamente in presenza di un mutamento nelle circostanze e purché avverso il medesimo provvedimento non sia pendente un procedimento di reclamo, il che pare non rispondere alle esigenze di garantire una tutela

pronta ed efficace non soltanto ai minori coinvolti nei procedimenti in esame, ma a tutti i membri della famiglia in fase di disgregazione.

Ad ogni buon conto, laddove il legislatore volesse richiamare integralmente la disciplina dettata in ambito cautelare con riferimento ai rapporti tra reclamo e revoca e modifica, dovrebbe avere l'accortezza di svolgere una ulteriore precisazione, ossia di reintrodurre al quarto comma dell'art. 709 c.p.c. l'inciso, abrogato dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, che subordinava la revocabilità e la modificabilità dei provvedimenti del presidente al verificarsi di mutamenti nelle circostanze: solo così, infatti, si porrebbe fine alla ormai fin troppo nota diatriba concernente i rapporti tra reclamo e revoca e modifica.

Non pare poi decisiva, al fine di ritenere preferibile la soluzione adottata dal DDL in esame, la considerazione che le Corti d'appello avrebbero eccessivamente limitato il ricorso al reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., così ledendo il diritto di difesa dei coniugi, non accettando "*aliquid novum allegativo ed istruttorio*": come si è già avuto modo di rilevare nel corso del presente lavoro, la soluzione che consente ai giudici di seconda istanza di svolgere un controllo limitato allo stato degli atti pare, anzi, da condividersi, avendo il pregio di evitare che in sede di reclamo si svolga una anticipazione del processo che deve celebrarsi avanti all'istruttore, in violazione delle preclusioni istruttorie esistenti.

A ben vedere, la soluzione individuata pare essere meno garantista, in termini di effettività della tutela, rispetto a quella oggi sancita dall'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c.: la previsione della reclamabilità dei provvedimenti del presidente avanti al collegio sarebbe, infatti, in contrasto con la *ratio* che ha indotto il legislatore del 2006 a stabilire la competenza della Corte d'appello a decidere sul reclamo avverso i

provvedimenti presidenziali, ponendo seri dubbi circa la “libertà” di decisione del collegio, chiamato a pronunciarsi su un provvedimento reso dal capo dell’ufficio cui appartiene.

Volendo trovare degli aspetti positivi nella soluzione individuata nel progetto di riforma in esame, questi sono rappresentati dall’adozione di una disciplina uniforme del regime dei controlli avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti, siano essi resi dal presidente ovvero dall’istruttore, individuando una medesima forma di reclamo. Ma tale risultato potrebbe essere ottenuto altresì applicando analogicamente, come chi scrive suggerisce di fare, ai provvedimenti resi dall’istruttore, il regime di reclamabilità previsto per quelli del presidente, senza dover fare ricorso alla disciplina dettata con riferimento ai provvedimenti cautelari, per nulla confacente, per tutte le ragioni esposte nel corso del presente lavoro, alle esigenze di tutela dei membri della famiglia in crisi.

3. Conclusioni.

I due progetti di riforma in tema di “*affido condiviso bis*”, lungi dall’essere in procinto di divenire normativa vincolante, essendosi l’*iter* legislativo arrestato in una fase ancora embrionale, hanno offerto agli operatori del diritto lo spunto per svolgere alcune riflessioni, non solo su aspetti di carattere sostanziale che concernono l’affidamento condiviso, ma anche sul tema dei controlli avverso i provvedimenti interinali resi nell’ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio.

La circostanza che i due progetti di riforma recassero soluzioni completamente differenti, a così breve distanza di tempo l’uno dall’altro, è il riflesso della difficoltà, attestata dai contrasti giurisprudenziali dei quali

si è dato conto, di coordinare in maniera soddisfacente gli strumenti di controllo avverso detti provvedimenti, a fronte di una normativa poco o per nulla coordinata.

L'unico dato certo che emerge con chiarezza dai disegni di legge esaminati, che gli operatori del diritto non possono non considerare, è che nell'attuale disciplina positiva è presente una *lacuna legis* che deve necessariamente essere colmata, non potendosi ipotizzare un sistema nel quale non sia prevista una forma di riesame avanti ad un giudice terzo avverso i provvedimenti resi dal giudice istruttore.

Molte incertezze sussistono ancora, invece, con riguardo all'individuazione dello strumento da utilizzare per garantire tale controllo: prova ne è il fatto che i due disegni di legge che si sono susseguiti a brevissima distanza di tempo recavano, come si è visto, soluzioni tra loro profondamente diverse.

CONCLUSIONI

1. Riflessioni conclusive.

A chiusura del presente lavoro appare doveroso svolgere qualche riflessione conclusiva sul tema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Come si è avuto modo di vedere, l'attuale quadro normativo, così come risultante dalla stratificazione legislativa operata dagli interventi riformatori del 2005 e del 2006, lascia agli interpreti numerose questioni da risolvere, alcune delle quali di più semplice soluzione, altre più complesse. Del resto, la circostanza che ancora oggi sussista una situazione di profonda incertezza sul tema è provata dal fatto che i due progetti di riforma in tema di "*affido condiviso bis*", dei quali si è dato conto nel corso del presente lavoro, recavano, a brevissima distanza di tempo l'uno dall'altro, soluzioni tra loro completamente differenti.

I dubbi interpretativi con i quali gli operatori del diritto devono ancora oggi, a distanza di ormai alcuni anni dalle riforme che hanno inciso sulla materia, fare i conti sono il frutto di una tecnica legislativa non organica e confusionaria.

Ciononostante gli interpreti, nel fornire una ricostruzione di tali rapporti quanto più possibile idonea a garantire la tutela dei membri della famiglia in fase di disgregazione, non possono che muovere dall'esame del dato normativo. Questa è la ragione che ha indotto chi scrive a ricostruire nel modo che si è illustrato nel corso del presente lavoro, e che in questa sede per chiarezza si riassumerà a grandi linee, il sistema dei controlli

avverso i provvedimenti interinali resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, prendendo le distanze da quelle teorie, elaborate da alcuni studiosi, che propongono soluzioni per nulla rispettose di tale dato.

Facendo ricorso ad un metodologia di questo tipo, che impone di iniziare ogni tipo di indagine dall'interpretazione letterale della disciplina positiva, non può che giungersi ad una prima e fondamentale conclusione: salvo che si voglia interpretare *contra legem* l'art. 709, ultimo comma, c.p.c., norma che deve essere letta anche alla luce dell'evoluzione normativa che ha subito nel tempo, il potere di revoca e modifica attribuito al giudice istruttore può essere liberamente ed incondizionatamente esercitato, anche a prescindere dal sopravvenire di nuove circostanze.

Muovendo da tale assunto di partenza, si è giunti alla ulteriore conclusione che, benché la menzionata disposizione riconosca il potere modificativo dell'istruttore con esclusivo riferimento ai provvedimenti presidenziali, deve ritenersi che oggetto di tale potere incondizionato possano essere anche i provvedimenti con i quali l'istruttore stesso revochi o modifichi le misure del presidente. Fino a quando i provvedimenti temporanei ed urgenti non vengano sostituiti dalla sentenza conclusiva del giudizio, essi sono, infatti, dotati di un regime di assoluta precarietà, che risponde alla finalità di renderli quanto più possibile confacenti alle esigenze dei membri della famiglia in crisi, finalità perseguita dal legislatore altresì attribuendo espressamente al giudice istruttore la possibilità di intervenire anche in via officiosa, quantomeno con riferimento alle statuizioni concernenti la prole.

Ciò premesso, si è ritenuto preferibile, piuttosto che ricercare delle soluzioni che imponessero di coordinare il ricorso ai due strumenti di

controllo del reclamo e della revoca e della modifica secondo criteri di alternatività, giungere alla conclusione che, con l'introduzione del reclamo di cui all'art. 708 c.p.c., il legislatore abbia voluto fornire alle parti una forma di tutela aggiuntiva, di carattere immediato e da esperirsi in un termine perentorio, rispetto a quella garantita dal potere modificativo dell'istruttore, prevedendo la possibilità di sottoporre al controllo di un giudice superiore, individuato nella Corte d'appello, i provvedimenti temporanei ed urgenti che presentino degli errori decisionali evidenti, valutabili allo stato degli atti, senza necessità di ricorrere ad alcuna attività istruttoria. Lo strumento della revoca e della modifica ad opera del giudice istruttore servirebbe, invece, per adeguare i provvedimenti temporanei ed urgenti alle esigenze, sempre mutevoli, anche a prescindere da eventuali sopravvenienze, dei membri della famiglia coinvolti da situazioni di crisi. Del resto, si è osservato, l'opportunità di adeguare più volte nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio le misure *de quibus* potrebbe sorgere anche in considerazione dei risultati poco soddisfacenti che potrebbero palesarsi nella fase attuativa delle statuizioni interinali: come è noto, infatti, la fase esecutiva, nella materia *de qua*, risulta essere particolarmente complessa, come testimonia l'introduzione, ad opera della L. 8 febbraio 2006, n. 54, delle misure di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., ossia di uno strumento deputato alla risoluzione, anche tramite l'eventuale applicazione di misure sanzionatorie, delle controversie che possano insorgere tra i genitori, nella fase attuativa dei provvedimenti concernenti la prole, in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento.

Così ricostruiti i rapporti tra reclamo alla Corte d'appello e revoca e modifica ad opera del giudice istruttore, si è giunti all'ulteriore

conclusione che il reclamo avanti alla Corte d'appello debba poter essere utilizzato per sottoporre a controllo anche i provvedimenti temporanei ed urgenti resi dall'istruttore: accertata, infatti, l'esistenza di una lacuna normativa, il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 708 c.p.c. e non, come alcuni esponenti della dottrina ritengono, dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., si impone in considerazione della *eadem ratio* che suggerisce di sottoporre a controllo tutti i provvedimenti interinali resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, in virtù dell'identità di natura (non cautelare), contenuto e funzione che essi rivestono. Del resto, l'esigenza di demandare il controllo avverso le statuizioni interinali ad un organo superiore appare ancora più sentita con riferimento ai provvedimenti dell'istruttore, soggetto destinato, laddove non si volesse fare ricorso all'analogia, a rimanere *dominus* incontrastato della sorte dei provvedimenti temporanei ed urgenti per tutta la durata del procedimento.

Per chiudere il cerchio del discorso, dopo aver affermato la reclamabilità di tutti i provvedimenti temporanei ed urgenti, siano essi resi dal presidente o dall'istruttore, si è concluso che il provvedimento emanato dalla Corte d'appello in sede di reclamo sarebbe a sua volta revocabile e modificabile dal giudice istruttore anche a prescindere da un mutamento nelle circostanze, per essere esso assolutamente precario e privo di stabilità, così come tutti i provvedimenti interinali resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, in quanto deputato ad adattarsi alle esigenze, sempre mutevoli, dei coniugi e della prole.

Questa ricostruzione del sistema dei controlli avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti presenta, come altre soluzioni che sono state prospettate in dottrina, degli aspetti di criticità, primo tra i quali il potenzialmente infinito contenzioso endoprocessuale che essa è idonea a

generare. Ciononostante, tale ricostruzione, oltre ad essere la più aderente al dato normativo, pare essere quella che fornisce maggiori garanzie in termini di tutela per i membri della famiglia in fase di disgregazione, seppur nel rispetto del principio di economia processuale.

La conclusione cui si è pervenuti nel presente lavoro, ossia quella di ritenere assoggettabili al reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. tutti i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, potrebbe essere valida anche se estesa ad altra materia, ossia quella dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. Senza alcuna pretesa di completezza sul tema, possono qui svolgersi alcune considerazioni.

Occorre premettere che sussistono ancora parecchie incertezze in ordine a quale debba essere la corretta interpretazione da fornirsi dell'inciso "*il giudice del procedimento in corso*" contenuto nella menzionata norma, essendo la dottrina ed i giudici di merito divisi tra chi ritiene che le controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento debbano essere risolte dal giudice istruttore¹, che potrebbe quindi assumere anche i provvedimenti necessari a sanzionare i comportamenti scorretti dei genitori, e chi preferisce, invece, riservare detta competenza al collegio².

¹ Di tale avviso sono DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 619, il quale peraltro ritiene che, laddove i danni invocati siano di natura più propriamente morale o esistenziale, sia da preferirsi la soluzione che attribuisce la cognizione sulle domande risarcitorie al collegio; G. FINOCCHIARO, *Un giudizio garantisce la corretta esecuzione*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 65. In giurisprudenza si segnalano Trib. Salerno, 22 dicembre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, 10, 924, nonché Trib. Messina, 5 aprile 2007, n. 597, in *Giur. merito*, 2007, 10, 2635.

² In questo senso CARRATTA, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, 1554; LONGO, *L'art. 709 ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 2, 180; OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, *ivi*, 2008, 1, 77. In giurisprudenza si segnala Trib. Pisa, 19 dicembre 2007, *ivi*, 2009, 1, 43, con nota di VULLO, *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*

Ciononostante, laddove si aderisse alla prima delle due soluzioni, riconoscendo la competenza del giudice istruttore ad emanare, nel corso dei procedimenti di separazione e di divorzio, i provvedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., ci si dovrebbe porre la questione della impugnabilità di detti provvedimenti.

Com'è noto, anche l'inciso secondo il quale “*i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*” è, ancora oggi, oggetto di un acceso dibattito dottrinale che vede contrapporsi la tesi di chi³ ritiene che il riferimento debba necessariamente essere inteso come un rinvio ai rimedi esperibili contro le sentenze, ossia quelli elencati all'art. 323 c.p.c., primo tra tutti l'appello, con la conseguenza che i provvedimenti *de quibus* potrebbero essere adottati esclusivamente dal collegio con la sentenza che definisce il giudizio, e chi⁴ preferisce ritenere che il legislatore non abbia voluto introdurre delle regole speciali e che l'inciso in questione rappresenti una formula attraverso la quale viene di volta in volta fatto riferimento ai rimedi esperibili in ragione dello specifico procedimento nel quale i provvedimenti sono stati pronunciati.

Laddove si dovesse aderire alla tesi che riconosce in capo al giudice istruttore la competenza ad emanare i provvedimenti *de quibus*, così implicitamente ammettendo, come del resto anche la Suprema Corte ha fatto in una recente pronuncia⁵, che il riferimento ai modi ordinari di

³ BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 423; G. F. RICCI, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Codice della famiglia*, I, a cura di Sesta, Milano, 2007, 2112; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo-Luiso-Menchini-Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Assago, 2006, 152.

⁴ GRAZIOSI, *Profili processuali della L. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, 1884; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 11, 1057.

⁵ Il riferimento è a Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 2, 651.

impugnazione deve essere inteso come un mero richiamo ai mezzi di impugnazione previsti per la specifica categoria di provvedimento emesso, si dovrebbe pervenire alla conclusione della reclamabilità *ex art. 708 c.p.c.* dei provvedimenti resi dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Tale soluzione avvalorerebbe la tesi, a parere di chi scrive da condividersi, secondo la quale il reclamo di cui all'art. 708 c.p.c. rappresenterebbe uno strumento di controllo nuovo, autonomo rispetto ad altri modelli di impugnazione, introdotto dal legislatore quale rimedio tipico da utilizzarsi per sottoporre a controllo avanti ad un giudice superiore tutti i provvedimenti interinali resi nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio, in considerazione della specialità di disciplina che caratterizza detti procedimenti. Il sistema dei controlli dimostrerebbe di avere, laddove si seguisse tale ricostruzione, una certa coerenza al suo interno.

Diversamente, rappresenterebbe un elemento di incongruenza con detto sistema, in base al quale tutti i provvedimenti interinali resi nell'ambito dei procedimenti di crisi della famiglia dovrebbero poter essere reclamati avanti alla Corte d'appello, la reclamabilità ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* per la cui emanazione, a detta di alcuni studiosi, vi sarebbe spazio nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio.

Senza poter approfondire l'argomento in questa sede, non si può non ricordare l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale e dottrinale tra chi esclude senz'altro la possibilità di fare ricorso alla tutela cautelare atipica nei giudizi *de quibus*⁶, in considerazione della specialità che caratterizza la

⁶ Contrario all'ammissibilità del ricorso alla tutela cautelare atipica nell'ambito dei procedimenti di separazione e di divorzio è CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della*

struttura dei procedimenti di separazione e di divorzio e della residualità che dovrebbe contraddistinguere la tutela d'urgenza, e coloro che reputano ammissibile, seppur con alcune limitazioni, l'emanazione di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* in pendenza di detti procedimenti⁷.

In particolare, vi è chi⁸ ritiene che la tutela cautelare atipica possa trovare spazio nei procedimenti di separazione e di divorzio entro limiti temporali ben precisi: a) prima dell'inizio della causa; b) nell'arco di tempo compreso tra il deposito della domanda introduttiva e l'udienza davanti al presidente; c) nell'ipotesi, peraltro remota, che quest'ultimo abbia ommesso del tutto di pronunciare i provvedimenti di sua competenza; d) nel corso del giudizio di impugnazione, sia in appello che in cassazione, ovvero in pendenza del termine per proporre ricorso alla Suprema Corte, laddove si dovesse condividere l'opinione secondo cui i provvedimenti temporanei ed urgenti perderebbero efficacia dal momento della pubblicazione, anziché da quello del passaggio in giudicato, della sentenza di separazione o di divorzio di primo grado.

Al di là del fatto che la teoria esaminata muove dal presupposto, a parere di chi scrive non condivisibile, che alle ordinanze presidenziali debba attribuirsi natura cautelare, essa darebbe luogo ad una vistosa incongruenza: per le ipotesi in cui sia pendente in primo grado un giudizio

prole» ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza, in Famiglia e diritto, 1999, 4, 376, nota adesiva a Trib. Taranto, 8 marzo 1999, ove il ricorso alla tutela ex art. 700 c.p.c. viene escluso in considerazione del suo carattere residuale.

⁷ Il principale esponente di questa tesi è VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza, in Famiglia e diritto, 2009, 3, 267, nota a Trib. Andria, 7 novembre 2008; ID., Sull'ammissibilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi, in Famiglia e diritto, 2005, 6, 641, nota a Trib. Napoli, 24 marzo 2005. Di tale avviso pare essere anche ASTONE, Nota senza titolo sulla funzione anticipatrice e tutela cautelare nei provvedimenti presidenziali e nei provvedimenti d'urgenza a Pret. Cosenza, 11 dicembre 1991, in Giur. it., 1992, I, 2, 495 e ss. In termini ipotetici si è espresso PROTO PISANI, In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali, in Foro it., 2010, I, 2206.*

⁸ Tale classificazione è di VULLO, *Giudizi, cit.*, 267.

di separazione o di divorzio, ossia quelle indicate *sub* b) e c), dei provvedimenti cautelari interverrebbero, in luogo dei provvedimenti temporanei ed urgenti del presidente, a regolare l'assetto dei rapporti tra i coniugi e con la prole. Com'è ovvio, laddove si dovesse ammettere tale eventualità, non potrebbe che ritenersi l'assoggettabilità dei provvedimenti resi *ex art.* 700 c.p.c. al regime dei controlli proprio del rito cautelare uniforme, risultante dal combinato disposto degli artt. 669 *decies* e 669 *terdecies* c.p.c., con la conseguenza che il sistema delineato con specifico riferimento ai provvedimenti temporanei ed urgenti non troverebbe applicazione. Tale soluzione non potrebbe, quindi, che dare origine a tutte quelle problematiche, che non è il caso di elencare nuovamente, che sono state evidenziate laddove si è cercato di confutare la tesi di coloro che, muovendo dal presupposto della natura cautelare dei provvedimenti temporanei ed urgenti, ritengono che la lacuna risultante dalla mancata previsione del reclamo avverso i provvedimenti dell'istruttore debba essere colmata applicando analogicamente l'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Ma, come si diceva, la tesi dell'ammissibilità del ricorso alla tutela cautelare atipica nell'ambito dei procedimenti di separazione di divorzio non appare molto convincente. Ciò, oltre che per il principio di residualità che regola il ricorso alla tutela cautelare atipica, per la considerazione, più volte esposta nel corso del presente lavoro, che i provvedimenti temporanei ed urgenti sono dotati di caratteristiche proprie, per nulla assimilabili a quelle delle misure cautelari, per essere resi nell'ambito di procedimenti regolati da una disciplina speciale, appositamente dettata dal legislatore per tutelare al meglio le esigenze dei soggetti coinvolti da situazioni di disgregazione della famiglia.

Ed è proprio questa la motivazione che induce chi scrive a ritenere non condivisibile la scelta operata dai *conditores*, nel DDL 2454 presentato al Senato nel corso della XVI Legislatura, di sostituire lo strumento previsto dall'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. per sottoporre a controllo i provvedimenti presidenziali con quello di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., estendendone l'applicazione ai provvedimenti del giudice istruttore.

Un auspicio, in ogni caso, si impone. Laddove il legislatore dovesse decidere di intervenire nella nostra materia, che ciò avvenga in modo organico e completo, senza lasciare agli operatori del diritto il compito di colmare in via interpretativa il dato normativo.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA.VV., *Il reclamo avverso i provvedimenti presidenziali*, in *Il processo di separazione e divorzio. Rito e prassi*, a cura di de Filippis, Padova, 2011, 151 e ss.
- ANDRIOLI, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 315 e ss.
- ANNUNZIATA, *Il problema del controllo dei provvedimenti del giudice istruttore*, in *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2005, 87 e ss.
- ARCERI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti interinali nella separazione e nel divorzio*, nota a App. Bologna, 13 novembre 2006 e a Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 3, 281 e ss.
- ASTONE, Nota senza titolo sulla funzione anticipatrice e tutela cautelare nei provvedimenti presidenziali e nei provvedimenti d'urgenza a Pret. Cosenza, 11 dicembre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 495 e ss.
- ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 253 e ss.
- BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in Balena-Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 423 e ss.
- BIANCHI, *I provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c. tra reclamo, revoca e modifica*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 195 e ss.
- BONILINI – CHIZZINI – CONFORTINI, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Codice ipertestuale di separazione e divorzio*, II ed., Torino, 2008, 317 e ss.
- CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 38 e ss.
- CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 19 e ss.
- CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 38 e ss.

-
- CARNEVALE, *La fase presidenziale*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2008, 65 e ss.
 - CARRATTA, *Provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della prole» ex art. 708 c.p.c. e tutela d'urgenza*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 4, 376 e ss., nota a Trib. Taranto, 8 marzo 1999.
 - CARRATTA, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, 1553 e ss.
 - CARRATTA, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, 1482 e ss.
 - CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, nota a Trib. Foggia, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 264 e ss.
 - CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse della prole tra omissioni e formalismi*, in *Foro it.*, 2004, I, 624 e ss., nota a Trib. Brindisi, 12 agosto 2003 e Trib. Verona, 20 febbraio 2003.
 - CEA, *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, V, 96 e ss.
 - CEA, *Il difficile rapporto tra reclamo e revoca dei provvedimenti nell'interesse della prole e dei coniugi*, nota a App. Firenze, 10 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1216 e ss.
 - CEA, *Il controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra corti d'appello e giudici istruttori*, in *Foro it.*, 2010, I, 2199 e ss.
 - CECHELLA, *Il procedimento cautelare*, in *Il processo civile dopo le riforme*, a cura di Vaccarella–Capponi–Cecchella, Torino, 1992, 347 e ss.
 - CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 243 e ss.
 - CECHELLA, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti provvisori e urgenti nei processi di separazione e divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 229 e ss.

-
- CECHELLA, *Reclamo revoca e modifica dei provvedimenti provvisori*, in AA. VV., *Dal reclamo all'appello: le impugnazioni nei procedimenti per separazione e divorzio*, a cura di Cecchella, Pisa, 2008, 67 e ss.
 - CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 1246 e ss.
 - CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, 463 e ss.
 - CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 e ss.
 - CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, in *Foro it.*, 2003, I, 3156 e ss.
 - CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2004, I, 2534 e ss., nota a Trib. Genova, 10 maggio 2004.
 - CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 140 e ss.
 - CIPRIANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 191 e ss.
 - CIPRIANI, *Translatio iudicii e poteri del giudice ad quem (a proposito del reclamo avverso i provvedimenti del g.i. nell'interesse dei coniugi e della prole)*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 1213 e ss.
 - CIPRIANI-QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 275 e ss.
 - CIVININI, *Le impugnazioni. Il reclamo*, in *I procedimenti in camera di consiglio. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da Proto Pisani, I, Torino, 1994, 241 e ss.
 - CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Famiglia e diritto*, 1995, 4, 371 e ss.
 - CONSOLO, *Commento all'art. 669 terdecies c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Consolo-Luiso-Sassani, Milano, 1996, 689 e ss.

-
- CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, 129 e ss.
 - CONSOLO – LUISO - SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 547 e ss.
 - CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 106 e ss.
 - D’ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L’affidamento condiviso*, a cura di Patti – Rossi Carleo, Milano, 2006, 267 e ss.
 - D’ALESSIO, *Sul regime di impugnabilità delle ordinanze adottate dal giudice istruttore a modifica dei provvedimenti presidenziali nel corso dei giudizi di separazione o di divorzio*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, 283 e ss.
 - DANOVI, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 e ss.
 - DANOVI, *Separazione e divorzio: i rapporti tra il “nuovo” reclamo avverso l’ordinanza presidenziale e la revoca/modifica da parte dell’istruttore*, nota a Trib. Modena, 5 ottobre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 03, 221 e ss.
 - DANOVI, *Concorrenza e alternatività tra reclamo e revoca dell’ordinanza presidenziale*, nota a App. Milano, 30 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1187 e ss.
 - DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 603 e ss.
 - DANOVI, *Reclamo, revoca e modifica dei provvedimenti sommari nella separazione e nel divorzio*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 203 e ss.
 - DE ANGELIS, *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti “nell’interesse dei coniugi e della prole”*, in *Giur. it.*, 2006, 3 e ss.
 - DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, nota a Trib. Napoli, 25 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 215 e ss.

-
- DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, 90 e ss.
 - DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, Milano, 2000, 281 e ss.
 - D'IPPOLITO, *Separazione personale dei coniugi: modificabilità, da parte del giudice istruttore, dei provvedimenti presidenziali adottati ad esito dell'udienza ex art. 708 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2007, 3, 708 e ss.
 - DORONZO, *Commento all'art. 708*, in Cipriani–Monteleone, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 576 e ss.
 - FAZZALARI, *Voce Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 374 e ss.
 - FIGONE, *Profili processuali*, in *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, a cura di Dogliotti, Torino, 2008, 209 e ss.
 - A. FINOCCHIARO, in A. Finocchiaro–M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, III, sub art. 4, Milano, 1988, 250 e ss.
 - G. FINOCCHIARO, *Sui reclami la parola alla Corte d'appello*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 45 e ss.
 - G. FINOCCHIARO, *Un giudizio garantisce la corretta esecuzione*, in *Guida al diritto*, 2006, 11, 64 e ss.
 - GAZZONI, *Il mugnaio di Federico II (Aiuti familiari e reclamabilità delle ordinanze date nel giudizio di separazione)*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 3, 1202 e ss.
 - GAZZONI, *Mandare da Erode a Pilato: ancora sulla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore date nel giudizio di separazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1, 216 e ss.
 - GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 2, 1856 e ss.

-
- LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, 33 e ss.
 - LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I ed., Milano, 1957, 94 e ss.
 - LONGO, *L'art. 709 ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 2, 180 e ss.
 - LOSAPPIO, *Impugnazione dei provvedimenti del giudice istruttore nell'interesse dei coniugi e della prole e transaltio iudicii*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 245 e ss.
 - LUISO, *Questioni varie in tema di impugnazione dei provvedimenti di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*.
 - LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, V ed., Milano, 2009, 299 e ss.
 - LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063 e ss.
 - LUPOI, *Il reclamo contro i provvedimenti provvisori e urgenti nel procedimento di separazione e di divorzio*, relazione per il convegno nazionale "Il processo di separazione e divorzio: prassi a confronto", organizzata dall'Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani a Bologna, l'8 aprile 2011, in *www.judicium.it*.
 - MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, 49 e ss.
 - MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 551 e ss.
 - MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XVIII ed., Torino, 2006, 79 e ss.
 - MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, XVIII ed., Torino, 2006, 317 e ss.
 - MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XIX ed., Torino, 2007, 94 e ss.
 - MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, XX ed., Torino, 2009, 83 e ss.

-
- MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.*, 1995, V, 161 e ss.
 - MERLIN, *Voce Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1997, 427 e ss.
 - MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II ed., Padova, 2000, 1249 e ss.
 - MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, IV ed., Milano, 1923, 699 e ss.
 - NARDELLI, *Delle separazioni, del reclamo e dei film in bianco e nero, ovvero quando la prevedibilità della decisione dipende dalla residenza*, in *Giur. merito*, 2008, 3, 689 e ss.
 - OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 1, 77 e ss.
 - OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688 e ss.
 - PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e segg. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 392 e ss.
 - PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 368 e ss.
 - PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, 850 e ss.
 - PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Foro it.*, 2004, I, 2535 e ss., nota a Trib. Genova, 10 maggio 2004.
 - PROTO PISANI, *In tema di reclamabilità e revocabilità dei provvedimenti presidenziali*, in *Foro it.*, 2010, I, 2205 e ss.
 - PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 650 e ss.

-
- RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme, in I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 726 e ss.
 - G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 2, 409 e ss.
 - G.F. RICCI, *Il rito “ambrosiano”, la Cassazione e il rito “romano”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 717 e ss.
 - G.F. RICCI, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Codice della famiglia*, I, a cura di Sesta, Milano, 2007, 2087 e ss.
 - SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 478 e ss.
 - SALETTI, *L’ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, II ed., 2004, Padova, 533 e ss.
 - SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006.
 - SALETTI, *L’ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia-Saletti, III ed., Padova, 2008, 641 e ss.
 - SALETTI – VANZ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II ed., I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, 698 e ss.
 - SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell’interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 e ss.
 - SALVANESCHI, *Alcuni profili processuali della legge sull’affido condiviso*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1287 e ss.
 - SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in Consolo–Luiso–Menchini–Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Assago, 2006, 145 e ss.

-
- SIANI, *Le impugnazioni dei provvedimenti sommari tra garanzie di difesa, competenze funzionali ed esigenze di stabilità: in particolare, la revisione dei provvedimenti temporanei e urgenti nel procedimento di separazione e divorzio*, Incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema: “I diversi riti del diritto della famiglia e dei minori”, Roma, 14-16 gennaio 2008.
 - TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia-Saletti, III ed., Padova, 2008, 511 e ss.
 - TOMMASEO, *Commento all’art. 4 l. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1993, 285 e ss.
 - TOMMASEO, *Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone (in particolare, nella disciplina della separazione di cui alla legge n. 54 del 2006)*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 1, 97 e ss.
 - TOMMASEO, *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla Corte d’Appello*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 6, 617 e ss.
 - TOMMASEO, *Garanzia del reclamo e ordinanze interinali istruttorie nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 4, 372 e ss., nota a Trib. Vicenza, 13 agosto 2007.
 - TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2010, 406 e ss.
 - TOMMASEO, *L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 11, 1057 e ss.
 - TRAVI, *Processo di separazione personale ed ultra-attività dei provvedimenti interinali*, in *Giur. it.*, 1953, IV, 36 e ss.
 - VALITUTTI, *Le ordinanze provvisoriamente esecutive*, Padova, 1999, 356 e ss.
 - VULLO, *Sull’ammissibilità dei provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c. nel processo di separazione giudiziale dei coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 6, 641 e ss., nota a Trib. Napoli, 24 marzo 2005.

- VULLO, *Giudizi di separazione e divorzio e provvedimenti d'urgenza*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 3, 267 e ss., nota a Trib. Andria, 7 novembre 2008.
- VULLO, *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 1, 43 e ss.
- VULLO, *Commento all'art. 708 c.p.c.*, in *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, 2011, 121 e ss.