

GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

05-2007

XXXIX — maggio 2007 , n° 05

| **estratto**

RECLAMABILITÀ E MODIFICABILITÀ DEI
PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE E
DEL GIUDICE ISTRUTTORE

a cura di **Giuseppe Pagliani**



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO

| 284 RECLAMABILITÀ E MODIFICABILITÀ DEI PROVVEDIMENTI DEL PRESIDENTE E DEL GIUDICE ISTRUTTORE (*)

di **Giuseppe Pagliani** Per trattare il tema della reclamabilità dei provvedimenti provvisori occorre fare un piccolo passo indietro, e guardare al passato, per capire dove ci troviamo guardando da dove veniamo.

— Occorre, cioè, partire dalla *vexata quaestio* della natura dei provvedimenti provvisori. Fino al 2005 si era sempre detto che quelli presidenziali sono provvedimenti esecutivi ⁽¹⁾, revocabili e modificabili dal giudice istruttore nel corso del procedimento.

Giudice del Tribunale di Modena La natura giuridica delle ordinanze presidenziali ⁽²⁾ veniva, già in passato, approfondita proprio in relazione al problema dell'impugnazione avverso l'ordinanza presidenziale di pronuncia di provvedimenti temporanei ed urgenti, soprattutto sotto la specie del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. ma, più in generale, in relazione all'attribuzione o meno della natura cautelare.

La questione non era nuova, ma aveva ripreso particolare attualità con l'entrata in vigore del rito cautelare uniforme ⁽³⁾.

Fin dalla sua entrata in vigore nel gennaio 1993, infatti, ci si è chiesto se il rito cautelare uniforme trovasse applicazione in materia di diritto di famiglia.

L'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., norma di chiusura, dispone — in sostanza — che la disciplina organica del cautelare si applica, in quanto compatibile, a tutti i procedimenti cautelari.

La formulazione normativa ha posto subito l'interprete di fronte a due problemi fondamentali: individuare i procedimenti ai quali si applica la disciplina uniforme, e individuare i criteri in base ai quali compiere il giudizio di compatibilità ⁽⁴⁾.

I limiti di questa trattazione non consentono di ripercorrere i diversi orientamenti

(*) Relazione al Convegno sulla *Responsabilità genitoriale e affidamento dei figli. Regole e prospettive dopo le l. n. 51 e n. 54 del 2006*, tenutosi a Mantova, il 23 giugno 2006.

⁽¹⁾ Sono provvedimenti con valore di titolo esecutivo di formazione giudiziale. L'opposizione al precetto può essere esperita solo per eccepire un difetto originario del titolo, o la mancanza o inefficacia del titolo stesso, ma non per questioni di merito.

⁽²⁾ Secondo la Corte di Cassazione, «il decreto presidenziale ex art. 708 c.p.c. ha natura di provvedimento giurisdizionale contenzioso di accertamen-

to, a cognizione sommaria e con funzione esecutiva»: Cass. 8 luglio 1983, n. 4612. In dottrina, v. CORDER, *I provvedimenti provvisori*, in *Il diritto di famiglia. Trattato teorico-pratico*, vol. II, *La separazione. Il divorzio*, Torino, 2005, 476 ss., e i rimandi ivi contenuti.

⁽³⁾ Artt. 669 *bis* ss. c.p.c., sezione aggiunta dall'art. 74 comma 2 l. n. 353 del 1990, in vigore dall'1 gennaio 1993.

⁽⁴⁾ Cfr. CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. e dir.*, 1995, 371 ss.

sviluppatasi da allora in questa materia. Limitando l'attenzione al diritto di famiglia, il problema della applicabilità del rito uniforme si è posto, in primo luogo, con riferimento, appunto, alle ordinanze adottate dal presidente del Tribunale all'esito dell'udienza di comparizione dei coniugi nel giudizio di separazione personale, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., e in quello di divorzio, ai sensi dell'art. 4 comma 8 l. 1 dicembre 1970, n. 898; problematiche suscettibili di trattazione congiunta per la loro sostanziale uniformità ⁽⁵⁾. La legge disponeva, nell'uno e nell'altro caso, che con tali ordinanze il presidente dà i provvedimenti temporanei ed urgenti ritenuti opportuni nell'interesse del coniuge e della prole ⁽⁶⁾.

Diverse erano le posizioni assunte dagli interpreti.

Da un lato un orientamento dottrinale e giurisprudenziale affermava il carattere cautelare delle misure in esame (ordinanza presidenziale e, quindi, le successive modifiche), rilevando che queste presentano sia il carattere della strumentalità, proprio delle misure cautelari, rispetto al giudizio di merito (costituito dal giudizio di separazione o di divorzio) che quello della provvisorietà, in quanto sono modificabili in corso di causa dal giudice istruttore e, quindi, sono destinate ad essere assorbite o superate, mediante modifica, dalla sentenza, nonché il carattere dell'anticipatorietà, venendo a comporre in via immediata il conflitto di interessi tra i coniugi, in attesa che il giudizio sia definito con sentenza di merito.

A questo si contrapponeva l'orientamento che negava carattere cautelare ai provvedimenti presidenziali e che diceva che essi sono provvedimenti sommari, perché emanati nel corso di un giudizio ordinario di cognizione e destinati ad essere assorbiti nella sentenza di merito; e che hanno la funzione di stabilire, in via del tutto provvisoria, una regolamentazione immediata dei rapporti familiari al momento iniziale della crisi coniugale.

Si rilevava che il rapporto tra questi provvedimenti e la sentenza definitiva — diversamente che per le misure cautelari vere e proprie — non si pone in termini di conferma, revoca o riforma, ma semmai di assorbimento, perché la sentenza definitiva pone fine al regime provvisorio instaurandone uno diverso ⁽⁷⁾: per cui, anche l'eventuale difformità del provvedimento finale non significa che fosse illegittimo o anche solo inopportuno il provvedimento provvisorio iniziale. Sulla base di queste conside-

⁽⁵⁾ A seguito dell'art. 23 l. n. 74 del 1987, infatti, è stata estesa anche alla separazione la previsione che il presidente, prima di adottare i provvedimenti, possa sentire, se strettamente necessario, i figli minori.

⁽⁶⁾ Sulla natura di questi provvedimenti, in dottrina, v. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, Napoli, 1970; SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 ss., spec. 1074; CARRATTA, *Profili sistemati della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; e in *Fam. e dir.*, 1998, 268, nota a Trib. Messina 24 aprile 1997.

⁽⁷⁾ Diverse le ricostruzioni in termini sistemati,

essendo discussa la qualificazione in termini di provvedimenti anticipatori interinali, ovvero sommari esecutivi: v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1389; DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2001, 127; CIVININI, *op. cit.*, 376. Sull'assenza di vincolatività di quanto già statuito in via provvisoria, in ordine all'emanazione del provvedimento finale, v. GIANFILIPPI, *La ricsuzione del giudice per precedente cognizione di causa e i provvedimenti provvisori nel procedimento di separazione personale*, nota a Trib. Ferrara 20 giugno 2002, in questa *Rivista*, 2003, 658.

razioni la tesi negativa deduceva il difetto del requisito della strumentalità, che caratterizza i provvedimenti propriamente cautelari ⁽⁸⁾.

In ogni caso, l'affermazione della natura cautelare del provvedimento non comportava l'automatica applicazione del procedimento cautelare uniforme, o, in particolare, di alcune sue parti.

Infatti, è noto che anche i sostenitori della natura cautelare dell'ordinanza presidenziale (e successive modifiche) tendono a negare l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme, per effetto della clausola di compatibilità posta dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che richiede una valutazione caso per caso; in dottrina si osserva che la portata abrogatrice del procedimento cautelare uniforme sugli istituti preesistenti va valutata all'esito del giudizio di compatibilità dello stesso procedimento cautelare uniforme con le caratteristiche di ogni specifica misura cautelare prevista dalla singola norma ⁽⁹⁾. Nel caso delle ordinanze presidenziali, l'esito di tale valutazione sarebbe appunto la non compatibilità con la disciplina generale del cautelare.

Questo perché sono provvedimenti organicamente disciplinati dalla legge in modo autonomo e strutturati secondo una propria procedura tipica, incentrata sull'intervento del presidente del Tribunale, necessario, insostituibile e funzionale allo svolgimento del tentativo di conciliazione ⁽¹⁰⁾, e connotata da innegabili profili pubblicistici (con conseguente parziale officiosità), che la differenziano dallo schema del procedimento cautelare uniforme, caratterizzato dall'impulso di parte. Inoltre, anche l'art. 669 *novies* c.p.c., in tema di inefficacia del provvedimento cautelare per mancato avvio dell'azione di merito, estinzione del giudizio e mancato versamento della cauzione, è una norma inconciliabile con la previsione dell'art. 189 disp. att. c.p.c. ⁽¹¹⁾.

Una norma fondamentale della materia veniva, infatti, rinvenuta proprio in questo art. 189 disp. att. c.p.c., per effetto della quale sia i provvedimenti presidenziali che

⁽⁸⁾ Si afferma ad es. che: «i provvedimenti non debbono essere necessariamente emessi in funzione della situazione che verrà a crearsi al momento della sentenza (tipico è il caso che la decisione sopraggiunga dopo il raggiungimento della maggiore età del figlio) ma devono ovviare alle varie necessità dei coniugi e della prole, indipendentemente dalla circostanza che il difetto di immediata soddisfazione importi l'inutilità della sentenza»: Trib. Arezzo 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2285. In dottrina, SALVANESCHI (nota a Trib. Catania 21 luglio 1993, in *Fam. e dir.*, 1994, 61, e in *Foro it.*, 1994, I, 1216), sostiene che i provvedimenti in esame non sarebbero assimilabili alle misure cautelari di cui al capo III del titolo I libro IV c.p.c. in quanto «hanno necessariamente un contenuto di c.d. anticipazione degli effetti della futura decisione di merito, contenuto — questo — solo eccezionalmente proprio delle misure cautelari, che tendono invece alla mera assicurazione di quegli effetti».

⁽⁹⁾ Con la conseguenza che, quando una misura cautelare per così dire speciale presenta una sua propria struttura procedimentale autonomamente organizzata e disciplinata, o è strutturata appositamente

per la salvaguardia di determinati interessi sostanziali, non si applica la disciplina cautelare uniforme, in quanto non compatibile con la specificità della misura cautelare. V. ad es. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 376. Il quale tuttavia è favorevole (*ibidem*, 387) all'applicazione del rito cautelare uniforme ai provvedimenti che assegnano al coniuge in stato di urgenza una somma a titolo provvisorio di alimenti. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 732.

⁽¹⁰⁾ Comunque lo si voglia qualificare, l'intervento presidenziale in materia, anche dopo le modifiche del processo civile intervenute negli anni 90, differenzia nettamente questa procedura dal resto delle controversie civili, dove il tentativo di conciliazione viene effettuato dal giudice istruttore, e non è demandato obbligatoriamente al presidente del Tribunale.

⁽¹¹⁾ V. CASABURI-DE FILIPPIS, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2001, 126, i quali evidenziano che i provvedimenti presidenziali non sono inseribili, in termini di compatibilità, nelle motivazioni e nei passaggi logici che caratterizzano il nuovo rito uniforme.

quelli del giudice istruttore sono muniti della c.d. ultrattività, in forza del quale essi sopravvivono anche all'estinzione del giudizio. Norma applicabile, per espressa previsione normativa, anche al divorzio ⁽¹²⁾.

Riassumendo, quindi: si escludeva il reclamo previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., verso i provvedimenti presidenziali, e si discuteva della reclamabilità ai sensi dell'art. 739 c.p.c., cioè il reclamo previsto avanti alla Corte d'appello per i provvedimenti camerati di volontaria giurisdizione, che, peraltro, prevedeva (e prevede) la reclamabilità dei soli provvedimenti emessi dal Tribunale, e non di quelli presidenziali.

In estrema sintesi, dunque, in concreto il regime era quello dell'irreclamabilità dei provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore, e la reclamabilità dei provvedimenti di modifica del Collegio.

Questo era il regime fino alle riforme processuali del 2005 e all'entrata in vigore della normativa del 2006 sull'affidamento condiviso e, comunque, per i procedimenti instaurati prima della sua entrata in vigore. Quest'ultimo aspetto va sottolineato fin d'ora, e cioè che in effetti l'esperibilità del reclamo introdotto dalla legge del 2006 presuppone l'entrata in vigore del nuovo art. 708 c.p.c.

Dal 2005 la situazione è, cambiata radicalmente, e le argomentazioni ricordate sono destinate a perdere rilevanza a seguito, anzitutto, dell'attenuazione della strumentalità che è stata operata con le modifiche processuali introdotte con la l. n. 80 del 2005 per i provvedimenti cautelari diversi dai sequestri. Per quanto, in particolare, riguarda il processo cautelare, infatti, la novella processuale del 2005 pone in essere un vero e proprio stravolgimento del rapporto tra cautela e giudizio di merito fino ad ora conosciuto, eliminando l'onere, per la parte beneficiaria della misura cautelare, di instaurare il giudizio di merito; quest'ultimo, di contro, può essere promosso da ciascuna parte, facoltativamente, senza che il provvedimento cautelare perda, in mancanza, efficacia ⁽¹³⁾.

L'aggiunta del comma 6 e 7 dell'art. 669 *octies* c.p.c. ⁽¹⁴⁾, infatti, fa sì che per varie

⁽¹²⁾ Art. 4 comma 8 ultima parte l. 1 dicembre 1970, n. 898.

⁽¹³⁾ Dal disposto del nuovo testo del comma 6 dell'art. 669 *octies* c.p.c. e dell'art. 669 *novies* c.p.c., risulta che per «i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688» l'introduzione del giudizio di merito non è necessaria, e la misura cautelare mantiene stabilità anche senza che sia seguita dal giudizio di merito. Il precedente specifico di questa norma è la disciplina dell'art. 23 comma 1 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, per le misure cautelari di diritto societario. Si tratta di interventi introdotti sostanzialmente a fini deflativi del contenzioso. Cfr., sul punto, anche: CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in questa Rivista, 2006, allegato al n. 6, 34.

⁽¹⁴⁾ Art. 669 *octies* c.p.c.: «(Provvedimento di accoglimento). — L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione del comma ult. dell'art. 669 *novies*.

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

tipologie di provvedimenti cautelari previsti dal codice civile, o da leggi speciali ⁽¹⁵⁾, è esclusa l'operatività della regola del necessario inizio del giudizio di merito entro un termine fisso (prima trenta, ora sessanta giorni) dall'emissione in udienza, o dalla comunicazione del provvedimento cautelare emesso fuori udienza, e dell'inefficacia del provvedimento cautelare conseguente alla mancata tempestiva instaurazione del giudizio, o alla sua estinzione ⁽¹⁶⁾, e rende facoltativo l'inizio del giudizio di merito.

Alla luce di questa significativa modifica normativa, i tradizionali elementi della necessaria strumentalità e della non definitività dei provvedimenti cautelari non sono più utilizzabili per la ricostruzione sistematica della fattispecie cautelare tipica e non sembrano più in grado di svolgere una funzione d'individuazione della categoria dei provvedimenti cautelari; essi sono, ormai, in gran parte dotati di un'ultrattività che va al di là della conclusione del giudizio di merito e li avvicina ad altri provvedimenti sommari non cautelari destinati a conservare i propri effetti anche in caso di estinzione del giudizio di merito, e specificamente al regime previsto dall'art. 189 disp. att. c.p.c. Così, se in precedenza, nella teorica del procedimento cautelare uniforme non veniva attribuita autonoma rilevanza alla funzione di anticipazione degli effetti propri del provvedimento finale, con il d.lg. n. 5 del 2003 prima e, poi, con la l. n. 80 del 2005 nel più generale ambito del procedimento cautelare uniforme, è stata introdotta la distinzione tra procedimenti cautelari anticipatori e non anticipatori, che ha assunto portata generale e rilevanza primaria in ordine alla c.d. strumentalità e la sopravvivenza degli effetti del provvedimento ⁽¹⁷⁾.

Tornando allora ai provvedimenti provvisori di separazione, la dottrina ha, poi, osservato, sul requisito del *periculum in mora*, che se è vero che, come anche molti altri istituti, quelli in esame sono volti ad evitare il pericolo che per l'attore è insito nella durata stessa del processo ⁽¹⁸⁾, tuttavia in questa materia le parti sono su un piano di parità, in quanto i provvedimenti provvisori non tutelano solo il ricorrente ma, indipendentemente dalla posizione processuale, il coniuge economicamente più debole e la prole, e in ciò si differenziano dai provvedimenti propriamente cautelari.

Si ritiene, inoltre, che l'urgenza in questi casi è per così dire *in re ipsa*, e sottratta all'accertamento del giudice, in quanto è già stata valutata astrattamente ed una volta

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri. Le disposizioni di cui al presente articolo e quella di cui al comma 1 dell'art. 669 *novies* non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al comma precedente, anche quando la relativa do-

manda è stata proposta in corso di causa. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo».

⁽¹⁵⁾ Ad es. i provvedimenti cautelari adottati in materia di concorrenza, brevetti e marchi d'impresa: cfr. artt. 83 legge brevetti (r.d. n. 1127 del 1939) e 63 legge marchi (r.d. n. 929 del 1942). In generale, provvedimenti innominati d'urgenza e quelli anticipatori degli effetti della sentenza di merito, i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 669 *novies* comma 1 c.p.c.

⁽¹⁷⁾ Il legislatore non ha, tuttavia, fornito una definizione dei provvedimenti cautelari anticipatori; sicché la distinzione tra provvedimenti anticipatori e non anticipatori presenta margini di incertezza.

⁽¹⁸⁾ Punto centrale dell'impostazione chiovendiana in tema di provvedimenti cautelari.

per tutte dal legislatore ⁽¹⁹⁾. Inoltre, viene osservato che: «l'urgenza di provvedere di cui all'art. 708 c.p.c. è affatto differente da quella che ricorre nei procedimenti cautelari, non tendendo a neutralizzare un pericolo di tardività o di infruttuosità pratica della tutela giurisdizionale, bensì un pericolo costituito e rappresentato dalla situazione di fatto in sé considerata» ⁽²⁰⁾.

Anche sotto il profilo dell'anticipatorietà, quindi, la differenza con il cautelare tradizionale è percepibile, ed ancor più evidente ove si consideri che la regola fondamentale è la continua suscettibilità di modifica, in virtù del c.d. principio dell'immodificabilità *rebus sic stantibus*, del regime provvisorio, in presenza dei presupposti di fatto ⁽²¹⁾.

Questo è il punto veramente centrale della questione, in quanto il regime di potenziale continua modificabilità da parte del giudice istruttore era ritenuto incompatibile con l'esperibilità di un'impugnazione immediata, e al tempo stesso giustificazione della mancata previsione, nel sistema, di un gravame immediato. Sul piano sostanziale, poi, si era anche osservato che in realtà quello che rileva — poco rilevando il *nomen iuris* — è che alle parti sia consentita la possibilità di trasferire la questione ad un giudice diverso da quello che l'ha decisa in prima battuta.

In questa indagine interpretativa si inserivano anche altri aspetti: ad esempio in giurisprudenza si era arrivati a ritenere diffusamente che le modifiche dei provvedimenti presidenziali possono essere adottate dal giudice istruttore nel corso del processo anche in base ad una rivalutazione degli stessi elementi in base ai quali sono state emesse, non essendo più richiesto l'intervento di un qualche mutamento delle circostanze, come invece previsto — per i provvedimenti cautelari — dall'art. 669 *decies* c.p.c., che consente la modifica o la revoca del provvedimento cautelare solo se, appunto, si verificano mutamenti nelle circostanze.

Sulla base di queste considerazioni, ripercorse per sommi capi, l'orientamento prevalente concludeva per l'esclusione della natura cautelare delle misure in oggetto.

La giurisprudenza edita ha, poi, in massima parte, aderito alla soluzione dell'esclusione a questi provvedimenti dell'applicazione del rito cautelare uniforme, con motivazioni più o meno elaborate.

⁽¹⁹⁾ «[...] l'urgenza è *in re ipsa* ed è data dallo scioglimento della società familiare, dal passaggio dalla famiglia unita alla famiglia divisa [...] che crea una situazione del tutto nuova e fonte di pericolo tanto per i membri della famiglia che in relazione al sottostante pubblico interesse; tale situazione non tollera per sua natura di rimanere priva di regolamentazione ed è per questo che si attribuisce al presidente il potere di dare ogni provvedimento necessario per i coniugi e la prole»: CIVININI, *op. cit.*, 376. *Contra*, CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole e il reclamo cautelare*, in *Foro it.*, 2002, I, 263 ss. Per alcuni Autori l'opportunità dei provvedimenti, e quindi la valutazione in concreto della sussistenza dell'urgenza, è sempre rimessa alla valutazione del giudice: v. BARCHI, *Separazione personale dei coniugi. Disciplina processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, il quale richiama alcune ipotesi in cui non sussisterebbe l'urgenza

di provvedere: ad esempio perché i coniugi si sono accordati per un temporaneo regolamento della situazione familiare, in attesa della sentenza.

⁽²⁰⁾ CIVININI, *op. cit.* Questa distinzione è utile perché mette ulteriormente in luce che la strumentalità del provvedimento temporaneo di separazione non va vista in relazione alla cautela conservativa del risultato finale del processo, bensì in relazione alla necessità di disporre un regime attuale, congruo e pertinente alle esigenze delle parti e della prole; non in funzione anticipatoria di una futura soddisfazione di un diritto relativo, ma per regolamentare immediatamente rapporti inerenti ad esigenze primarie di sviluppo della persona umana, e per fronteggiare esigenze attuali e, sul piano patrimoniale, sostanzialmente alimentari.

⁽²¹⁾ Cfr. ad es. STASSANO, *La separazione personale e il divorzio*, Torino, 2005, 25.

In tutta questa ampia elaborazione, la questione più rilevante era, sul piano pratico, quella concernente l'ammissibilità o meno del reclamo cautelare.

La questione più delicata era, infatti, quella della reclamabilità dei provvedimenti provvisori ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., da applicarsi o in via analogica (ove si neghi la natura cautelare delle misure familiari), o in via diretta.

Il problema dell'ammissibilità del reclamo è strettamente connesso ai dubbi sulla natura cautelare del provvedimento e il requisito di strumentalità del provvedimento presidenziale.

La questione è stata discussa in dottrina ed in giurisprudenza. Il panorama dottrinale è vario, non mancando voci, anche recenti, nell'uno e nell'altro senso, anche se la tesi della reclamabilità restava minoritaria. In gran parte, infatti, in dottrina si negava l'esperibilità del reclamo (e, in generale, l'applicazione della disciplina cautelare uniforme) sulla base della natura non cautelare dei provvedimenti ⁽²²⁾. Ovvero si riteneva di dover escludere il reclamo anche se si ammetteva la natura cautelare ⁽²³⁾.

Altra dottrina ha, però, talora contestato una rigorosa esclusione del rimedio del reclamo. Alcuni autori hanno, poi, cercato soluzioni intermedie proponendo di limitare l'irreclamabilità ai soli provvedimenti presidenziali, per i quali esisteva già nel sistema un rimedio specifico di revisione, quella ad opera del giudice istruttore ⁽²⁴⁾; e di ammettere il reclamo, invece, per i provvedimenti del giudice istruttore, per i quali, si diceva, «la previsione della reclamabilità sembra colmare un'effettiva lacuna del sistema» ⁽²⁵⁾.

Un'altra ricostruzione proponeva di considerare reclamabili solo i provvedimenti di carattere patrimoniale, e non anche quelli relativi alla prole; le argomentazioni a favore muovono dalla considerazione che i coniugi si troverebbero, nella fase provvisoria, in una posizione non diversa da quella configurata dagli artt. 446, 146 e 148 c.c. ⁽²⁶⁾, in tema di alimenti; situazione nella quale si ritiene ammessa la reclamabili-

⁽²²⁾ CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig. civ.*, XIV, 1996, 540; DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, 421; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 60; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1998, 249; PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 398; PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 91; PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, in *Foro it.*, 2004, I, 2535 ss. Il più convinto sostenitore dell'ammissibilità del reclamo attualmente è CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, in *Foro it.*, 2003, I, 3156; CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2004, I, 2534.

⁽²³⁾ COSTANTINO, *Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 454 ss.

⁽²⁴⁾ In tal caso la reclamabilità può essere vista come una sovrapposizione o duplicazione di rimedi (pur nella diversità di intervento tra la decisione del Collegio, più distaccata e scaturente dalla camera di consiglio, e la decisione del giudice istruttore, che

peraltro, è tendenzialmente più rapida e duttile, oltre che più «vicina» al merito del processo).

⁽²⁵⁾ V. CASABURI-DE FILIPPIS, *op. cit.*, 163; a sostegno di questa tesi questa dottrina osserva che, al di là del *nomen iuris*, ciò che rileva è che alle parti sia consentita la possibilità di trasferire la questione ad un giudice diverso da quello che l'ha decisa in prima battuta. In termini v. anche CEA, *op. cit.*, 273, secondo il quale la peculiarità della fattispecie induce a ritenere non applicabile l'art. 669 *terdecies* all'ordinanza presidenziale (il problema del reclamo non si pone, per la diversità del giudice al quale è demandato il controllo, esercitatilo il controllo), mentre per quel che concerne i provvedimenti resi dal giudice istruttore (che sono revocabili e modificabili dallo stesso giudice solo in caso di circostanze sopravvenute) nessun ostacolo si frappone alla reclamabilità, sia nel processo di separazione che in quello di divorzio.

⁽²⁶⁾ Art. 446 c.c.: «(Assegno provvisorio). — Finché non sono determinati definitivamente il modo e la misura degli alimenti, il presidente del Tribunale può, sentita l'altra parte, ordinare un assegno in via provvisoria ponendolo, nel caso di concorso di più

tà⁽²⁷⁾. Invece, per quanto attiene alla prole, la reclamabilità andrebbe esclusa perché la posizione soggettiva sostanziale del genitore non sarebbe un diritto soggettivo quanto piuttosto uno *status*, o meglio una sorta di *munus*, non assimilabile a quella del titolare di un diritto minacciato⁽²⁸⁾. Questa soluzione suscitava, però, dubbi di compatibilità costituzionale, per l'effetto di indurre disparità di trattamento tra i provvedimenti relativi ai minori, non reclamabili, e gli altri, che divengono reclamabili. Più in generale, come si è accennato, l'esclusione della reclamabilità veniva considerata generatrice di un vuoto di tutela⁽²⁹⁾.

La posizione della giurisprudenza di legittimità era consolidata nel senso di attribuire natura cautelare al provvedimento, ma per motivi di volta in volta contingenti ed a fini diversi da quelli di ricostruzione sistematica dell'istituto, tanto che la Corte di Cassazione non affermava la reclamabilità come conseguenza della natura cautelare⁽³⁰⁾.

obbligati, a carico anche di uno solo di essi, salvo il regresso verso gli altri».

Art. 146 c.c.: «(Allontanamento dalla residenza familiare). — Il diritto all'assistenza morale e materiale previsto dall'art. 143 è sospeso nei confronti del coniuge che, allontanatosi senza giusta causa dalla residenza familiare, rifiuta di tornarvi.

La proposizione della domanda di separazione, o di annullamento, o di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio costituisce giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare.

Il giudice può, secondo le circostanze, ordinare il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi, nella misura atta a garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli artt. 143, comma 3, e 147».

Art. 148 c.c.: «(Concorso negli oneri). — I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli.

In caso di inadempimento il presidente del Tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole.

Il decreto, notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica.

L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto di ingiunzione, in quanto applicabili.

Le parti ed il terzo debitore possono sempre chiedere, con le forme del processo ordinario, la modificazione e la revoca del provvedimento».

⁽²⁷⁾ Per l'affermazione che la nuova disciplina sui procedimenti cautelari in generale si applica ai provvedimenti che dispongono — ai sensi dell'art. 446 c.c. — la corresponsione di un assegno provvisorio di alimenti, v., in giurisprudenza, Trib. Firenze 7 novembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1360. In dottrina, v.: CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 548; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, 138.

⁽²⁸⁾ MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.*, 1995, V, 161; *contra*: CASABURI-DE FILIPPIS, *loc. ult. cit.* In giurisprudenza una pronuncia ha escluso l'applicazione del procedimento contemplato dall'art. 446 c.c. alla diversa materia del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c.: Trib. Palermo 28 luglio 1992, in *Dir. fam.*, 1993, 1131, con nota di LIOTTA.

⁽²⁹⁾ CEA, *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole...*, cit., 264; CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*, in *Foro it.*, 2004, I, 624 ss.; CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole...*, cit. Secondo un'opinione, ad esempio, il giudice avanti al quale viene proposto reclamo contro un provvedimento ai sensi dell'art. 708 commi 3 e 4 c.p.c., si troverebbe di fronte una rigida alternativa: o ritenere possibile un'interpretazione costituzionalmente adeguata, pronunciando così sul merito del reclamo; oppure dovrebbe rimettere la questione alla Corte Costituzionale con riferimento agli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 1 Cost.: PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*, cit.

⁽³⁰⁾ Infatti, la giurisprudenza di legittimità è consolidata nel senso di attribuire natura cautelare al

La giurisprudenza di merito si è pronunciata, a parte qualche posizione consapevolmente contraria⁽³¹⁾, nel senso della irreclamabilità del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 708 c.p.c.⁽³²⁾; sinteticamente, gli argomenti addotti attenevano, nelle varie impostazioni, o all'esclusione della natura cautelare del provvedimento in questione⁽³³⁾ o, comunque, alla natura cautelare ma con peculiarità che lo rendono incompatibile con la disciplina del procedimento cautelare uniforme, per assenza di strumentalità, mentre la tesi minoritaria dell'ammissibilità rilevava che il provvedimento è caratterizzato dai requisiti della anticipatorietà ed è assimilabile ad altri provvedimenti reclamabili di competenza del Tribunale per i minorenni.

Alla fine del 2005 l'interpretazione era assestata e suddivisa tra l'orientamento tradizionale per l'inammissibilità del reclamo da un lato, e d'altro lato la giurisprudenza genovese⁽³⁴⁾, sia pure minoritaria, ma convinta e ribadita nel tempo, che riteneva l'ammissibilità del reclamo, non tanto verso i provvedimenti presidenziali quanto, piuttosto, avverso i provvedimenti relativi alla prole assunti dal giudice istruttore nel procedimento di separazione e di divorzio⁽³⁵⁾.

provvedimento, ma si tratta di pronunce effettuate a fini particolari, per i quali era funzionale simile affermazione, da cui, però, non si trae la conseguenza dell'applicazione del rito cautelare uniforme, e nemmeno della sua più significativa estrinsecazione, ossia l'esperibilità del reclamo: la Corte di Cassazione in queste occasioni ha affermato la natura cautelare del provvedimento ai fini di dichiarare l'irripetibilità delle somme che il beneficiario del mantenimento abbia riscosso a titolo di assegno provvisorio di mantenimento in pendenza di giudizio, argomentando, appunto, sulla natura *lato sensu* cautelare della statuizione, in quanto volta ad assicurare il necessario sostentamento al beneficiario fino alla pronuncia definitiva; oppure, la Corte di Cassazione ha affermato la natura cautelare del provvedimento per evidenziarne il difetto di decisorietà, ed affermare l'inammissibilità del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost. Che, quindi, è escluso. Parimenti, con la motivazione dell'insuscettibilità ad acquistare definitività, è stata negata l'ammissibilità dell'impugnazione con il regolamento di competenza. Infine, per la stessa via si è negato che dall'ordinanza presidenziale possa derivare l'effetto dello scioglimento della comunione legale dei beni tra i coniugi.

⁽³¹⁾ Rappresentata sostanzialmente dal noto orientamento genovese, favorevole al reclamo pur nella negazione della natura cautelare: cfr. Trib. Genova 16 marzo 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2356; Id. 7 marzo 2002, in *Fam. e dir.*, 2002, 631; Id. 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 931. Ammette poi il reclamo riconoscendo, anche, natura cautelare al provvedimento. Trib. Genova 22 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1591.

⁽³²⁾ Cfr. Trib. Roma 8 gennaio 2004, cit.; Trib. Verona 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3156; Trib. Foggia 30 luglio 2001, *ivi*, 2002, I, 263; Trib.

Arezzo 11 giugno 1997, *ivi*, 1998, I, 2285; Trib. Pavia 9 gennaio 1997, *ivi*, 1998, I, 232 (relativamente al provvedimento di rigetto dell'istanza di modifica da parte del giudice istruttore); Trib. Roma 27 gennaio 1994, *ivi*, 1994, I, 1216; Trib. Catania 21 luglio 1993, *ivi*.

⁽³³⁾ Cfr. Trib. Verona 20 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3156, relativa ai provvedimenti del giudice istruttore; Trib. Bari 23 dicembre 2004, *ivi*, 2005, I, 1244.

⁽³⁴⁾ A parte i giudici genovesi, di recente la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore fondata sulla natura cautelare risulta affermata anche da Trib. Rovereto 18 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1591.

⁽³⁵⁾ Cfr. Trib. Genova 22 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1591; Trib. Genova 10 maggio 2004, *ivi*, 2005, I, 2534, con nota di CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali*; Trib. Genova 10 gennaio 2004, *ivi*, 2004, I, 931 (sui provvedimenti relativi ai coniugi); Id. 7 marzo 2002, in *Fam. e dir.*, 2002, 631, con nota di BET, *Sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. avverso i provvedimenti per i figli nel procedimento di separazione giudiziale*.

In sintesi, il Tribunale di Genova supera le obiezioni formali alla tesi della soggezione al regime cautelare uniforme dei provvedimenti provvisori e, pur confermando la loro natura atipica e non cautelare, sulla base della considerazione sostanziale della tutela dell'interesse dei minori come primario ed indipendente dallo strumento formale da adottare per perseguirlo, nonché della necessità di pari di garanzie rispetto alla misura provvisoria di competenza del Tribunale per i minorenni (cfr. art. 333 c.c.), giunge ad affermare l'ammissibilità del reclamo. Il tribunale ligure muove dal rilievo che i provvedimenti del giudice istruttore adottati ai sensi dell'art.

In ogni caso, in prevalenza da parte dei giudici di merito si riteneva di aderire alla tesi dell'irreclamabilità del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 708 c.p.c., per le argomentazioni variamente enunciate dalle pronunce in senso contrario⁽³⁶⁾, e specificamente in considerazione del fatto che l'istituto in questione presenta caratteri del tutto peculiari⁽³⁷⁾.

Al di là delle ricostruzioni teoriche, l'adesione alla tesi negativa si basava su una considerazione complessiva della struttura del processo di separazione, che è correlata agli aspetti sostanziali della materia⁽³⁸⁾.

708 comma ult. c.c., in quanto aventi natura anticipatoria più che cautelare, non sarebbero reclamabili, almeno alla stregua del tenore letterale dell'art. 669 *terdecies*. Rileva un'analogia funzione nel fatto che «il provvedimento adottato è esplicitamente diretto ad evitare temuti pregiudizi per i figli minori della coppia [...] esso rientra anche nella tipologia del provvedimento di contenuto minorile secondo lo schema dell'art. 333 c.c., processualmente esplantato dal rito camerale che lo accompagna davanti al Tribunale per i minorenni ed inserito nel rito di separazione». Considerato, quindi, che verso un simile provvedimento adottato dal Tribunale per i minorenni è previsto il reclamo immediato alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c., «il Tribunale ritiene che in una lettura costituzionalmente adeguata dell'art. 669 *terdecies* debba rientrare anche il provvedimento assunto, nella materia disciplinata dall'art. 333 c.c., dal giudice istruttore della causa della separazione nelle forme dell'art. 708 c.p.c.». Questa motivazione, dunque, non riguarda i provvedimenti di carattere patrimoniale, non riconducibili allo schema dell'art. 333 c.c., ed ad essi non può essere estesa. Ad identiche conclusioni giunge, poi, il Tribunale di Genova affermando la reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore nel giudizio di divorzio nell'interesse dei coniugi, e di quelli adottati, in sede di separazione, nell'interesse sia dei coniugi che della prole, pur se si tratta di misure non cautelari. Nella motivazione di questi provvedimenti si chiarisce perché si ritiene irrilevante che i provvedimenti del giudice istruttore e del presidente del Tribunale non siano cautelari in senso stretto, riportandosi, anzitutto alla giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. tutela cautelare atipica, vale a dire quel livello minimo di garanzia processuale che la legge deve offrire per tradurre in concreto il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Da qui, anche se si tratta di provvedimenti anticipatori o interinali, la conclusione per la necessaria reclamabilità: «la categoria dei provvedimenti anticipatori ha solitamente la sua *ratio* nel superamento, nel corso del procedimento, di una serie di momenti che assumono un particolare rilievo per la consistenza degli accadimenti processuali: la mancata contestazione di una pretesa, l'offerta di prova scritta di un diritto, la

conclusione dell'attività istruttoria ne sono prove evidenti. Il provvedimento reso dall'istruttore, e prima ancora dal presidente [...] non corrisponde affatto al superamento di un gradino di conclusività dell'attività processuale svolta, ma risponde al contrario soltanto all'urgenza che proviene dalla natura dei diritti in discussione [...]. La funzione di una simile *ultra* sommarietà [...] è dunque appunto e solo quella di evitare lo spreco di attività processuale, economizzando il giudizio. Ma la parte che subisce il provvedimento si trova così esposta ad effetti esecutivi anche molto rilevanti, prima che il suo diritto di difesa abbia potuto espletarsi in modo ordinario; ed è questa differenza rispetto agli altri provvedimenti di natura anticipatoria, che ad avviso del Tribunale il reclamo previsto dall'art. 669 *terdecies* può porre rimedio, così riequilibrando — dal punto di vista dell'effettività costituzionale — i rischi insiti in un provvedimento adottato a tamburo battente per la sola considerazione dei diritti da tutelare»: cfr. Trib. Genova 16 febbraio 2004 e 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 903 e 931, con note di CIPRIANI. La critica di fondo a questa impostazione rileva che la via maestra per pervenire alla reclamabilità dei provvedimenti provvisori è quella dell'intervento normativo o della Corte Costituzionale, e che anche l'operazione tesa ad armonizzare le forme di tutela della prole, più che da condursi sul piano ermeneutico, deve probabilmente provenire da un intervento della Corte Costituzionale: cfr. CORDER, *I provvedimenti provvisori*, cit., 499.

⁽³⁶⁾ Vedi la giurisprudenza in tema di natura dei provvedimenti, già segnalata.

⁽³⁷⁾ Secondo CORDER, *I provvedimenti provvisori*, cit., 477, le uniche due caratteristiche sicure dei provvedimenti in parola sono la sommarietà e l'anticipatorietà, mentre per il resto sono di incerta classificazione.

⁽³⁸⁾ Se si resta su un piano di pura tecnica processuale, infatti, si deve condividere l'osservazione che il reclamo ha una funzione impugnatoria, e vale ad assicurare una fase di controllo immediato su una misura provvisoria da parte di un giudice diverso da quello che ha adottato il provvedimento; e, dunque, può trovare applicazione anche per tutti i provvedimenti sommari non cautelari: cfr. CEA, *Due sequestri*

Nella prassi applicativa, infatti, si incentrava l'attenzione sul fatto, normativamente certo, che non solo la statuizione presidenziale non ha una funzione meramente anticipatoria del giudizio di merito ma, anche, che i provvedimenti presidenziali sopravvivono all'estinzione del procedimento di separazione⁽³⁹⁾, fino a quando non siano sostituiti da altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore; e fino ad allora, nonché indipendentemente dalle sorti del processo di merito, conservano efficacia di titolo esecutivo⁽⁴⁰⁾.

D'altra parte si tratta di provvedimenti emanati nell'interesse dei coniugi e della prole per ragioni contingenti ed urgenti; e sono, dunque, destinati, sul piano sostanziale, a conformare una situazione attuale di interessi che necessita di immediata regolamentazione e/o tutela (in questo senso, sì, cautelari), sotto il profilo degli interessi personali dei coniugi e della prole, ovvero di esigenze alimentari e di mantenimento, con connotati propri dell'avvio della procedura di separazione, cioè di quella fase temporanea a variabile che accompagna la formalizzazione della crisi coniugale e familiare; e non (o non soltanto né principalmente), invece, di provvedimenti funzionalmente destinati a garantire l'esecuzione della decisione finale nel giudizio di cognizione.

Inoltre, si sottolineava che i predetti provvedimenti non sono soggetti ai mezzi ordinari di impugnazione propri delle sentenze, né al ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., e nemmeno a ricorso per regolamento di competenza, dato il loro carattere tendenzialmente provvisorio ed interinale⁽⁴¹⁾, e la loro intrinseca revocabilità e modificabilità da parte del giudice istruttore, ove si verificano le condizioni richieste dalla stessa norma (mutamento delle condizioni di fatto). Infine si affermava anche che essi non sono soggetti nemmeno al reclamo previsto dall'art. 739 c.p.c. Conseguentemente, ed anzi a maggior ragione, si diceva che deve allora ritenersi inespugnabile il reclamo proprio dei provvedimenti cautelari tipici, che sono strettamente connessi e funzionali ai giudizi ordinari di cognizione finalizzati ad una pronuncia costitutiva, cioè a qualcosa di un po' diverso dal giudizio di separazione dei coniugi.

Sotto il profilo dei rimedi e della modificabilità di questi provvedimenti, dunque, si concludeva che l'unica modifica possibile era da rinvenirsi, effettivamente, all'interno del processo di separazione, cioè quella adottata del giudice istruttore (o del giudice d'appello), nella ricorrenza dei presupposti di legge.

In alcuni casi, poi, si metteva in luce l'inidoneità alla conversione in pignoramento della misura adottata.

Nel complesso, insomma, si riteneva che la diversità concettuale di *ratio* (per le peculiarità sul piano sostanziale prima ancora che processuale) e di disciplina rispetto ai procedimenti tradizionalmente compresi nel rito cautelare uniforme, determinava un'ampia incompatibilità con la menzionata disciplina unitaria, e che, viceversa, ammetterne la reclamabilità significherebbe negarne la natura interinale e sovvertire il sistema di modificabilità condizionata voluto dal legislatore (non irrazionalmente per

speciali e il reclamo cautelare, in *Foro it.*, 2001, I, 2055 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. art. 189 comma 2 disp. att. c.p.c.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. art. 189 comma 1 disp. att. c.p.c.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cass. n. 4613 del 1990, cit. V. anche Cass. 22 febbraio 1990, n. 1309.

la vigenza, in materia, del principio di immodificabilità di cui alla clausola *rebus sic stantibus* ⁽⁴²⁾.

Quanto all'analoga problematica dell'impugnazione dei provvedimenti resi dal giudice istruttore, in fase istruttoria, ai sensi dell'art. 708 comma 4 c.p.c., valgono considerazioni in gran parte simili a quelle appena svolte.

Se mai, va rimarcato che il problema dell'impugnazione dei provvedimenti del giudice istruttore si poneva, e si pone tuttora, in termini anche più stringenti che per quelli presidenziali: mentre, infatti, questi ultimi sono, di fatto, modificabili proprio dal giudice istruttore (e oggi anche reclamabili), quelli del giudice istruttore possono essere modificati solo dal Collegio, e nemmeno subito, bensì in sede di decisione.

Detti provvedimenti (anche quelli negativi, di rigetto di modifica dei provvedimenti presidenziali), tipicamente interinali, sono ritenuti non ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., posto che il ricorso *per saltum* è esperibile esclusivamente avverso i provvedimenti che abbiano carattere di definitività e non siano soggetti ad alcuno specifico mezzo di impugnazione ⁽⁴³⁾ e non aventi natura cautelare, per cui non sono impugnabili con reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. ⁽⁴⁴⁾.

La legge sull'affidamento condiviso sembra, quindi, aver rimediato al problema meno grave, quello dei provvedimenti presidenziali, mentre il vero problema, sia sul piano teorico che pratico, era e resta quello del reclamo dei provvedimenti del giudice istruttore.

Una cosa che emerge nettamente da quanto precede è che il tema della reclamabilità-impugnabilità in generale si intreccia con quello della modificabilità.

È su questo contesto, quindi, che vanno innestati gli effetti delle innovazioni normative introdotte con la l. n. 80 del 2005.

Come già si è visto, l'intervento normativo del 2005 vede proprio nel processo di famiglia uno dei settori più fortemente modificati ⁽⁴⁵⁾. Nell'occasione, sono stati completamente riscritti non solo il procedimento di separazione ma anche quello di divorzio, recependo in parte le indicazioni provenienti dai giudici di legittimità e dalla maggioranza dei giudici di merito ⁽⁴⁶⁾. Se, dunque, oggi le norme processuali riformate appaiono destinate a risolvere la gran parte dei problemi evidenziati dalla pratica, è

⁽⁴²⁾ A parte il fatto che consentire il reclamo al Collegio di tutti i provvedimenti presidenziali e del giudice istruttore emessi ai sensi dell'art. 708 c.p.c. comporterebbe, in concreto, un incremento esponenziale del contenzioso e il rischio di paralisi dei processi di separazione; argomentazione non giuridica ma d'ordine pratico, che può in certa misura spiegare anche una prassi interpretativa prudente, in un contesto sofferente come quello dell'attuale sistema giudiziario.

⁽⁴³⁾ Cass. 28 ottobre 1983, n. 6389; Cass., sez. I, 22 febbraio 1990, n. 1309.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Trani 26 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 232; Trib. Arezzo 11 giugno 1997, *ivi*, 1998, I, 2285; per la medesima conclusione, v. Trib. Roma 27 gennaio 1994, *ivi*, 1994, I, 1216.

⁽⁴⁵⁾ Tra l'altro, a sorpresa degli stessi operatori specialistici, non essendo attesa in quel momento, e

con queste forme, un'ulteriore riforma. Le innovazioni sono svariate, e toccano molteplici punti caratterizzanti del rito di separazione di divorzio, e non possono essere esaminate per esteso in questa sede. Basti dire che allo stato è controverso, anzitutto, se sia o meno intervenuta abrogazione implicita dell'art. 23 l. n. 74 del 1987; v.: CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 144.

⁽⁴⁶⁾ Infatti, il comma ult. dell'art. 708 c.p.c. conferma l'opzione giurisprudenziale relativa al raccordo tra fase presidenziale e fase dinanzi all'istruttore, affermando a chiare lettere che dianzi a quest'ultimo si svolgerà l'udienza di prima comparizione e trattazione, ma è con il successivo art. 709 c.p.c. che si mira a risolvere i problemi legati all'individuazione del maturare delle decadenze.

altresì importante specificare alcuni dettagli della nuova disciplina che, invece, aprono scenari inquietanti e sembrano destinati ad incrementare il contenzioso invece che a razionalizzarlo. Il più spinoso di questi punti critici pare proprio quello del reclamo.

Il nuovo testo dell'art. 709 c.p.c. prevede, al comma ult., che i provvedimenti temporanei ed urgenti possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore, senz'altro aggiungere.

Allo stesso modo è regolato il processo di divorzio (che, come già osservato, non comunica più le proprie caratteristiche a quello di separazione, ma è regolato in parallelo): l'art. 4 comma 8 l. 1 dicembre 1970, n. 898, nel testo modificato, prevede la stessa dizione ⁽⁴⁷⁾.

Con questa piccola modifica testuale si introducono rilevanti modifiche al regime precedente.

La prima conseguenza delle modifiche del 2005, rilevantissima sul piano pratico, attiene alla scomparsa di ogni riferimento alla modifica della situazione di fatto.

Questo significa che il regime temporaneamente stabilito dal presidente o dall'istruttore può essere rivisto indipendentemente da qualunque mutamento sostanziale delle circostanze, e, quindi, tendenzialmente il regime può essere sottoposto ad una continua richiesta di revisione ⁽⁴⁸⁾. In teoria ciò può portare a un incremento notevole del contenzioso di modifica, che già nel recente passato è stato spesso connotato dal continuo tentativo dei difensori dei coniugi in lite di superare l'ostacolo costituito dalla assenza di modificazioni della situazione concreta, soprattutto nelle sedi giudiziarie nelle quali, nonostante le modifiche del 1987, si continuava ad applicare l'art. 708 c.p.c., e non la disciplina dell'art. 4 l. 1 dicembre 1970, n. 898, che non richiedeva il requisito del mutamento di circostanze. Nelle altre sedi, verosimilmente, la novella del 2005 non ha comportato grandi cambiamenti.

La seconda conseguenza è la più devastante per effetto di quello che ha fatto poi lo stesso legislatore pochi mesi dopo.

Se ci si ferma all'assetto disegnato dal legislatore del 2005, infatti, la conseguenza della riforma, per il tema che qui interessa, avrebbe dovuto essere quella per cui la tesi della reclamabilità era destinata a tramontare ⁽⁴⁹⁾. Il fatto che il provvedimento presidenziale possa essere, oltre che modificato, anche completamente revocato dal giudice istruttore in assenza di mutamenti delle circostanze concrete, rende palese la caratteristica, già nota anche in precedenza, dell'assoluta temporaneità e non definitività del provvedimento presidenziale che, pertanto, se anche conserva natura cautelare, trova nel potere di revisione del giudice istruttore ogni forma di tutela della parte che intenda

⁽⁴⁷⁾ V. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Le modifiche al codice di procedura civile*, cit., 143.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Secondo altri, invece, il venir meno del requisito della strumentalità potrebbe essere utilizzato come argomento a favore della reclamabilità dei

provvedimenti provvisori, ma si osserva che a ciò contrasta il peculiare regime di ultrattività, fondato su una norma speciale (l'art. 189 disp. att. c.p.c.) che impedisce l'estensione del nuovo art. 669 octies c.p.c. ai provvedimenti presidenziali: CORDER, *I provvedimenti provvisori*, cit., 501; CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit.

impugnare la statuizione presidenziale ⁽⁵⁰⁾. Pareva, quindi, non più ammissibile il reclamo anche per chi in precedenza sosteneva tale tesi ⁽⁵¹⁾.

Il quadro interpretativo fino ad ora descritto è, invece, radicalmente variato per effetto della volontà del legislatore del 2006, con le norme sull'affidamento condiviso. L'art. 2 *bis* introduce, infatti, il comma 4 dell'art. 708 c.p.c., in base al quale contro i provvedimenti presidenziali 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 norma prevede espressamente soltanto il reclamo avverso i provvedimenti «di cui al comma 3», cioè quelli presidenziali, per cui resterebbe esclusa la reclamabilità dei provvedimenti di modifica emessi dal giudice istruttore ai sensi del comma ult. dell'art. 709 c.p.c. Un'interpretazione logica, peraltro, e volta ad eludere l'evidente differenza di tutela tra due situazioni analoghe che in tal modo si determina, conduce a ritenere estesa la reclamabilità, con le stesse forme, anche ai provvedimenti del giudice istruttore ⁽⁵²⁾. Il problema del mancato coordinamento con le modifiche apportate dalla l. n. 80 del 2005, però, potrebbe porsi in termini ben più profondi, ove si valutasse inconciliabile la modificabilità dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore, prevista dalla l. n. 80 del 2005, con la loro reclamabilità avanti la Corte d'appello prevista dalla novella del 2006. A questo punto, infatti, si danno due alternative: o si ammette, appunto, sul piano concettuale, la reclamabilità di un provvedimento che è, comunque, costantemente modificabile e revocabile dal giudice istruttore (con conseguente potere di modifica anche del regime stabilito dalla stessa Corte d'appello); o si ritiene implicitamente abrogato il potere di intervento del giudice istruttore, previsto dapprima dall'art. 708 c.p.c. e nel 2005 trasfuso nel nuovo art. 709 c.p.c. Soluzione, quest'ultima, ben poco funzionale alle esigenze concrete, e contraria ad una consolidata impostazione teorica e normativa della materia. Soluzione che, comunque, non ha realmente voluto nemmeno il legislatore.

⁽⁵⁰⁾ Si noti che, per effetto delle modifiche complessivamente apportate al procedimento di separazione con la l. n. 80 del 2005, dal momento che l'udienza davanti all'istruttore è quella di prima comparizione e trattazione di cui al «nuovo» rito, nella quale il giudice istruttore non è più tenuto a procedere al libero interrogatorio della parti, ne consegue che il potere di revoca o modifica dell'ordinanza presidenziale è esercitabile anche senza aver sentito le parti personalmente.

⁽⁵¹⁾ CORDER (*I provvedimenti provvisori*, cit., 498) ricorda che l'ammissibilità del reclamo dovrebbe, per coerenza, portare con sé l'applicabilità ai provvedimenti presidenziali anche di altre norme cautelari uniformi, come l'art. 669 *decies* comma 1 c.p.c., che prevede la revoca o modifica del cautelare solo per intervenuti mutamenti delle circostanze, il che comporterebbe un restringimento di prospettiva rispetto all'attuale diritto vivente (su cui v. oltre) in materia di provvedimenti cautelari. Queste considerazioni vanno riprese alla luce della l. n. 80 del 2005,

che ha eliminato il riferimento al mutamento delle circostanze dall'art. 708 c.p.c., differenziando anche sul piano testuale le due fattispecie. V. in proposito anche CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, cit., 89 ss., 143. Si fa notare, inoltre, che con la l. n. 80 del 2005 è anche scomparsa l'inidoneità dei provvedimenti cautelari a sopravvivere all'estinzione del giudizio, perché è stato modificato l'art. 669 *octies* comma 6 c.p.c., stabilendosi che i provvedimenti cautelari anticipatori conservano i loro effetti anche in caso di estinzione del giudizio di merito. Si osserva, quindi (CIPRIANI, *loc. ult. cit.*) che, se la sopravvivenza all'estinzione è ora una caratteristica di tutti i provvedimenti cautelari anticipatori, non potendosi dubitare della natura anticipatoria dei provvedimenti temporanei presidenziali e del giudice istruttore, se ne deve ritenere la reclamabilità.

⁽⁵²⁾ Cfr. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit.

Una terza tesi intermedia appare, però percorribile, ed è quella di fondare nuovamente, in via interpretativa, il potere di modifica dell'istruttore sul sopravvenire di mutamenti delle circostanze, cioè il presupposto eliminato dal legislatore nel 2005. Infatti, il regime del doppio sistema, in deroga ai principi generali, comporta una anomalia, consistente nella fungibilità tra i due mezzi, il reclamo alla Corte d'appello e, contemporaneamente, la modificabilità da parte del giudice istruttore. Cioè, la previsione della modificabilità del provvedimento anche dopo l'eventuale scadenza dei termini per l'impugnazione tipica.

Non c'è dubbio possibile su questa fungibilità, in base al tenore delle nuove norme.

Però il rischio concreto derivante della mancata previsione normativa di un effetto preclusivo della decisione del giudice superiore sul successivo esercizio del potere di modifica da parte del giudice inferiore, è quello di un intervento modificativo del giudice istruttore posteriore alla decisione della Corte d'appello, e di segno contrario.

Il problema è, infatti, se il giudice istruttore possa nuovamente incidere sui provvedimenti che tornano dalla Corte d'appello una volta reclamati. In caso di risposta negativa ne consegue che il provvedimento presidenziale diviene intoccabile solo perché reclamato; se invece si ammette ugualmente il potere di modifica, ne consegue che il giudice istruttore può ripristinare il provvedimento presidenziale originario anche subito dopo il reclamo, andando di diverso avviso da quanto deciso da un giudice superiore.

Come fare, allora?

Il rischio è evitabile con un'operazione ermeneutica che conduca a ricostruire in via sistematica un effetto preclusivo, e a ricondurre a razionalità la disciplina: ritenendo, appunto, che l'ulteriore modifica da parte del giudice istruttore su provvedimento già impugnato con reclamo, sia consentita solo in presenza di mutamenti delle circostanze di fatto. D'altra parte la mancata previsione di reclamabilità dei provvedimenti del giudice istruttore si espone ad una censura di costituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento, trattandosi di due provvedimenti entrambi provvisori, sottoposti tuttavia a due regimi diversi di impugnabilità; con l'ulteriore conseguenza che se divenissero reclamabili — in via interpretativa o per intervento della Corte Costituzionale — anche i provvedimenti emessi dal giudice istruttore, i processi di separazione e di divorzio rischiano di trasformarsi in un eterno circolo vizioso di richieste di modifica e reclami. Si tratta di un'operazione ermeneutica che si espone certamente a critiche basate fondamentalmente sul fatto che la necessità di sopravvenuti mutamenti delle circostanze è proprio ciò che ha abolito il legislatore del 2005. Però la contraddizione l'ha creata lo stesso legislatore, a pochi mesi di distanza. Forse senza nemmeno rendersene conto.

E ha creato quello che è stato definito come il rischio dell'effetto «*ping-pong*» tra Corte d'appello e giudice istruttore, per descrivere l'ipotesi estrema di paralisi del processo di separazione, che finirebbe per dibattersi in un'impasse interminabile, con continue istanze di modifica ed impugnazioni, senza mai giungere a sentenza ⁽⁵³⁾.

Allora, tirando le somme, i problemi sul tappeto sono vari: oggi come oggi, sulla

⁽⁵³⁾ Cfr. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condivi-* so): *prime istruzioni per l'uso*, cit.

reclamabilità, bisogna fare i conti con la nuova norma. Che prevede il reclamo sui provvedimenti presidenziali. Il legislatore ha interrotto un'evoluzione naturale della giurisprudenza ⁽⁵⁴⁾.

Ora arriva l'art. 709, quarto comma, c.p.c. Che reclamo è?

Probabilmente non è quello dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., molto più probabilmente è quello dell'art. 739 c.p.c. ⁽⁵⁵⁾.

Il che risponde all'impostazione ideologica della riforma. Quella di un giudice chiamato ad essere sempre più simile a un *defensor vinculis*, con una riforma che elimina ogni dettaglio del c.d. rito ambrosiano.

Oggetto del reclamo, secondo la norma sono i provvedimenti presidenziali. Ma, come già osservato, il vero problema è quello del reclamo dei provvedimenti del giudice istruttore, e lo era anche prima.

Il punto nevralgico è proprio il mancato coordinamento col potere di modifica dell'istruttore.

Comunque, stando alla lettera della norma i provvedimenti ai sensi dell'art. 708 c.p.c. del giudice istruttore non sono reclamabili.

Secondo gran parte delle prime letture della norma, essa, o tramite intervento della Corte Costituzionale, o con un'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza, andrà estesa ai provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 708 c.p.c. (oggi 709) dal giudice istruttore.

Perché secondo alcuni c'è palese irragionevolezza, assenza di reale giustificazione, del trattamento delle due ipotesi, se non si ritiene reclamabile anche il provvedimento del giudice istruttore.

D'altra parte la *ratio* potrebbe essere questa: il presidente si pronuncia una volta e basta. Da qui l'ammissibilità del reclamo. Quelli del giudice istruttore invece sono rimediabili avanti allo stesso giudice istruttore e quindi non sono reclamabili.

Però anche questo si presta ad una censura di costituzionalità: provvisorio l'uno, provvisorio l'altro, dovrebbero essere entrambi reclamabili. Un'interpretazione logica, e volta ad eludere l'evidente differenza di tutela tra due situazioni analoghe che in tal modo si determina, conduce a ritenere estesa la reclamabilità, con le stesse forme, anche ai provvedimenti del giudice istruttore.

In concreto, comunque, è certamente consigliabile che il giudice istruttore non si pronunci fino a che la cosa è *sub iudice* presso la Corte d'appello.

La competenza della Corte d'appello si giustifica proprio perché è il provvedimento del presidente che viene impugnato.

Poi, però, una volta che la Corte si è pronunciata, si torna al problema dei problemi: l'effetto preclusivo della decisione in sede di reclamo.

Qualche effetto il reclamo dovrà pure averlo. È un giudice superiore.

⁽⁵⁴⁾ Che poteva derivare dall'attenuazione, nella novella, dell'ostacolo costituito dall'art. 189 disp. att. c.p.c., con la scomparsa dell'onere della instaurazione del merito dopo il cautelare. Peraltro la scomparsa del presupposto della sopravvenienza per la mo-

difica potrebbe anche far argomentare in senso contrario.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit.

La legge non si è posta il problema ma qualche rilevanza la deve avere. Sia pure ricostruito sistematicamente, un effetto preclusivo ci dev'essere ⁽⁵⁶⁾.

La strada maestra è l'inammissibilità di una nuova istanza di modifica, successiva alla pronuncia della Corte. Non per motivi testuali ma per motivi sistematici.

La soluzione di rigetto nel merito perché non sono intervenute modifiche rispetto a quanto già deciso, in fondo è un *escamotage*.

Per motivi sistematici si deve dire: se un reclamo c'è, deve avere un effetto: quello di cristallizzare, definire la materia, *rebus sic stantibus*. Su quella situazione si è già deciso. Le successive modifiche sono ammissibili se si verificano mutamenti delle circostanze. L'impostazione è comunque discutibile.

Tra l'altro, la scelta tra impugnare il provvedimento in Corte o attendere e chiedere la modifica al giudice istruttore è una facoltà lasciata alla decisione della parte, o meglio del difensore.

Il problema, come già sottolineato, nasce dal fatto che è una stortura la previsione della modificabilità del provvedimento anche dopo aver lasciato scadere i termini per l'impugnazione tipica, cioè sussiste un'anomalia, che sta nella fungibilità tra i due mezzi, reclamo e anche modificabilità da parte del giudice istruttore. È un doppio sistema, in deroga ai principi generali.

⁽⁵⁶⁾ Cfr.: CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di* (viso): *prime istruzioni per l'uso*, cit. *famiglia (norme processuali ed affidamento condi-*



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO