

OSSERVATORIO NAZIONALE SUL DIRITTO DI FAMIGLIA

Avvocati di Famiglia
Sezione territoriale di Bari

Incontro di studio sul tema:
“Il giusto processo nel conflitto familiare”
Bari, 18 marzo 2011

Le impugnazioni

Relatore:
dott. Luciano Guaglione
Cons. Corte Appello di Bari

SOMMARIO

1. Reclamo contro le ordinanze presidenziali.
2. Rapporti tra reclamo e modifica ordinanza da parte del G.I.
3. Reclamabilità dell'ordinanza di modifica emessa dal G.I.
4. Le impugnazioni: preclusioni istruttorie e modificabilità delle condizioni.
5. Impugnabilità dei provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.*

1.Reclamo contro le ordinanze presidenziali (art. 708, co. 4, c.p.c.).

È con estrema partecipazione, direi quasi commozione, che mi accingo a svolgere il mio intervento in questo incontro di studio sul sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di famiglia (in particolare sul coordinamento tra reclamo avverso i provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole e la revoca e modifica degli stessi provvedimenti da parte del giudice istruttore).

Invero, al tema dei provvedimenti presidenziali **Franco Cipriani** ha dedicato la sua attenzione si può dire durante tutto il corso della sua vita; nel corso degli ultimi venti anni dei suoi studi aveva **concentrato la sua attenzione sul tema delle garanzie del giusto processo**, delle indispensabili garanzie delle parti a fronte dell'autorità del giudice.

I provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole sono provvedimenti sommari destinati ad incidere, e in maniera molto pesante, sulla realtà extraprocessuale. Ed è per tale motivo che, sin dall'indomani della emanazione della I. 353/90 (e della introduzione del reclamo avverso i provvedimenti cautelari), Franco Cipriani mise in evidenza che al di là della collocazione dommatica di tali provvedimenti, **un'attenzione anche minima al tema delle garanzie imponeva un'applicazione diretta o analogica del reclamo avverso tali provvedimenti**: ed è noto come questa sua opinione, condivisa da numerosi studiosi, fece breccia solo in una parte minoritaria della giurisprudenza (in particolare quella genovese).

Il problema è stato opportunamente avvertito dallo stesso legislatore che, con l'art. 2 della **legge 8 febbraio 2006 n. 54** ("Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"), entrata in vigore il 16 marzo 2006, ha modificato l'art. 708 c.p.c. prevedendo (nel nuovo 4° comma) la possibilità di proporre **reclamo** contro i provvedimenti presidenziali adottati nell'interesse dei coniugi e della prole ai sensi del comma 3°, nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione, con ricorso **alla corte d'appello**, che si pronuncia in camera di consiglio.

La disposizione si segnala, da un canto, per la previsione espressa dell'impugnazione secondo un modulo più affine al reclamo avverso i provvedimenti **in camera di consiglio** e, d'altro canto, per la limitazione della reclamabilità alla **sola ordinanza del presidente del tribunale**, non essendo contemplata pure quella del giudice istruttore che l'abbia modificata o revocata, ai sensi dell'art. 709, ult. cpv., c.p.c.

La facoltà di proporre reclamo innanzi alla Corte d'Appello avverso l'ordinanza con la quale il Presidente del tribunale adotta i provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei coniugi e dei figli (ai sensi dell'art. 708 comma 4 c.p.c.) è stata introdotta dall'art. 2 l. n. 54 del 2006, il quale avendo **natura processuale** ed in mancanza di diversa disposizione transitoria è **di**

immediata applicazione anche ai processi in corso (cfr. App. Bologna, sez. I, 17 maggio 2006; App. Bari, 14 luglio 2006).

La **legittimazione** al reclamo spetta ad entrambe le parti, nella misura in cui lamentino l'illegittimità o erroneità nel merito dei provvedimenti provvisori assunti dal Presidente.

Naturalmente ove il convenuto non si sia ancora costituito nell'udienza presidenziale, lo stesso dovrà partecipare al giudizio di reclamo con la necessaria assistenza di un difensore e con questo costituirsi.

La **decorrenza del termine** di dieci giorni per la proponibilità del reclamo è ancorata esclusivamente alla **notificazione** (ad istanza di parte) del provvedimento (divergendo la previsione normativa da quella dettata dall'art. 669 *terdecies* c.p.c. in materia di reclamo cautelare).

Sarà così necessario ricorrere alla notifica dell'ordinanza presidenziale (che, peraltro, può ben essere conosciuta dalla parte e dal suo difensore, ove reso in udienza) al solo fine di provocare la consumazione del **termine breve** di impugnazione.

La scelta non appare felice, poiché in carenza di notificazione, la reclamabilità resta aperta per un arco temporale significativo (quello segnato dal **termine lungo** *ex* art. 327 c.p.c.), senza alcuna possibilità di stabilizzazione del regime interinale.

GIURISPRUDENZA Ai sensi del nuovo comma 4 dell'art. 708 c.p.c., contro i provvedimenti presidenziali si può proporre reclamo alla corte di appello nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento. Allorquando l'ordinanza non è stata notificata ma solo comunicata ovvero non sia stato emesso alcun provvedimento da giudice istruttore in giudizio, deve ritenersi che il termine anzidetto per proporre reclamo non abbia mai iniziato a decorrere (Appello Bari, sez. I, 14 luglio 2006).

L'individuazione dell'organo di controllo nella **Corte d'Appello** si spiega verosimilmente in relazione alla particolare posizione ordinamentale (apicale nel suo ufficio) del Presidente del tribunale ed in considerazione, quindi, di un certo *metus reverentialis* nei suoi confronti da parte dei giudici del tribunale.

Il richiamo alla "**pronuncia in camera di consiglio**" comporta che la decisione sul reclamo avverrà con decreto, a sua volta insuscettibile di ulteriore reclamo (art. 739 c.p.c.).

Quanto al **contenuto del controllo** esercitato in sede di reclamo, salvo quanto si dirà a proposito del coordinamento con il potere di revoca/modifica del G.I., prevale in dottrina ed in giurisprudenza la tesi secondo cui la cognizione della Corte d'Appello deve intendersi finalizzata al solo scopo di **eliminare al più presto situazioni che appaiono *ictu oculi* macroscopicamente ingiuste ed erranee, avulse dalle stesse prime prospettazioni delle parti, senza alcuna possibilità di approfondimenti istruttori**, neppure attraverso l'esame di documenti in

precedenza non acquisiti agli atti, che condurrebbero il giudice d'appello a sostituirsi al giudice naturale di primo grado nell'indagine processuale a lui riservata. La rivisitazione del provvedimento presidenziale dovrà essere pertanto condotta alla luce delle sole emergenze processuali in allora sottoposte al vaglio del primo giudice, così da consentire l'eventuale riscontro di improprietà nel percorso argomentativo dal medesimo seguito e/o la scorretta applicazione di principi di diritto, con l'ulteriore avvertenza che resta riservata al giudice istruttore la possibilità di revocare, modificare o integrare le originarie determinazioni interinali al fine di meglio adeguare la regolamentazione, adottata all'esito della delibazione sommaria, alle risultanze acquisite nella successiva fase a cognizione piena (in questi termini, cfr. *ex plurimis*, Appello Milano, Lecce, Bari, Trento, Salerno, Bologna, in *Famiglia e diritto*, 2007, 617).

GIURISPRUDENZA In sede di reclamo avverso l'ordinanza con la quale il Presidente del tribunale adotta i provvedimenti provvisori e urgenti nell'interesse dei coniugi e dei figli (ex art. 708 c.p.c.) rilevano unicamente i profili di erroneità dell'ordinanza medesima immediatamente rilevabili e non da accertare a mezzo di complessa attività istruttoria (nel caso di specie, infatti, le richieste istruttorie formulate dal reclamante sono state dichiarate inammissibili poiché ampie e complesse) (App. Bologna, 8 maggio 2006).

Il nuovo regime di impugnazione sollecita, infine, una riflessione circa **l'obbligo di motivazione** dell'ordinanza presidenziale.

Fino al 2006, la tendenza dominante nella prassi era quella di soddisfare l'esigenza limitandosi per lo più a motivazioni estremamente concise, e per lo più stereotipate ricollegate al criterio dell'interesse del minore. Nel nuovo sistema, invece, ragioni sia di ordine sostanziale-contenutistico quanto di ordine propriamente formale-processuale impongono una motivazione più estesa. Sotto il primo profilo, il presidente avrà l'obbligo di motivare il provvedimento in tutte quelle ipotesi in cui intenda discostarsi dal canone dell'affidamento condiviso elevato dal legislatore a criterio generale informatore e prioritario rispetto ad ogni differente tipologia di affidamento. Sotto il secondo profilo, la prevista reclamabilità del provvedimento raccomanda l'adozione di una **motivazione congrua**, che consenta la verificabilità del percorso in sede di controllo, diversamente diminuendo il grado di tenuta a fronte della richiesta rivalutazione ad opera del giudice del reclamo.

2. Rapporti tra reclamo e modifica ordinanza da parte del G.I.

Il tema dei controlli dei provvedimenti nell'interesse dei coniuge e della prole è ben più complesso di quanto si possa pensare a causa del **difficile coordinamento** della nuova norma sulla

reclamabilità dell'ordinanza presidenziale (art. 708, co. 4, c.p.c.) **con il potere di revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali**, che la l. n. 80 del 2005 ha reso tendenzialmente illimitato, espungendo dal nuovo art. 709, co. 4, c.p.c. il presupposto dei “*mutamenti nelle circostanze*” per il suo esercizio (soluzione, questa, peraltro da più parti ammessa anche sotto il regime previgente, mediante applicazione analogica dell'art. 4, co. 8°, l. div.).

Tale estensione del potere del G.I. (in teoria liberamente esercitabile anche per una semplice rivisitazione delle ragioni poste a base del provvedimento) poteva essere in qualche modo giustificata dall'assenza della reclamabilità dell'ordinanza presidenziale; senonché l'introduzione (con l'art. 2 l. 54/2006) della reclamabilità di tali provvedimenti è circostanza destinata ad influire sull'estensione del potere di revoca/modifica, a meno che non si voglia sostenere che i due rimedi (almeno in parte) concorrono illimitatamente a scelta delle parti.

Il coordinamento è di difficile soluzione, in carenza di adeguate indicazioni normative, viceversa presenti, in ambito cautelare, nelle norme di cui all'art. 669 *decies* e *terdecies* c.p.c. (nei testi novellati dalla l. 80 del 2005) che attribuiscono priorità temporale al reclamo (per la deduzione di qualsiasi vizio o mutamento) sicché l'utilizzabilità del potere di revoca/modifica (per sopravvenienze oggettive o soggettive) è possibile solo a reclamo esaurito ovvero dopo la scadenza dei termini per la sua proposizione.

Certamente **è da criticare quell'orientamento restrittivo** espresso da qualche Corte d'Appello (segnatamente App. Firenze, 9 aprile 2010) che conduce ad un vero e proprio *non liquet* allorchè l'udienza davanti al giudice istruttore debba essere celebrata pochi giorni dopo quella davanti alla Corte ed il provvedimento impugnato non presenti evidenti e palesi incongruenze; può infatti accadere che una parte si veda rigettato il reclamo dalla Corte d'Appello, non perché i suoi rilievi siano peregrini, ma perché di lì a poco si celebrerà un'udienza (di prima comparizione e trattazione) davanti ad un giudice (l'istruttore) dotato del potere di riesame dell'intera vicenda, salvo, subito dopo, sentirsi dire da quest'ultimo giudice che la sua istanza di revisione dell'ordinanza presidenziale non è ammissibile, trattandosi di questioni che andavano sollevate con il reclamo alla Corte d'Appello.

GIURISPRUDENZA Poiché i provvedimenti che la corte d'appello può adottare in sede di reclamo ex art. 708. 4° comma, c.p.c. hanno gli stessi requisiti di precarietà ed approssimatività delle misure presidenziali reclamale, 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 esplicitare appieno la sua efficacia cautelare ed in ogni caso sia volta a modificare provvedimenti presidenziali che, per la loro abnormità o non manifesta rispondenza alle emergenze della causa già evidenziatesi, siano oggettivamente in grado di danneggiare le parti anche nel breve lasso di tempo che separa l'udienza presidenziale da quella di prima comparizione davanti al giudice istruttore (nella specie, il reclamo è stato rigettato perchè l'udienza davanti al giudice istruttore si sarebbe celebrata pochi giorni dopo quella davanti alla corte e il provvedimento impugnato non

presentava evidenti e palesi incongruenze) (App. Firenze; decreto 9 aprile 2010, Pres. ed est. GRIMALDI).

Una soluzione razionale (che definisca gli ambiti dei due rimedi) passa attraverso il **collegamento dell'art. 709, ult. co., c.p.c. con l'art. 669 *decies* c.p.c.**, a norma del quale la revoca o la modifica è ammissibile solo in presenza di mutamenti nelle circostanze ovvero di allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento (sopravvenienze in senso oggettivo o soggettivo).

Tanto premesso, va osservato che il reclamo previsto dal quarto comma dell'art. 708 c.p.c. ha per oggetto statuizioni di natura temporanea ed urgente su relazioni e situazioni (giuridiche e di fatto), le quali per comune esperienza sono, di per sé e per il contesto conflittuale, suscettibili di evoluzione nel corso del processo. Peraltro, nel caso di mutamento delle circostanze, dette statuizioni possono essere modificate o revocate dal giudice istruttore, ai sensi dell'ultimo comma del nuovo art. 709 c.p.c. Di conseguenza, secondo una corretta interpretazione sistematica del novellato art. 708 c.p.c. (che esclude una duplicazione di procedimenti aventi lo stesso oggetto), **il reclamo ha il solo effetto di investire la Corte d'appello del riesame dei provvedimenti presidenziali "allo stato degli atti", laddove spetta al competente giudice istruttore nel corso del procedimento pendente in primo grado l'eventuale modifica o revoca (conseguente al mutamento delle circostanze) a seguito delle ulteriori deduzioni delle parti e dei necessari approfondimenti istruttori.**

In tal modo gli ambiti della cognizione vengono a differenziarsi: a) con il **reclamo** vanno dedotti gli errori di valutazione del provvedimento, sulla scorta della stessa situazione fattuale e probatoria tenuta presente dal Presidente; b) con la istanza di **revoca/modifica** si fanno valere le sopravvenienze, così da garantire la costante adeguatezza del provvedimento alle nuove emergenze fattuali ed istruttorie.

Tale ricostruzione corrisponde all'orientamento maggioritario della giurisprudenza.

GIURISPRUDENZA A seguito della introduzione dello strumento di impugnazione tipico del reclamo alla Corte d'appello avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti del presidente del tribunale, previsto dall'art. 708 comma 3 c.p.c. introdotto dall'art. 2 l. n. 54 del 2006, la proposizione della istanza di revoca o di modifica di tali provvedimenti temporanei ed urgenti della separazione o del divorzio ex art. 709 comma 4 c.p.c., **presuppone la necessaria allegazione e, quindi, la prova della sussistenza di mutamenti sopravvenuti nelle circostanze**, ovvero di fatti anteriori dei quali sia stata acquisita la conoscenza successivamente alla pronuncia del provvedimento del quale si chiede la modifica (Trib. Palermo, sez. I, 6 marzo 2007).

Nel giudizio di separazione l'ordinanza presidenziale è revocabile o modificabile da parte del giudice istruttore solo se sopravvengono giustificati motivi, che possono essere sia di tipo sostanziale (fatti nuovi), sia di tipo processuale (nuove allegazioni o nuove prove) (Trib. Pisa, ord. 3 marzo 2010; Giud. PICARDI).

Nel giudizio di separazione l'ordinanza presidenziale è revocabile o modificabile da parte del giudice istruttore solo in caso di acquisizione di nuovi elementi di valutazione, mentre va esperito il reclamo alla corte di appello tutte le volte che la parte faccia valere errori del provvedimento presidenziale e chieda una nuova decisione in base agli stessi elementi di fatto allegati nella fase presidenziale (Trib. Pistoia; ord. 7 gennaio 2010; Giud. GALVANI).

A seguito della introduzione dello strumento di impugnazione tipico del reclamo alla Corte d'appello avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti del presidente del tribunale, previsto dall'art. 708 comma 3 c.p.c. introdotto dall'art. 2 l. n. 54 del 2006, la proposizione della istanza di revoca o di modifica dei provvedimenti temporanei ed urgenti della separazione o del divorzio ex art. 709 comma 4 c.p.c., presuppone la necessaria allegazione e, quindi, la prova della sussistenza di **mutamenti sopravvenuti** nelle circostanze, ovvero di fatti anteriori dei quali sia stata acquisita la conoscenza successivamente alla pronuncia del provvedimento del quale si chiede la modifica (Trib. Busto Arsizio, 17 novembre 2010).

Nel rispetto degli ambiti diversi è, dunque, possibile che coesistano contemporaneamente procedimento di reclamo innanzi alla Corte d'Appello e procedimento di revoca/modifica innanzi al G.I. su **aspetti e motivi diversi** (ad es. erronea assegnazione della casa coniugale ed aspetti economici). **I due procedimenti troveranno sfogo autonomo innanzi al proprio giudice naturale.**

Ove invece, successivamente alla proposizione del reclamo, il giudice istruttore venga investito della **stessa questione** (ad es. revisione assegno di mantenimento) in base a “mutamenti delle circostanze”, il primo procedimento dovrà essere definito con una pronuncia di “**non luogo a provvedere**”.

Eventuali mutamenti sopravvenuti all'ordinanza presidenziale, prima che la causa passi alla cognizione del G.I., dovrebbero poter essere dedotti in sede di reclamo alla Corte d'Appello ma la prassi è nel senso che di qualsivoglia sopravvenienza debba occuparsi il G.I. nell'esercizio del potere di revoca/modifica.

3.Reclamabilità dell'ordinanza di modifica emessa dal G.I.

L'introduzione del reclamo camerale limitato ai soli provvedimenti presidenziali suona come conferma dell'ordinario regime di inimpugnabilità delle omologhe misure adottate dal giudice istruttore.

Eppure, come è stato opportunamente sottolineato, il problema dell'impugnabilità si pone essenzialmente per i provvedimenti emanati dal giudice istruttore¹, perché rispetto all'ordinanza presidenziale il sistema consente alle parti di trasferire la questione ad altro giudice (il giu-

¹ cfr. Trib. Genova, 10 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2534, con note di F. CIPRIANI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti presidenziali ex art. 708 c.p.c.*, e di A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi attuali del processo familiare*)

dice istruttore) diverso da quello che in prima battuta ha deciso in senso loro sfavorevole, assicurando così un fattore di maggiore garanzia.

La problematica comporta l'indagine sulla **natura di tali provvedimenti**.

Nella vigenza del codice di rito del 1865 era prevalente la tesi della natura di volontaria giurisdizione dei provvedimenti in questione, mentre invece dopo la promulgazione del codice del 1940, sulla scia dell'opinione chiovendiana, prevalse l'affermazione della loro natura cautelare.

La **Corte di cassazione**, a partire dalla fine degli anni '60, in più occasioni ha riconosciuto la **natura cautelare dei suddetti provvedimenti interinali**². Trattasi a ben vedere di pronunce rese per lo più anteriormente all'entrata in vigore della riforma del '90 (allorché i provvedimenti cautelari non erano impugnabili), laddove in costanza del rito cautelare uniforme la Suprema corte, pur riaffermando il proprio precedente orientamento, non pare aver affrontato *ex professo* e risolto in modo univoco la problematica dell'inquadrabilità dei provvedimenti interinali e urgenti nell'ambito della nozione di provvedimento cautelare, che si ricava dalla sopravvenuta disciplina di cui agli artt. da 669 *bis* a 669 *terdecies* c.p.c.³.

In ogni caso, il trentennale indirizzo della Cassazione favorevole alla natura cautelare **non ha impedito alla prevalente giurisprudenza di merito di schierarsi con l'opposta opinione dottrina**, negando conseguentemente l'impugnabilità con il reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c. di quei provvedimenti interinali. La tesi negazionista (della cautelarietà) ha fatto leva essenzialmente su **due elementi strutturali**: l'uno ravvisato nell'**officiosità** dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole; l'altro nella loro **ultrattività** all'estinzione del processo, garantita dall'art. 189 disp. att. c.p.c., esplicitamente richiamato anche per il processo di divorzio dopo le modifiche apportate dalla novella n. 74 del 1987 (art. 4, co. 8, l. div.)⁴.

² Cfr. Cass., 1 dicembre 1966, n. 2823, in *Foro it.*, 1967, I, c. 273; Cass., 28 aprile 1977, n. 1607, *ivi.*, 1977, I, c. 1907, a proposito del mantenimento; Cass., 30 dicembre 1981, n. 6774, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Separazione di coniugi*, c. 2639, n. 47; Cass., 10 maggio 1984, n. 2864, *ivi.*, 1984, voce *cit.*, c. 2793, n. 47, ancora a proposito del mantenimento; Cass., 14 febbraio 1986, n. 878, *ivi.*, 1986, voce *cit.*, c. 3007, n. 67, con riferimento alla casa coniugale; Cass., 22 maggio 1990, n. 4613, *ivi.*, 1990, voce *cit.*, c. 2978, n. 23, con riferimento all'affidamento della prole; Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in *Giust. civ.*, 1990, p. 2900; Cass., 18 settembre 1991, n. 9728, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Separazione di coniugi*, c. 3091, n. 48; Cass., 12 aprile 1994, n. 3415, in *Giust. civ.*, 1994, p. 2865.

³ Cfr. Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, *cit.*; Cass., 18 settembre 1991, n. 9728, *cit.*; Cass., 12 aprile 1994, n. 3415, *cit.*; Cass., 5 ottobre 1999, n. 11029, in *Famiglia e dir.*, 2000, p. 292.

⁴ V., in dottrina, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, *cit.*, p. 398; C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUISSO e B. SASSANI, *La riforma*, *cit.*, p. 547; G. COSTANTINO, *Commento all'art. 669 quaterdecies c.p.c.*, in *Nuove leggi civ.*, Padova, 1992, p. 420; G. OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, *cit.*, p. 141; G. OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, *cit.*, p. 732; F. TOMMASEO, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 1997, p. 310; M.G. CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Famiglia e dir.*, 1995, p. 381 ss. V., in giurisprudenza, Trib. Roma, 27 gennaio 1994 e Trib. Catania, 21 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1216; Trib. Pisa, 13 aprile 1995, in *Gius.*, 1995, p. 1856; Trib. Arezzo, 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2285 (che pure mostra di essere consapevole

Tali argomenti appaiono in realtà scarsamente persuasivi: da un canto, il nostro ordinamento contempla provvedimenti emanabili *ex officio* e pur tuttavia reclamabili (ad es. in materia fallimentare); per altro verso, in relazione al carattere di ultrattività, il nuovo regime di efficacia dei provvedimenti cautelari anticipatori (o a strumentalità attenuata) introdotto dalla legge n. 80 del 2005 ha fatto cadere l'ostacolo più consistente che era stato frapposto, a livello teorico, all'affermazione della natura cautelare dei nostri provvedimenti.

Parte della giurisprudenza di merito ha mostrato in epoca recente **un'apertura sulla strada del garantismo**, ammettendo a volte la reclamabilità di provvedimenti sulla prole o nell'interesse dei coniugi adottati dal giudice istruttore *ex art. 708 c.p.c.*⁵; altre pronunce hanno, invece, riaffermato la tesi contraria ad ogni impugnazione di tali provvedimenti⁶. Questi contrasti esprimono chiaramente una **incertezza di fondo degli stessi giudici di merito nella individuazione di una soluzione effettivamente appagante** in relazione alla delicatezza degli interessi in gioco, che meritano adeguata protezione attraverso una garanzia processuale che gli interessati possano utilizzare a fronte di provvedimenti inopportuni, ingiusti o illegittimi.

L'orientamento giurisprudenziale pare ancor meno granitico dopo l'introduzione del reclamo camerale davanti alla Corte d'Appello dei provvedimenti presidenziali (l. 54/2006), essendosi formati **tre indirizzi** in merito alla reclamabilità delle ordinanze del giudice istruttore:

- 1) **inammissibilità secca del reclamo avverso le misure del g.i.** (in base al presupposto della sola reclamabilità dei provvedimenti presidenziali, giusta quanto previsto dall'art. 708, 4° comma, c.p.c., applicabile, *ex art. 4 l. 54/2006*, anche nei processi di divorzio)⁷;
- 2) **reclamabilità dei provvedimenti del g.i. davanti al tribunale in composizione collegiale**, di cui non può far parte il giudice che li ha emessi, **giusta quanto statuito dall'art. 669 terdecies c.p.c.**⁸;

della natura cautelare dei provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.*, riconosciuta dalla Cassazione); Trib. Trani, 26 novembre 1997 e Trib. Pavia, 9 gennaio 1997, *ivi*, 1998, I, c. 232.

⁵ V. Trib. Genova, 16 marzo 2001, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2356, con nota adesiva di F. CIPRIANI; Trib. Genova, 7 marzo 2002, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Separazione di coniugi*, p. 1910, n. 72, e, per esteso, in *Famiglia e dir.*, 2002, p. 631, con nota di E. BET, *Sull'ammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies avverso i provvedimenti per i figli nel procedimento di separazione giudiziale*; Trib. Genova, 10 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 931, con osservazioni di F. CIPRIANI; Trib. Genova, 16 febbraio 2004, *ivi*, 2004, I, c. 904, con osservazioni di F. CIPRIANI, relativamente al giudizio di divorzio; Trib. Genova, 22 novembre 2004 e Trib. Rovereto, 18 febbraio 2005, *ivi*, 2005, I, c. 1591, con annotazione di C.M. CEA.

⁶ Cfr. Trib. Foggia, 30 luglio 2001, *cit.*; Trib. Brindisi, 12 agosto 2003 e Trib. Verona, 20 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3156 ss., con nota di F. CIPRIANI, *Ancora sull'impugnabilità dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"* nonché *ivi*, 2004, I, 624, con nota di C.M. CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole tra omissioni e formalismi*; Trib. Bari, 23 dicembre 2004, *ivi*, 2005, I, c. 1244.

⁷ V. App. Cagliari 18 luglio 2006, App. Milano 6 luglio 2006, App. Bari 16 giugno 2006, *Foro it.*, 2006, I, 3244 con nota di CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*, nonché Trib. Foggia 2 maggio 2006, *ibid.*, 2213, con nota di CEA, *La nuova torre di Babele: la legge sull'affidamento condiviso e il reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore*.

3) **reclamabilità dei provvedimenti del g.i. davanti alla corte d'appello, ai sensi dell'art. 708, 4° comma, c.p.c.** (ritenuto, in via di interpretazione estensiva, applicabile anche nel caso di misure del g.i.)⁹.

GIURISPRUDENZA I provvedimenti del g.i. emanati ai sensi dell'art. 708 comma 4 c.p.c. (o del novellato art. 709 comma 4 c.p.c., qualora si tratti di procedimenti instaurati dopo il 1 marzo 2006), non hanno natura cautelare, in quanto non subordinati alla ricorrenza dei presupposti tipici del "fumus boni iuris" (essendo le ordinanze "de quibus" assunte in base alla cognizione piena tipica del giudizio di merito) e del "periculum in mora" (il requisito dell'urgenza non appare requisito indefettibile del provvedimento modificativo adottato dal g.i.) e, pertanto, non sono reclamabili ex art. 669 terdecies c.p.c. L'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento interinale "de quo" è, in linea con il disposto dell'art. 177 comma 2 c.p.c., l'istanza rivolta allo stesso g.i. per la revoca e/o modifica della determinazione assunta, salvo che la causa non sia rimessa al collegio per decidere l'intera controversia ai sensi dell'art. 189 c.p.c. Del pari, non esperibile, è il rimedio di cui 178 c.p.c., atteso che tale norma non comprende, tra i provvedimenti suscettibili di reclamo immediato al collegio (il cui novero è da ritenersi tassativo, per il principio in materia di impugnazioni ed inoltre perché trattasi di norma eccezionale ex art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, come tale insuscettibile di interpretazione estensiva ed a fortiori di applicazione analogica), l'ordinanza con la quale il G.I. revochi o modifichi i provvedimenti adottati dal Presidente con l'ordinanza di cui all'art. 708 comma 3 c.p.c. (Trib. Bari, sez. I, 23 settembre 2008).

Di recente è intervenuta una pronuncia della **Corte Costituzionale**, che tuttavia non ha fornito indicazioni decisive per la soluzione del problema.

Sono manifestamente inammissibili le q.l.c. degli art. 709, comma 4, e 709-ter c.p.c., impugnati, in riferimento agli art. 3, 24 e 111, commi primo e secondo, cost., nelle parti in cui non consentono, nell'ambito del procedimento di separazione giudiziale, di sottoporre a reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, le ordinanze del giudice istruttore in materia di revoca o modifica dei provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente del tribunale nell'interesse della prole e dei coniugi ai sensi dell'art. 708, comma 3, c.p.c. **I rimettenti, infatti, si sono sottratti all'onere di sperimentare la possibilità di pervenire ad una doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della norma che consenta di colmare la dedotta carenza di tutela.** In particolare, essi hanno ommesso di considerare che, già prima della proposizione delle odierne questioni, in giurisprudenza si sono formati differenti orientamenti, nel cui contesto alle numerose pronunce di merito che hanno affermato anch'esse (senza peraltro trarre da ciò dubbi di costituzionalità) l'esclusione dell'ammissibilità della reclamabilità dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore nei processi "de quibus" si contrappongono (oltre a talune posizioni, minoritarie, che ammettono la proponibilità del reclamo davanti alla Corte d'appello) altrettanto numerose decisioni di altri giudici di merito che sono pervenuti, per via interpretativa, alla medesima conclusione auspicata dal rimettente della reclamabilità di tali provvedimenti davanti al collegio mediante il rimedio del rito cautelare uniforme ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c. **Sicché, in assenza di un consolidato diritto vivente, i prospettati dubbi di legittimità costituzionale sembrerebbero piuttosto risolversi in un improprio tentativo di ottenere dalla Corte l'avallo dell'interpretazione della norma propugnata dai rimettenti, con uso evidentemente distorto dell'incidente di costituzionalità.** Infine, tenuto conto delle richiamate differenti opzioni interpretative rintracciabili in giurisprudenza, la soluzione richiesta dai rimettenti non appare come l'unica

⁸ v. App. Genova 20 ottobre 2006, in *Foro it.*, nonché Trib. Trani 28 aprile 2006, *id.*, 2006, I, 2213; App. Napoli, sez. I, 5 marzo 2007.

⁹ v. Trib. Genova 2 maggio 2006, *Foro it.*, 2006, I, 2213.

costituzionalmente obbligata, tanto più in un contesto, quale quello della conformazione degli istituti processuali, in cui il legislatore gode di ampia discrezionalità (Corte Cost., 11 novembre 2010, n. 322).

A livello europeo non va dimenticato l'orientamento della **Corte EDU** favorevole alla reclamabilità di tutti i provvedimenti d'urgenza assunti dall'Autorità Giudiziaria nell'interesse dei minori.

In tale situazione di vuoto normativo si segnala la proposta di legge contenuta nel **ddl. n. 957** (*Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso*), attualmente in discussione al Senato, il cui art. 7 introduce la **reclamabilità dell'ordinanza del g.i. con il rimedio di cui all'art. 178 c.p.c.**

Art. 7. 1. All'art. 178 del codice di procedura civile, dopo il primo comma è 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.

E' evidente che tale proposta, se apprezzabile nell'intento di consentire il controllo delle ordinanze del g.i., non appare condivisibile nella scelta del mezzo, che ha ormai un ambito di applicazione assolutamente residuale nel nostro ordinamento.

Una tale soluzione non sarebbe neppure coerente con la necessaria identità di natura dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, a prescindere dal fatto che siano emanati dal presidente o dal giudice istruttore. La conclusione della reclamabilità dei provvedimenti di G.I. sembra imposta dall'irragionevole diversità di trattamento riservata a provvedimenti che incidono sugli stessi interessi, nel corso del medesimo procedimento e senza che vi sia necessariamente un approfondimento istruttorio.

Ed allora appare opportuno auspicare una soluzione unitaria che valorizzi la natura cautelare dei provvedimenti in questione: così possono risciversi gli artt. 708, co. 4 e 709 c.p.c. (con l'aggiunta di un nuovo co.) nel senso della reclamabilità dei provvedimenti in esame ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Proposte di modifica

Il quarto comma dell'art. 708 del codice di procedura civile è sostituito dal 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* c.p.c.”.

Dopo il comma 4 dell'art. 709 del codice di procedura civile è inserito 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* c.p.c.”

4. Le impugnazioni: preclusioni istruttorie e modificabilità delle condizioni.

Davanti al giudice istruttore il giudizio riprende lo schema del processo ordinario di cognizione, secondo l'interpretazione dominante anche nel regime previgente, così confermando l'assenza di fondamento delle tesi sulla "specialità integrale" del rito.

Le parti si presentano avanti all'istruttore già costituite e l'art. 709 *bis* c.p.c, come "corretto" dalla l. n. 263 del 2005, stabilisce che «all'udienza davanti al giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui agli articoli 180 e 183, commi primo, secondo, e dal quarto al decimo. Si applica altresì l'articolo 184».

Il processo avanti al G.I. si svolge in linea con le modifiche introdotte dalla l. n. 80 del 2005 e dalla l. n. 263 del 2005 per il rito civile ordinario, con un'udienza di comparizione e trattazione di regola unica (cumulando le precedenti udienze ex artt. 180 e 183 c.p.c). La suddivisione tra le due udienze torna a essere possibile unicamente in ragione di questioni formali da risolvere separatamente e preliminarmente (come ad es. la nullità degli atti introduttivi).

All'udienza di trattazione, se richiesto, il G.I. assegna alle parti i “nuovi” **termini perentori** per la definitiva fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

La seconda questione che si pone è quella relativa al rapporto tra deducibilità di prove documentali o costituende nell'ambito dei subprocedimento ex art. 709, ult. co., c.p.c. e preclusioni operanti nel giudizio di merito.

Com'è noto, nei processi di separazione e divorzio il legislatore ha previsto la possibilità di rendere costantemente aderenti i provvedimenti interinali adottati dal presidente del tribunale alle mutevoli esigenze dei coniugi e della prole attraverso la revocabilità e modificabilità degli stessi da parte del g.i. ai sensi dell'art. 177 c.p.c. (artt. 708, comma 4°, c.p.c. e 4, comma 8°, legge 1.12.1970 n. 898).

Trattasi – secondo la condivisibile tesi prevalente - di provvedimenti sommari non cautelari, i quali hanno in comune con quelli cautelari la funzione di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, distinguendosi per l'assenza del dato strutturale, relativo alla necessaria provvisorietà e strumentalità del provvedimento rispetto al giudizio ordinario ed ai suoi esiti.

Il problema pratico è quello di stabilire entro quali limiti possano ritenersi consentite nuove allegazioni e nuove prove nell'ambito di una cognizione sommaria interna ad un giudizio di merito già pendente, alla luce delle barriere preclusive poste per le attività assertive e probatorie nel rito ordinario.

La risposta non può essere trovata su un piano più generale, e cioè considerando i procedimenti speciali di separazione e di divorzio sottratti per definizione al regime delle preclusioni, in virtù della loro natura e della diversa struttura della fase introduttiva, nonché della particolare disciplina del giudicato, caratterizzato dalla condizione *rebus sic stantibus* (come sostenuto da Trib. Catania, ord. 30 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2290, con nota di R. CAPONI).

Una tale volontà avrebbe dovuto essere esplicitata dal legislatore, laddove anche dai lavori preparatori nulla emerge al riguardo, sicché deve ritenersi che le preclusioni introdotte dalla legge n. 353 del 1990, relative alla definizione di domande, eccezioni, conclusioni ed alla indicazione dei mezzi di prova, al fine di assicurare un giudizio rapido ed ordinato, debbano applicarsi pure a tali procedimenti.

La soluzione va dunque ricercata sul piano particolare delle relazioni tra subprocedimento incidentale a cognizione sommaria e giudizio di merito.

E' bene subito precisare che, in presenza di una domanda cautelare proposta *lite pendente*, un problema di comunicabilità delle preclusioni può porsi solo rispetto ad elementi, fattuali e probatori, che ineriscono alla (parziale) cognizione "comune" alla fase cautelare ed alla fase di merito, che è quella relativa al diritto cautelando (di cui va dimostrato il *fumus boni iuris* nella prima fase e l'effettiva esistenza nella seconda), laddove non può profilarsi in relazione all'accertamento di un presupposto fattuale esclusivo dell'azione cautelare, quale il *periculum in mora*, che potrà avvenire in qualsiasi momento del giudizio di merito.

Per contro, nell'ambito del subprocedimento ex art. 709 c.p.c. (o ex art. 4 l. 898/70) tale distinguo non ha ragion d'essere, stante la necessaria inerenza degli elementi fattuali e probatori alla cognizione comune alla fase sommaria ed a quella di merito, essendo logicamente e giuridicamente inconcepibile che la decisione finale possa prescindere dalle emergenze apprezzate dal g.i. in sede di revoca o modifica.

Ciò premesso, **le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono due**, e cioè quella della libera deducibilità di nuove allegazioni e nuove prove a supporto delle istanze di revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali o, all'opposto, della preclusione di attività non più consentite nel giudizio a cognizione piena.

La risposta più liberale è quella che meglio si presta, in teoria, a garantire il soddisfacimento delle esigenze di giustizia sostanziale, assicurando la maggiore elasticità del sistema; essa, tuttavia, presenta l'inconveniente di offrire in molti casi alle parti un comodo strumento per aggirare surrettiziamente il sistema di preclusioni operante nel giudizio di merito, ritardandone la definizione oltre ogni possibile e tollerabile limite di “ragionevole durata”. Del resto, la pratica quotidiana di siffatti giudizi testimonia la tendenza delle parti, quasi incuranti delle scansioni tipiche del processo e delle sue regole, a proporre fin dalla prima udienza innanzi al g.i. ed a riproporre successivamente in modo alluvionale istanze di revoca e modifica di provvedimenti presidenziali non graditi, sovente prive di adeguate ragioni giustificative e di idoneo riscontro probatorio); d'altro canto, l'esperienza del vecchio rito (dalla controriforma del '50 alla Novella del '90) - sottratto alle preclusioni e rimesso completamente al libero gioco delle parti - è costellata di innumerevoli, emblematici esempi di processi di separazione gestiti attraverso una sequela ultra decennale di sub procedimenti ex art. 708 c.p.c., senza adeguata trattazione ed istruzione delle domande di merito fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Per contro, la soluzione più rigorosa, ispirata ad esigenze di razionalità delle attività e di certezza giuridica, rischia di irrigidire eccessivamente i provvedimenti interinali, impedendone il costante adattamento ad una realtà fattuale in continua evoluzione.

Orbene, fermo restando il potere delle parti di attivare il subprocedimento di revoca o modifica durante tutto il corso del giudizio di primo grado, ci pare che un'equilibrata soluzione al problema non possa essere univoca, non potendosi prescindere dalla considerazione dei presupposti fattuali posti a fondamento dell'istanza *de qua*.

Le due ipotesi (deduzione di nuove circostanze e rivalutazione di fatti pregressi) vanno tenute distinte.

La deduzione di fatti nuovi a sostegno dell'istanza di revoca o modifica dovrebbe potersi consentire soltanto qualora non sia già preclusa nell'ambito del giudizio ordinario, in base al regime di preclusioni assertive ivi previsto (fine dell'udienza di trattazione o scadenza dei termini concessi ai sensi dell'art. 183, comma 6°, c.p.c.).

Parimenti i poteri probatori delle parti potranno liberamente esercitarsi fino a quando non siano maturate - nel giudizio di merito - le relative preclusioni istruttorie (fine dell'udienza di trattazione ovvero scadenza dei termini perentori concessi per le integrazioni istruttorie, ai sensi dell'art. 183, comma 6°, c.p.c.), dopo di che le risultanze da porre a base dell'istruzione nel subprocedimento incidentale saranno unicamente quelle dell'istruzione

esperita nel merito e la possibilità di un'istruzione ulteriore potrà ipotizzarsi solo in presenza di una **rimessione in termini, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 153 c.p.c.**

L'istituto della rimessione in termini costituisce, nel panorama normativo della riforma del 2009 (che lo ha generalizzato), una **valvola di sicurezza al regime delle preclusioni**, attivabile anche per risolvere i problemi di coordinamento tra cognizione ed istruzione nel procedimento incidentale in esame e giudizio di merito pendente.

Senonché, l'effettiva novità delle circostanze allegare rispetto alla scadenza dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. (ad es. il raggiungimento della maggior età e dell'indipendenza economica di un figlio, la perdita di lavoro dell'obbligato, privo di altri redditi, ecc.) dovrebbe giustificare, a parere di questo giudice, un'applicazione assai elastica dell'art. 153 c.p.c., essendo quasi *in re ipsa* la causa non imputabile: ciò eviterebbe anche il rischio che si pervenga ad una sentenza che regoli situazioni inesistenti (o disciplini altre esistenti sulla base di presupposti venuti meno) e che sarebbe modificabile, l'indomani, con la celere procedura camerale *ex art. 710 c.p.c.* ovvero *ex art. 9 l. n. 898 del 1970*.

Per contro, in presenza di fatti preesistenti (già tempestivamente dedotti) dei quali s'invocha una rivalutazione, non si pone alcun problema di preclusioni assertive, ma solo eventualmente di un supplemento istruttorio, ove sia già scattata la barriera preclusiva di cui all'art. 183 c.p.c.; anche in tal caso dovrà farsi ricorso all'istanza di rimessione in termini, che richiederà una puntuale allegazione ed una prova rigorosa della "*causa non imputabile*", che ha impedito alla parte istante di esercitare tempestivamente i suoi poteri istruttori.

In ogni caso resta sottratta al rigore delle preclusioni l'ampia possibilità di esercizio di **poteri istruttori d'ufficio da parte del giudice**, pur nell'ambito delle allegazioni di fatto formulate dalle parti, soprattutto in relazione alla consistente parte della materia – oggetto dei giudizi di separazione e divorzio – sottratta, sotto il profilo sostanziale, alla disponibilità delle parti (si pensi, ad es., all'affidamento dei figli minori, agli oneri inerenti al loro mantenimento, ecc.).

In tal modo, attraverso una sapiente gestione dell'art. 153 c.p.c. ed un appropriato esercizio del potere officioso del giudice è possibile offrire un'adeguata risposta alle istanze di giustizia sostanziale sottese all'attivazione del subprocedimento in questione (adeguamento della situazione di diritto alle mutevoli situazioni di fatto relative ai coniugi ed alla prole), senza mortificare contemporaneamente le esigenze di ordinato e razionale svolgimento delle attività processuali in funzione del raggiungimento, in tempi ragionevoli, della mèta naturale del giudizio di merito.

Le considerazioni svolte valgono, ovviamente, anche nel rapporto tra nuove allegazioni e

prove nel giudizio di reclamo avverso l'ordinanza del G.I. (ove ammessa) e preclusioni assertive e istruttorie maturate nel giudizio di merito.

5. Impugnabilità dei provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.

Non di agevole soluzione si rivelano i problemi suscitati dall'introduzione, tra le norme processuali della separazione, dell'art 709 ter c.p.c., destinato a disciplinare le **controversie in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento**.

La **competenza** è attribuita al giudice del procedimento in corso (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio, affidamento di figli di genitori non uniti in matrimonio) ovvero, una volta che esso sia concluso, al giudice che conoscerebbe i procedimenti ex art. 710 c.p.c., (modifica delle condizioni di separazione). E' da ritenere che il **rito** sia quello camerale, ai sensi dell'art. 737 c.p.c. e segg..

Il procedimento inizia su ricorso, è necessaria la preventiva instaurazione del contraddittorio, non è prevista la forma del provvedimento e, quanto al contenuto, la legge si limita a dire che "il giudice adotta i provvedimenti opportuni".

Il 3° comma prevede che in caso di "**gravi inadempienze**", ovvero di "atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento", il genitore responsabile oltre a rischiare il diverso e peggiorativo provvedimento sulla potestà o l'affidamento, può essere ammonito, condannato al risarcimento dei danni (tanto nei confronti del minore quanto nei confronti dell'altro genitore), nonché al pagamento di una sanzione amministrativa.

Infine, con una norma finale di non chiarissimo significato, si prevede che i "**provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari**".

Benché la nuova normativa faccia riferimento al processo di separazione e alle modifiche dei patti della separazione, è incontestabile che essa si applica anche nelle controversie di divorzio, di nullità del matrimonio e in quelle insorte tra genitori non coniugati, giusta quanto disposto dall'art. 4, comma 2°, della legge.

Mi sembra innegabile che la disciplina in esame presupponga che **ci sia stato già un provvedimento** che abbia regolato l'affidamento o che sia intervenuto un eventuale provvedimento che regoli l'esercizio della potestà.

Il riscontro esegetico più chiaro è rappresentato dal secondo comma dell'art. 709 ter, nella parte in cui, a fronte di determinati presupposti tipizzati, si dice che il giudice "può modificare i

provvedimenti in vigore”: il che è una conferma che l’art. 709 ter c.p.c. presuppone l’esistenza di un precedente provvedimento che fissi lo statuto della coppia in crisi.

Ci si può chiedere piuttosto se le questioni patrimoniali e risarcitorie di fatto evidenziate dalla disposizione, **nell'ipotesi di figli naturali**, siano di **competenza del tribunale per i minorenni ovvero di quello ordinario** (posto che, di regola, la competenza del tribunale per i minorenni è limitata ai profili inerenti la potestà e l'affidamento). Ritengo peraltro che, nelle ipotesi di figli naturali, le statuizioni in esame dovranno essere attratte nella competenza del t.m., considerata la loro natura di forme speciali di condanna, imprescindibilmente connesse ai provvedimenti sull'affidamento e ad essi da un punto di vista processuale indissolubilmente correlate. Del resto, le misure in esame, al di là della funzione di ristoro dei danni subiti da un genitore per la condotta dell'altro (che in alcune ipotesi assumono, nell'esperienza concreta, anche un notevole rilievo) hanno segnatamente una valenza sanzionatoria di tipo pubblicistico, costituendo una sorta di comminatorie rapportate alla mancata ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità.

Quanto al **regime di stabilità di tali provvedimenti**, la chiusura della norma «I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono **impugnabili nei modi ordinari**» potrebbe ingenerare dubbi interpretativi, posto che tradizionalmente con la dizione «modi ordinari» il legislatore è solito indicare i mezzi di impugnazione ordinariamente previsti avverso le sentenze (appello e ricorso per cassazione).

La gran parte dei commentatori della norma distinguono in base all’organo ed al rito con cui si provvede; così affermano che i provvedimenti sanzionatori emessi dal **collegio con sentenza**, dopo che la causa gli è stata rimessa per la decisione nel giudizio di separazione (o divorzio), sono soggetti alle **normali impugnazioni** (Cea); quelli emessi **all'esito di un procedimento ex art. 710 c.p.c.** (quando venga in rilievo l'inottemperanza a prescrizioni contenute nelle sentenze di separazione o di divorzio, o nel verbale di separazione consensuale), **sono reclamabili, avanti alla corte d'appello, nelle forme e nei termini di cui all’art. 739 c.p.c.**

Peraltro va segnalato che **la Corte di Cassazione ha escluso che tali provvedimenti, esaurita la fase del reclamo, siano ricorribili per cassazione**, pur coinvolgendo diritti fondamentali dell'individuo (dovere - diritto dei genitori di mantenere, educare, istruire i figli, e correlativi diritti del figlio stesso), poiché **non assumono contenuto decisorio**, ma attengono piuttosto al controllo esterno sulla potestà; **nè essi hanno carattere di definitività**, potendo essere sempre riproposte le questioni con successivo ricorso.

GIURISPRUDENZA I provvedimenti adottati ex art. 709 ter c.p.c. volti a risolvere le controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento, pur coinvolgendo diritti fondamentali dell'individuo (dovere-diritto dei genitori di mantenere, educare, istruire i figli, e correlativi diritti del figlio stesso) non sono ricorribili per cassazione, poiché non assumono contenuto decisorio, attenendo al controllo esterno sulla potestà, e non hanno carattere di definitività, potendo essere sempre riproposte le questioni con successivo ricorso. La ricorribilità o meno per cassazione dei provvedimenti emessi ex art. 709 ter c.p.c., per il caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto esercizio delle modalità di affidamento, dipende dalla natura degli stessi. (Nel caso di specie la Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso il provvedimento con cui la Corte d'appello aveva ammonito la madre ad attenersi alle modalità di gestione dell'affidamento disposte in sede di reclamo, ritenendo tale misura meramente sanzionatoria e priva del carattere della decisori età) (Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2010, n. 21718).

Più complessa è la questione relativa all'impugnabilità delle misure *ex art. 709 ter c.p.c.*, rese dal **Giudice Istruttore quale giudice del procedimento in corso**.

Escluso che l'appello possa considerarsi il modo di impugnazione ordinario di un'ordinanza, sono state formulate tre distinte soluzioni:

- a) il reclamo istruttorio *ex art. 178 c.p.c.*;
- b) il reclamo *ex art. 179 c.p.c.* con ricorso allo stesso giudice che ha pronunciato l'ordinanza.
- c) il reclamo avanti al tribunale in composizione collegiale, sulla falsa riga del cd. reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.*;

Senonché **nessuna delle tre soluzioni incontra il favor** della dottrina e della giurisprudenza prevalente.

Il reclamo istruttorio *ex art. 178 c.p.c.* è stato espunto dal nostro ordinamento ed oggi è consentito da parte del collegio solo il controllo dell'ordinanza estintiva del processo con questo mezzo (v. anche l'art. 630 c.p.c. per il processo esecutivo).

Il reclamo *ex art. 179 c.p.c.* fa riferimento ad ordinanze di condanna emesse dal Giudice Istruttore nell'ambito dei suoi poteri di direzione del processo e solo in ragione di ciò può giustificarsi la non impugnabilità della ordinanza pronunciata in udienza e l'impugnabilità in un termine ridottissimo della ordinanza pronunciata fuori udienza; inoltre va osservato che le ordinanze di condanna cui fa riferimento l'art. 179 c.p.c. hanno carattere decisorio, mentre la Suprema Corte ha sottolineato che i provvedimenti in questione, che attengono all'esercizio della potestà genitoriale, non hanno carattere decisorio, perché sono inadeguati a risolvere alcuna controversia o conflitto di diritti soggettivi insussistente nel caso, in cui ha rilievo solo l'interesse dei minori per il quale è attribuita la potestà ai genitori, né sono definitivi, perché suscettibili in ogni tempo di modifica o revoca (Cass. civ. 20.09.2007 n. 19573).

Resta il reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, rispetto al quale si nutrono gli stessi dubbi e

perplessità avanzati a proposito della reclamabilità dei provvedimenti urgenti del G.I.

In particolare, tale reclamo non potrebbe considerarsi “un modo di impugnazione ordinario” delle ordinanze del G.I., una volta che sia escluso che detto reclamo sia applicabile nelle ipotesi di revoca e modifica dei provvedimenti presidenziali da parte del G.I.

In conclusione - a parere dei fautori della tesi negazionista - si deve prendere atto del fatto che non sussiste un "modo ordinario" di impugnazione avverso i provvedimenti del G.I. e, conseguentemente, che **non è ammissibile alcuna forma di reclamo** senza che ciò si scontri con il dettato legislativo, poiché, come la Suprema Corte ha evidenziato (v. Cass. civ., 20.09.2007, n. 19573), la norma, che disciplina soltanto le controversie tra i genitori concernenti l'esercizio della potestà genitoriale o le modalità di affidamento agli stessi di figli minori, prevede l'emissione di provvedimenti analiticamente da essa indicati, stabilendo che questi restano impugnabili “nei modi ordinari”, **senza però incidere sulla previgente disciplina dei relativi mezzi di gravame.**

GIURISPRUDENZA Le ordinanze pronunciate dal G.I. ai sensi dell'art. 709 ter, c.p.c., hanno la medesima natura (non cautelare) delle ordinanze pronunciate ai sensi dell'art. 708, comma 4, c.p.c., (nel testo vigente anteriormente alla riforma introdotta con il d.l. n. 35/2005, conv. con modificazioni nella l. n. 80/2005, ed alla successiva modifica operata dalla l. n. 54/2006, applicabile "ratione temporis" ai procedimenti instaurati prima dell'1.3.2006) ovvero ai sensi dell'art. 709, comma 4, c.p.c. (nel testo vigente dopo la riforma introdotta con il d.l. n. 35/2005, conv. con modificazioni nella l. n. 80/2005, applicabile "ratione temporis" ai procedimenti instaurati successivamente all'1.3.2006), in relazione alle quali va esclusa la possibilità di proporre reclamo a norma dell'art. 669 terdecies, c.p.c. Pertanto, i provvedimenti pronunciati dal G.I. ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c., per le ragioni sopra esposte, hanno quindi la medesima forma e natura (ed anzi non sono altro che una particolare specie) dei provvedimenti pronunciati dallo stesso G.I. ai sensi degli art. 708-709 c.p.c., ragion per cui, l'unico rimedio esperibile è, in linea con il disposto dell'art. 177, comma 2, c.p.c., l'istanza rivolta allo stesso G.I. per la revoca e/o modifica della determinazione precedentemente assunta, salvo che la causa non sia rimessa al collegio per decidere l'intera controversia ai sensi dell'art. 189 c.p.c., (nel qual caso sarà quest'ultimo ad assumere ogni opportuna decisione al riguardo) (Tri. Bari sez. I, 15 dicembre 2009).

LUCIANO GUAGLIONE